REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Primera de Revisión

SENTENCIA T-237 de 2023

Referencia: Expediente T-8.424.592

Acción de tutela instaurada por Constanza Eugenia Mantilla Reyes y otras personas contra la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social.

Magistrada ponente:
Diana Fajardo Rivera

Bogotá, D.C., cuatro (04) de julio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Alejandro Linares Cantillo y la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 -numeral 9- de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo dictado, en primera instancia, por el Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito de Bogotá el 8 de julio de 2021 y, en segunda instancia, por la Subsección "E" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de septiembre de 2021, dentro de la acción de tutela promovida por Constanza Eugenia Mantilla Reyes y otras personas contra la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social.

I. ANTECEDENTES

1. El 22 de junio de 2021, Constanza Eugenia Mantilla Reyes y otras veinticinco personas[1] que afirmaron ser mayores de 60 años de edad y/o encontrarse en alguna situación de discapacidad o enfermedad crónica, con acompañamiento jurídico de la Iniciativa de Familias Saludables del Instituto O´Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global (Universidad de Georgetown) y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social PAIIS (Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes), presentaron acción de tutela contra la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social (en adelante *el Ministerio* o *el Ministerio de Salud*), en aras de que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, y la información.

[1] Javier Bustamante Diaz, Gloria Isabel Reyes Duarte, Clara Inés Acevedo, Leonor Ordóñez de Acevedo, María Elvira Chaux Mosquera, Sonia Cadena Mantilla, Martha Eugenia Guerrero Ramírez, Sergio Alberto Acevedo Ordóñez, Mónica Hernández, Yamile Guerrero Maldonado, María Fernanda Serrano Reyes, Rafael Pabón García, María Teresa Mojica, Ernesto Rodríguez Jaramillo, María del Carmen Idárraga de Rodríguez, Jaime Arocha, Gabriel Gardeazabal Hernández, Alejandro Ortega Cortés, Ángela Mercedes Avilés, José Vicente Lozano Vega, María Camila Lozano Ruiz, Álvaro Hernán Macías Vergara, Gladys Guerrero Maldonado, Leidy Natalia Moreno Rodríguez y Carmen Alicia Rodríguez.

a. Hechos[2]

2. En el marco de la pandemia de Covid-19, las autoridades sanitarias e instituciones médicas de diferentes países han tenido que realizar ejercicios de racionamiento de recursos hospitalarios ante la insuficiencia de Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), respiradores, oxígeno, talento humano especializado y otros recursos requeridos para atender a pacientes con Covid-19 y otras patologías. Estos ejercicios de *triaje ético*[3] (o priorización) buscan generar un estándar de cuidado y determinar quién debe beneficiarse primero de recursos de cuidado intensivo cuando éstos son inferiores a los solicitados.

3. En Colombia, en marzo de 2020, el Ministerio de Salud publicó el documento "*Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19*"[4] (en adelante también *Recomendaciones*), en el que se brindan sugerencias para la priorización de recursos escasos.

4. Las *Recomendaciones* destacan la necesidad de tener marcos de referencia para la actuación adecuada de los profesionales de la salud, "*con el propósito de (i) prevenir los sesgos en la toma de decisiones, y (ii) promover que estas sean derivadas del balance de las necesidades de los individuos, la población y los miembros de los equipos asistenciales; lo anterior, ante la necesidad de un enfoque diferencial en el estándar de cuidado habitual que permita evitar la mayor pérdida de vidas posibles en un escenario donde es necesario maximización de beneficios y la reducción de daños.*" Ese marco ético general buscó atender las posibles preocupaciones éticas y tensiones morales, y establecer un balance entre el cuidado centrado en el paciente y los deberes enfocados en lo público, sin desconocer la igualdad de las personas. Lo anterior, buscando responder a no hacer daño, beneficiar, actuar con justicia sobre la persona en el contexto de la emergencia frente a la justicia sanitaria de la población, y mantener la integridad profesional. A partir de lo expuesto, el documento presenta *recomendaciones generales* y *recomendaciones para los escenarios de atención crítica*.

5. *Recomendaciones generales*. Entre otras, se destacan: (1) todas las instituciones deberían contar con reglas claras para el triaje organizado por niveles de cuidado, a partir de protocolos[5] que respondan al "*(i) Nivel de cuidado requerido, (ii) Inicio de soporte vital, (iii) Retiro del soporte vital, (iv) Inicio de medidas paliativas en caso de no iniciar o retirar el soporte vital*"; (2) en lo posible, no se deben tomar decisiones a solas, "*en especial si la institución no cuenta con la posibilidad de generar recomendaciones específicas o protocolos estandarizados de cuidado, se recomienda además revisar la decisión con otras personas del equipo y dejar claro registro en la historia clínica*", pero si cuenta con comité de ética o bioética se debe definir una ruta de consulta que atienda a las recomendaciones generales; y (3) en un escenario de escasez, se recomienda la redistribución de los recursos de forma justa "*prestando atención a que sean ubicados sobre las personas que más se van a beneficiar*", lo que no implica dejar de garantizar alivio y apoyo a quienes no podrán recibir tratamiento específico (en el caso de los pacientes con cuadros severos, pueden ser sujetos de una adecuación de esfuerzos terapéuticos).[6]

---

[2] Estos fueron establecidos conforme con lo narrado por las personas accionantes.

[3] Para las personas accionantes, "[e]*l triaje ético se puede definir como el ejercicio de priorización extremo que se usa para decidir cómo distribuir las camas UCI u otros recursos vitales como el oxígeno cuando hay escasez*[,] *teniendo en cuenta las posibilidades de vida que tiene un paciente. Las clínicas y hospitales suelen hacer ejercicios de triaje frecuentes como una forma de organizar y distribuir los recursos. Como bien lo señala el Ministerio de Salud* (…) *existen lineamientos para categorizar a los pacientes y organizar su atención de acuerdo a su estado de salud y severidad de la enfermedad en el caso del Covid-19. Si bien escalas como la CRB-65, ATS, CURB 65, SOFA y/o NEWS2 sirven para realizar pronósticos para determinar si los pacientes requieren cuidados intrahospitalarios y/o traslado a UCI, estos criterios no son suficientes para hacer ejercicios de triaje ético, ya que la situación de escasez en un contexto de pico del Covid-19 puede significar que muchas personas con el mismo cuadro clínico o la misma severidad de enfermedad requieran de ingreso a UCI y no se cuente con suficiente disponibilidad para atenderlas a todas*." Escrito de impugnación, pág. 11.

[4] Acción de tutela, pág. 46-51. Las *Recomendaciones* también se encuentran disponibles en: https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/GIPS13.pdf

[5] Nota al pie N° 1: "*Las recomendaciones y protocolos deberían ser actualizados progresivamente conforme avanza el proceso de reacción a la pandemia y cambian las condiciones de evidencia científica disponible*."

[6] "*Adecuación de los Esfuerzos Terapéuticos (AET): ajuste de los tratamientos y objetivos de cuidado a la situación clínica*

6. *Recomendaciones para los escenarios de atención crítica*.[7] Para la toma de decisiones en la distribución de recursos limitados o escasos se sugiere -entre otras- que: (1) "[l]*os protocolos deben tener como objetivo tomar decisiones frente al ingreso o no a las unidades a partir de variables predeterminadas*[8] *como* ***la edad, las comorbilidades, la posibilidad de supervivencia sin enfermedad, la posibilidad de supervivencia con enfermedad****, la gravedad del cuadro y la* ***posibilidad de requerimientos prolongados del soporte****, y en caso de ser necesario hacer referencia al valor instrumental de profesionales de la salud, y ser explícitos en la transparencia de no priorización por indicación administrativa o recomendaciones individuales de terceros*" (negrillas de las personas accionantes);[9] y (2) ante la necesidad de redistribuir y asignar recursos se debe actuar con parámetros claros y previamente definidos "*que permitan priorizar de forma proporcional la asignación de estos, y que sean respetados por todos, de la misma manera que se establecen reglas específicas para el ingreso a la unidad*."

7. Finalmente, las *Recomendaciones* advierten que ese documento "*no busca ni debe constituirse como la única vía de resolución de situaciones conflictivas o difíciles, debe ser usado como marco de referencia, por lo tanto se reitera que ante un caso particularmente difícil se busque la ayuda de un Comité de Ética, o para aquellos que cuenten con el servicio de Bioética o Ética clínica en sus instituciones se recomienda que de forma inmediata eleven la evaluación del caso de manera formal, siguiendo la recomendación previa de haber generado canales de comunicación continua para la toma de decisiones difíciles o protocolos estandarizados acordados para los equipos llamados a la atención en la institución*."

8. Por otra parte, las personas accionantes destacaron que el 1 de septiembre de 2020, el Ministerio de Salud respondió un derecho de petición presentado por el Centro de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y Silvia Serrano Guzmán (directora asociada de la Iniciativa de Familias Saludables del Instituto O´Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global), en el que aclaró que las *Recomendaciones* solo eran medidas de referencia y no buscaban asesorar o guiar el ejercicio de triajes, ya que esa tarea le correspondía a los prestadores y profesionales en ejercicio de su autonomía.

b. La acción de tutela

9. Las personas accionantes sostuvieron que (*i*) en las *Recomendaciones* el Ministerio de Salud no estableció el momento en el que se deben activar ejercicios de triaje ético y no contempló que estos no deben realizarse sin haber agotado todas las posibilidades de remisión de pacientes a otros lugares con disponibilidad. Además, cuestionaron que (*ii*) el Ministerio no ha emitido un protocolo nacional vinculante para la asignación de camas UCI y otros recursos de soporte vital que esté alineado con los derechos fundamentales protegidos en la Constitución Política y los tratados internacionales, lo que ha permitido la adopción de estándares fragmentados y la aplicación de criterios discriminatorios basados en categorías sospechosas (como en Atlántico, Antioquia, Santander y Bogotá), por cuanto se tiene en

---

de la persona, en los casos en que esta padece una enfermedad incurable avanzada, degenerativa o irreversible o enfermedad terminal, cuando estos cumplen con los principios de proporcionalidad terapéutica o no sirven al mejor interés de la persona y no representan una vida digna para ésta. // La AET supone el retiro o no instauración de actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios, procedimientos o tratamientos, donde la continuidad de estos pudiera generar daño y sufrimiento, o resultar desproporcionados entre los fines y medios terapéuticos." *Cfr*. Artículo 4.5.1.1. de la Resolución 229 de 2020 ("*[p]or la cual se definen los lineamientos de la carta de derechos y deberes de la persona afiliada y del paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la carta de desempeño de las Entidades Promotoras de Salud – EPS de los Regímenes Contributivo y Subsidiado*").

[7] En este punto las *Recomendaciones* advierten que en condiciones de normalidad la atención en las unidades de cuidado crítico se enfocan en el paciente "*y no en el rango de lo público y el efecto de las intervenciones en la distribución del recurso, por lo tanto ante la emergencia se debe responder a un cambio en el paradigma de atención, por lo que, los equipos deben contar con recomendaciones concretas para la reubicación de los recursos en coherencia con su realidad contextual y territorial, para evitar la toma de decisiones individualizada y heterogénea que derive en un conflicto de valores sobre lo que se considera correcto en condiciones de no emergencia, y con ello más estrés moral sobre los profesionales.*"

[8] Nota al pie N° 8: "*Ninguna de las variables, en ningún caso, debe ser el único elemento de uso para definir la conducta.*"

[9] Acción de tutela, pág. 2.

cuenta la situación de discapacidad de las personas, su edad (i.e. si son personas mayores) o su estado de salud (preexistencias no relacionadas al Covid-19); y (*iii*) no hay información acerca de un mecanismo de rendición de cuentas o fiscalización, pese a que, en caso de que la capacidad instalada en las UCI se vuelva a superar durante el -en ese momento- actual tercer pico de la pandemia, es previsible que las autoridades activen ejercicios de triaje ético.[10]

10. Así las cosas, para las personas accionantes el Ministerio de Salud ha incurrido en una omisión, al no establecer un protocolo nacional vinculante en la materia, por lo cual *"**vulnera el derecho a la vida, la salud, la integridad y a la igualdad y no discriminación de las personas mayores, personas con discapacidad y/o con condiciones de salud diferentes al Covid-19 y el derecho a la información en contextos de salud pública.** La ausencia de un protocolo estandarizado nacional adoptado de forma participativa y transparente, y que prevea mecanismos de rendición de cuentas y fiscalización, además de que adopte criterios no discriminatorios para grupos de especial protección, pone en riesgo inminente de violación de sus derechos a cualquier persona que haga parte de dichos grupos y requiera el acceso a recursos de soporte vital para el tratamiento de la COVID-19.*"[11]

11. A partir de lo expuesto, solicitaron ordenar al Ministerio de Salud (*i*) expedir un acto administrativo "*que determine el marco de criterios éticos, técnicos y de derechos humanos que oriente a las entidades territoriales y a los actores del sistema de salud en la construcción de guías y protocolos propios claros y previos para la realización de triajes para la atención en cuidados intensivos, así como las salvaguardas procedimentales para su adopción, y las categorías de personas o cuerpos encargadas de adoptar las decisiones de priorización*"; y (*ii*) advertir "*a las entidades territoriales, clínicas, hospitales y Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB), que el uso directo, indirecto, explícito o implícito de criterios prohibidos de discriminación en guías, lineamientos y/o protocolos para la priorización o realización de triajes éticos constituye una violación al derecho a la igualdad y no discriminación de las personas accionantes*."[12]

12. Para fundamentar lo anterior, las personas accionantes explicaron que la tutela era procedente y detallaron por qué, en su criterio, el Ministerio de Salud vulneraba sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad e igualdad y no discriminación.

13. En relación con la procedencia, indicaron que (*i*) actuaban a nombre propio, como titulares de los derechos fundamentales amenazados y vulnerados, (*ii*) presentaban la acción de tutela frente a una amenaza actual y latente[13] y dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador, aunado a que la inacción del Ministerio de Salud podía entenderse como una conducta continua; y (*iii*) frente a la inacción de esa entidad, no contaban con ninguna medida idónea y efectiva para la protección de sus derechos fundamentales.[14]

14. Sobre los derechos a la vida, salud e integridad, expresaron que estos exigen que medidas como los ejercicios de priorización "*sólo deben considerarse de manera absolutamente excepcional y en escenarios de total escasez, cuando no existan medios alternativos para enfrentar la situación. Esto no es lo que está sucediendo actualmente en los ejercicios de triaje ético (…)*."[15] Agregaron que el uso discrecional y fragmentado del triaje, con base en criterios discriminatorios, puede significar la negación de servicios de salud vitales a cualquiera de ellas.

---

[10] Acción de tutela, pág. 5.
[11] Acción de tutela, pág. 12.
[12] Acción de tutela, pág. 32.
[13] "*Actualmente, ante el tercer pico de la pandemia y los niveles de contagio y mortalidad más altos registrados en el país desde el inicio de la pandemia, diferentes departamentos, municipios, clínicas y hospitales han anunciado el inicio de ejercicios de triaje ético.* (…) *Esta situación hace inminente la vulneración de derechos fundamentales de las personas peticionarias, pues es justo en este momento que las clínicas y hospitales se encuentran haciendo ejercicios de priorización para el acceso de recursos y atención en UCI.*"
[14] Acción de tutela, págs. 12 y 13.
[15] Acción de tutela, pág. 18.

15. Así, adujeron que es necesario que los Estados, aun en un contexto de emergencia de salud pública, adopten las medidas necesarias para prevenir y anticipar un escenario de priorización, que debe ser la última opción posible. Al respecto, comentaron que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también *CIDH*) señaló que en el escenario de la pandemia deben agotarse otras alternativas menos lesivas, y que las restricciones deben estar debidamente justificadas en términos de legalidad y proporcionalidad;[16] y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también *CorteIDH*), en el *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, estableció la responsabilidad de ese Estado "*por la falta de provisión del tratamiento intensivo que requería en la UCI Médica, con motivo de la falta de disponibilidad de camas en esa unidad, la falta de asistencia, a través de un respirador mecánico, así como la omisión de dispensar al paciente el traslado a otro centro médico que contara con las instalaciones necesarias.*"[17]

16. Respecto del derecho a la igualdad y no discriminación, manifestaron que los protocolos existentes incluyen criterios discriminatorios contra personas en situación de discapacidad, personas adultas mayores, y con base en el estado de salud (distinto al Covid-19), y que donde no existen protocolos hay riesgo de arbitrariedad. Llamaron la atención en que, según la *Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad y la Experta Independiente de Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*, ciertos grupos de personas (como las mayores y las que se encuentran en situación de discapacidad), se ven expuestas en mayor medida a decisiones que podrían afectar su derecho a la vida, pese a que tienen derecho a acceder a unidades de cuidados intensivos en igualdad de condiciones, de manera tal que la correcta aplicación del triaje "*no admite criterios de selección o 'racionalización' de las vidas humanas, con vínculo a la discapacidad o edad de una persona*."[18] A continuación, explicaron que, en su concepto, las recomendaciones del Ministerio de Salud no superarían un juicio estricto de proporcionalidad porque, en síntesis, la adopción de criterios altamente sospechosos no se dirige al cumplimiento de un fin legítimo.[19]

17. Por último, refirieron que el Ministerio de Salud también desconoció el derecho a la información en relación con el derecho a la salud al no brindar guías y estándares claros y públicos para la realización de ejercicios de triaje en el contexto de la emergencia de Covid-19, información que "*garantiza que las personas sepan a qué estándares serán sometidas al tratar una emergencia en salud y con base a qué criterios serán o no priorizados para el acceso a servicios en UCI u otros servicios de salud.*"[20] Al respecto, señalaron que en el contexto de las emergencias de salud pública, la Organización Mundial de la Salud (en adelante también *OMS*) y la Organización Panamericana de la Salud (en adelante también *OPS*) han resaltado la importancia de conservar la transparencia y el acceso a la información como pilares de una respuesta ética y basada en estándares de derechos humanos, y como una garantía para la rendición de cuentas.

c. Admisión y respuesta

18. La acción de tutela fue repartida el 22 de junio de 2021 al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que mediante Auto de 23 de junio declaró la falta de competencia funcional y remitió la acción de tutela a los juzgados administrativos para que fuera repartida nuevamente. El 24 de junio, la acción de tutela fue asignada al Juzgado Treinta

---

[16] CIDH. Resolución 4/2020. *Derechos humanos de las personas con Covid-19*.
[17] Acción de tutela, págs. 15 y 16.
[18] Acción de tutela, pág. 19. En este punto, las personas accionantes destacaron (págs. 19 a 23) que en el mismo sentido se pronunciaron en el Informe de Políticas "*Los efectos del Covid-19 en las personas de edad*" de la ONU, la *Declaración Conjunta "Personas con Discapacidad y COVID-19*" (del Presidente del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad), la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (documento "*Covid-19 y los Derechos de las Personas con Discapacidad. Directrices*") y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Resolución 4/2020).
[19] Acción de tutela, págs. 24 a 30.
[20] Acción de tutela, pág. 32.

Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, que mediante Auto de 25 de junio de 2021 decidió admitirla y notificar al Ministerio de Salud y Protección Social para que en un término de dos días la contestara.

19. El 7 de julio de 2021, el Ministerio de Salud solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela y exonerarlo, ya que "*el manejo ambulatorio u hospitalario, bien sea en sala general o en UCI depende de los criterios de severidad clínica del paciente según la evaluación realizada por parte de los médicos tratantes, en el marco de sus competencias y autonomía, lo que implica una ausencia de vulneración de derechos.*"[21] Al referirse a sus *Recomendaciones*, señaló que

> "*En el caso de requerirse el actuar en un escenario de escasez, y deber de racionar los recursos físicos, de personal y tecnológicos–, se recomienda se promueva la redistribución de los recursos de forma justa prestando atención a que sean ubicados sobre las personas que más se van a beneficiar de recibir una atención especifica* (sic) *de frente a otra, lo que implica hacer una prioridad el tratar a quienes se benefician de ser tratados, y garantizar alivio y apoyo a quienes no podrán recibir tratamiento específico para la enfermedad. Los pacientes con cuadros severos que no se beneficien del cuidado avanzado, así como aquellos que se encuentran con requerimientos de soportes avanzados sin posibilidad de recuperación, a pesar de haber llegado primero a la atención, pueden ser sujetos de una adecuación de los esfuerzos terapéuticos con el propósito de permitir el cuidado de otros*."[22]

20. Asimismo, destacó que ese es un documento de recomendaciones, por lo que no puede ser considerado como una guía ni protocolo, y tampoco un lineamiento en respuesta a una política específica. Su objeto "*es establecer un marco de referencia que le permita a los profesionales de la salud actuar de forma adecuada en el contexto actual de crisis asistencial susbsecuente* (sic) *a la pandemia por COVID-19; y tal como se aclara en el documento mismo, este no pretende ser un marco único de referencia*."[23] Agregó que con el documento -entre otras cosas- "*coherentemente se delimita un marco general, derivado de la revisión sistemática rápida de la literatura disponible al momento de su publicación, la cual se ha revisado de manera continua y consciente durante el último año sin encontrar modificación en las indicaciones particulares sobre los principios que sostienen el marco ético general* (…)."[24]

21. Así las cosas, reiteró que el propósito de las *Recomendaciones* no es establecer estándares para la realización de los protocolos de triaje, sino orientar la toma de decisiones "*a partir de los principios rectores de la lex artis dada para estos escenarios y para que tales principios puedan ser decendidos* (sic) *a la elaboración de documentos institucionales de manera que respondan al alcance del máximo nivel de atención sanitaria que pueda proporcionarse, y funcionar así como un apoyo a la toma de decisiones clínicas de los profesionales de la salud, no establecer protocolos para la toma de decisiones de forma algoritmica* (sic)."[25] Ligado a lo anterior, precisó que el ejercicio de priorización no es permanente y "*en ningún caso busca ser discriminatorio a priori, excluyente o destinado a la vulneración de grupos poblacionales determinados, sino responder a condiciones relacionadas con la gravedad del cuadro clínico, la severidad de la enfermedad, la presencia de condiciones que alteren el pronóstico, el tiempo del uso del recurso escaso, para lo cual deben tenerse en cuenta todas las variables dispuestas en la literatura científica, que permitan llegar a un juicio clínico que responda a dar acceso a la atención sanitaria de máximo nivel que pueda proporcionarse* (…)."[26]

22. Por otra parte, explicó que (i) el artículo 4 del Decreto legislativo 538 de 2020 estableció la gestión centralizada de las Unidades de Cuidado Intensivo (UCI) y de las

---

[21] Contestación del Ministerio de Salud a la acción de tutela, pág. 20.
[22] Contestación del Ministerio de Salud a la acción de tutela, pág. 11.
[23] Contestación del Ministerio de Salud a la acción de tutela, pág. 12.
[24] *Ibidem.*
[25] Contestación del Ministerio de Salud a la acción de tutela, pág. 13.
[26] Contestación del Ministerio de Salud a la acción de tutela, pág. 12.

Unidades de Cuidado Intermedio a cargo de las entidades territoriales, por medio de los Centros Reguladores de Urgencias, Emergencias y Desastres (CRUE) los cuales -junto con las EPS- son los que coordinan el traslado de pacientes de acuerdo con la disponibilidad de UCI's en los municipios, departamentos o el país; y (ii) la asignación de las camas a un determinado paciente la realiza el equipo médico de la UCI, "*basado en las condiciones de salud de un paciente y la necesidad de soporte vital o ventilatorio del mismo, así como de la posibilidad de supervivencia del paciente o la posibilidad de ofrecer tratamientos alternativos o remisión a otra institución en los casos en los cuales la capacidad instalada de Camas de UCI este* (sic) *desbordada*."[27]

d. Decisiones objeto de revisión

d.1. Sentencia de tutela de primera instancia

23. Mediante Sentencia de 8 de julio de 2021, el Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito de Bogotá declaró la improcedencia[28] de la acción de tutela por considerar, en general, que las personas accionantes no demostraron que el Ministerio de Salud vulneró o amenazó sus derechos fundamentales, en tanto se limitaron a señalar en abstracto que el uso discrecional del triaje ético, con base en criterios discriminatorios, puede significar la negación de servicios de salud vitales.

24. El Juzgado agregó que la acción de tutela no prosperaba "(…) *ii) porque la entidad accionada sí ha definido criterios para la atención de pacientes con COVID-19 y establecido parámetros para el* [*triaje*] *de enfermos críticos, en especial, para para la asignación de camas UCI y otros recursos de soporte vital, de tal manera que el uso de la figura del 'triaje ético' no es discrecional, en tanto responde a la realidad que actualmente vive el país por cuenta de la pandemia de Covid-19; iii) porque el manejo ambulatorio u hospitalario, depende de los criterios de severidad clínica según evaluación realizada por los médicos tratantes, en el marco de su autonomía; y iv) porque inclusive cualquier orden dirigida a conminar al MINISTERIO DE SALUD a que emita un acto administrativo en los términos solicitados por los accionantes no garantiza una protección cierta de los derechos fundamentales invocados, contrario a lo que se presentaría en un escenario en el que se evidencie palmariamente la discriminación de una persona por su edad o condición física*."[29]

d.2. Impugnación

25. El 13 de julio de 2021, las personas accionantes impugnaron la decisión de primera instancia porque, en su concepto, el Juez no valoró las pruebas ofrecidas y no tuvo en cuenta la argumentación que habían presentado sobre las guías de priorización en varios departamentos del país que incorporan criterios discriminatorios como consecuencia de la omisión del Ministerio de Salud. En particular, señalaron que (*i*) la inexistencia de lineamientos precisos genera una falta de claridad y consistencia sobre qué es un triaje ético, cuándo activarlo y cómo hacerlo a lo largo del país; (*ii*) en el país se están realizando ejercicios de triaje ético sin tener claro bajo qué lineamientos (i.e. eso es un "hecho cierto" y no una hipótesis); (*iii*) las *Recomendaciones* del Ministerio han facultado un enfoque fragmentado y un diseño discriminatorio de protocolos por parte de algunas instituciones, las cuales incorporan criterios sospechosos como la edad, la discapacidad y la preexistencia de condiciones de salud diferentes al Covid-19; y (*iv*) las cifras actuales -en ese momento- de personas que estaban en UCI y de muertes demostraban que existía una amenaza real para las personas accionantes.[30]

---

[27] Contestación del Ministerio de Salud a la acción de tutela, pág. 7.
[28] Aunque en la parte resolutiva el juez de tutela de primera instancia declaró la improcedencia, la Sala Primera de Revisión destaca que en la parte motiva se refirió a cuestiones de fondo.
[29] Sentencia de tutela de primera instancia, pág. 11.
[30] Sobre la vida y salud, indicaron que el juez determinó que al no existir una negación de servicios de salud, no se configuraba una amenaza real o una vulneración. Ello, en su criterio, los pone "*en una situación imposible, ya que para que se consideren sus derechos en el plano constitucional se les pide haber sufrido negación de servicios de soporte vital. Bajo esta lógica, sólo si a una persona le ha sido negado el acceso a una UCI se podría configurar la vulneración de sus derechos*

26. Agregaron que la expedición por el Ministerio de Salud de un lineamiento claro y vinculante para guiar los triajes éticos no viola la autonomía médica, porque como rector de la política pública -de un sistema de salud unitario y centralizado- tiene la obligación de establecer lineamientos básicos para la operación en salud.[31] Así, esbozaron que esa entidad expidió, por ejemplo, la Resolución 5596 de 2015,[32] la cual tiene por objeto establecer criterios técnicos para la selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencias ("triaje") para ser aplicados por las instituciones prestadoras de salud.[33]

27. Finalmente, destacaron que, contrario a lo sostenido por el Juez de tutela de primera instancia, la expedición de un lineamiento vinculante que oriente los triajes sí tendría una injerencia directa en la protección de derechos fundamentales por cuanto podría aclarar varios aspectos, como: (*i*) los criterios que se pueden usar para priorizar en contextos de escasez (triaje ético), siguiendo las recomendaciones del derecho internacional y la bioética; (*ii*) la prohibición expresa de criterios que puedan generar situaciones de discriminación directa o indirecta; (*iii*) el momento en que se deben activar los escenarios de triaje ético (solo cuando sea necesario, como cuando no haya posibilidad de traslados a otros municipios o departamentos); y (*iv*) la obligatoriedad de que las entidades territoriales y/o los prestadores de servicios de salud cuenten con protocolos o guías que sigan los principios mínimos establecidos por el Ministerio, todo lo cual debe ser público para garantizar el acceso a la información.[34]

d.3. Sentencia de tutela de segunda instancia

28. La Sentencia de primera instancia fue confirmada el 13 de septiembre de 2021 por la Subsección "E" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual estimó que no se satisfacía el requisito de subsidiariedad, ya que (*i*) los demandantes cuestionaron actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, por lo que pudieron acudir al medio de control de nulidad, y (*ii*) no se estaba frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

29. El Tribunal agregó que el Ministerio profirió actos administrativos de carácter general que disponen la forma adecuada y ética en la cual deben ser atendidas las personas ante la escasez y limitación de recursos surgidos con ocasión de la pandemia de Covid-19. Lo anterior, porque de las *Recomendaciones* se desprende que el marco ético busca establecer un balance en lo público, sin desconocer la igualdad de las personas, al tiempo que prioriza la equidad en la distribución de riesgos y beneficios. El Tribunal precisó que, por su naturaleza, este documento no puede estimar con especificidad los casos a tratar, ya que la aplicación del protocolo debe darse por parte de los profesionales de la salud en los casos que se les presenten. Así, adujo que los lineamientos existentes están encaminados a definir

---

fundamentales a la vida y a la salud. En este escenario, es poco probable que esta situación se configure, ya que una persona que requiera servicios de UCI no suele recurrir a una tutela por la gravedad misma de la situación." Escrito de impugnación, pág. 7.

[31] Esto, porque dicha entidad tiene como objetivo "*formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud*" (Decreto 4107 de 2011) y, en particular, "*formular, adoptar y coordinar las acciones del Gobierno Nacional en materia de salud en situaciones de emergencia o desastres naturales.*" (Decreto 4107 de 2011, artículo 2, numeral 5°).

[32] "[*P*]*or la cual se definen los criterios técnicos para el Sistema de Selección y Clasificación de pacientes en los servicios de urgencias 'Triage'.*"

[33] "*En esta resolución el Ministerio definió los alcances de los triajes para el ingreso a urgencias, estableció las categorías aplicables, las responsabilidades de las entidades que deben implementar los triajes y del personal encargado, e incluso habilita el uso de mecanismos de participación ciudadana. Esta resolución no se entiende como contraría* (sic) *a la autonomía médica, ya que establece los criterios necesarios para que cada entidad prestadora de servicios de salud implemente los criterios de acuerdo a la evaluación del cuadro clínico de cada paciente. Entonces, afirmar que dictar lineamientos y principios mínimos para guiar los triajes éticos en contextos de crisis hospitalarias iría en contra de la autonomía médica, es contrario al mismo proceder de la entidad en el marco de la pandemia y de otras temáticas de salud y salud pública.*" Escrito de impugnación, pág. 17.

[34] Escrito de impugnación, págs. 20 y 21. Tras constatar que la impugnación fue presentada dentro del término de ejecutoria de la Sentencia de tutela de primera instancia, el 15 de julio de 2021, el Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito de Bogotá decidió concederla (lo cual notificó dos días después). No obstante, el expediente solo fue remitido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de agosto de 2021, y al día siguiente se repartió el asunto al magistrado Jaime Alberto Galeano Garzón.

el plan de acción a seguir en los eventos de extrema escasez de recursos, sin que esas condiciones determinen en sí mismas un trato discriminatorio hacia alguna población en específico. En particular, de las *Recomendaciones* no se desprende que las personas mayores con comorbilidades o en situación de discapacidad deban ser atendidas marginalmente.

30. Por último, señaló que el término "triaje ético" no se encuentra asociado a ninguna de las recomendaciones o protocolos de la OMS o la OPS, y tampoco se evidenció "*que la* (sic) *directrices dadas al interior del país hayan establecido alguna forma de atención de la emergencia denominada 'triaje ético', por lo cual, no es palmaria para esta sala la vulneración que se aduce como causa de la aplicación de la referida medida.*"[35]

e. Trámite de selección

31. El expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional el 29 de septiembre de 2021, y no fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Once (Auto de 29 de noviembre de 2021). El 24 de enero de 2022, la magistrada Cristina Pardo Schlesinger presentó una solicitud de insistencia ante la Sala de Selección Número Uno, la cual escogió el expediente a través del Auto de 31 de enero de 2022, notificado el 14 de febrero de 2022, misma fecha en la que fue repartido al despacho.

f. Actuaciones en sede de revisión

32. El 7 de marzo de 2022, las organizaciones que prestan apoyo jurídico a las accionantes (*supra*, párrafo N° 1) solicitaron mediante escrito que (*i*) el caso fuera conocido por la Sala Plena, y (*ii*) se requirieran intervenciones técnicas a autoridades y referentes jurídicos y académicos en la materia, para "*ilustrar mejor a esta Corte sobre los riesgos y alternativas para abordar las situaciones de discriminación en salud en contextos de escasez.*"[36]

33. Con fundamento en el artículo 64 del Reglamento interno de la Corporación, a través de Auto de 25 de abril de 2022[37] la Magistrada sustanciadora requirió a las partes accionante y accionada, y a diferentes entidades y personas[38] que brindaran información necesaria para el estudio del caso.[39] Mediante Auto de 10 de mayo de 2022,[40] la Sala Primera de Revisión decidió (*i*) ampliar el plazo para que el Ministerio de Salud atendiera el requerimiento probatorio (a petición de esa Cartera);[41] (*ii*) requerir a quienes faltaban por responder; y (*iii*)

---

[35] Sentencia de tutela de segunda instancia, pág. 10.
[36] Solicitud de 7 de marzo de 2022, pág. 3.
[37] Notificado por medio del estado N° 064 de 10 de mayo de 2022.
[38] Fueron invitados a intervenir las secretarías de salud de Armenia, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Medellín y San Andrés; el Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas, la Fundación Derecho y Discapacidad, la Fundación Colombiana de Ética y Bioética, la Asociación Colombiana de Gerontología y Geriatría, la Coalición Colombiana por la Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Maestría en Bioética de la Universidad Javeriana, al Grupo de Investigación en Ética y Bioética de la Universidad Pontificia Bolivariana y la Maestría en Bioética de la Universidad del Rosario. La parte accionante también solicitó la intervención del profesor Luigi Ferrajoli, la que allegó el 7 de abril de 2022 y, por tanto, fue tenida en cuenta en el Auto de 25 de abril de 2022, disponiendo que, para dar cumplimiento al artículo 64 del Reglamento interno, la Secretaría de la Corte debía ponerla a disposición de las partes junto con el resto del material probatorio (sexto punto resolutivo).
[39] En general, se destacó que "[*e*]*l caso objeto de estudio comprende varios aspectos relacionados con el alcance del derecho a la salud en el marco de la pandemia por Covid-19 y la escasez de recursos (v.gr. la insuficiencia de Unidades de Cuidados Intensivos -UCI-, respiradores, oxígeno, talento humano especializado y otros recursos requeridos para atender a pacientes con Covid-19 y otras patologías), tales como: (i) si el Ministerio de Salud tiene el deber, en el marco de sus funciones, de expedir una guía o protocolo en el que establezca criterios vinculantes para orientar a las entidades territoriales y a los actores del Sistema de Salud en los ejercicios de priorización, respecto de su oportunidad y criterios a tener en cuenta; (ii) si la adopción de una guía o protocolo de esa naturaleza sería contraria o implicaría una intromisión indebida en la autonomía médica; (iii) cómo lograr que los ejercicios de priorización se ajusten a los estándares de la bioética y sean respetuosos de los derechos fundamentales. Indicar expresamente si criterios relacionados con la edad, el estado de salud o la situación de discapacidad, entre otros criterios sospechosos, son o no válidos dentro de un enfoque de derechos, y de ser así, en qué medida lo serían; (iv) si en el país se han realizado, con base en qué criterios y a cargo de quién, ejercicios de priorización.* (…) *(v) cómo ha sido el manejo de la información; y (vi) el tipo de atención y servicios deben recibir las personas que no son priorizadas*."
[40] Notificado por medio del estado N° 074 de 24 de mayo de 2022.
[41] Solicitud presentada el 9 de mayo de 2022.

suspender los términos del proceso por tres meses, contados a partir del recaudo y valoración de la totalidad de las pruebas (*Cfr.* artículo 64 del Reglamento interno).

34. En particular, con el Auto de 25 de abril de 2022 la Sala requirió (1) a las personas accionantes, para que remitieran copia de su documento de identidad y aportaran elementos que acreditaran su estado de salud o situación de discapacidad, según el caso; (2) al Ministerio de Salud, para que respondiera una serie de preguntas relacionadas con -entre otras cosas- (*i*) la vigencia de las *Recomendaciones* y si existe un documento de carácter vinculante para realizar ejercicios de priorización; (*ii*) de no existir un documento vinculante, si existe algún impedimento fáctico o jurídico; (*iii*) si el Ministerio u otra entidad realiza algún tipo de control posterior a las decisiones de los comités o servicios de ética o bioética; (*iv*) si existe alguna medida que garantice que antes de realizar ejercicios de priorización se agoten otras posibilidades, como la remisión a otros lugares con disponibilidad; (*v*) la manera en la que se han articulado los Centros Reguladores de Urgencias y Emergencias (CRUE) con los demás actores del sistema; y (*vi*) si en relación con los ejercicios de priorización adelantados existe algún mecanismo de rendición de cuentas o de control de la información por parte del Ministerio u otra entidad.

35. De igual manera, la Sala invitó (3) a las secretarías de salud de Armenia, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Medellín y San Andrés a que informaran si en sus respectivos territorios (*i*) se adelantaron ejercicios de priorización y, de ser así, si se tuvieron en cuenta las *Recomendaciones* del Ministerio de Salud, o qué otros criterios operaron, y (*ii*) existen comités o servicios de ética o bioética para la resolución de casos difíciles, y mecanismos de rendición de cuentas y fiscalización; y **(4)** a varias personas y organizaciones[42] a que se pronunciaran, entre otras cosas, sobre (*i*) si ante un escenario de escasez de recursos, en qué momento habría que priorizar y si debiera tenerse en cuenta un enfoque de derechos humanos; (*ii*) si los criterios relacionados con la edad, el estado de salud diferente al Covid-19 o la situación de discapacidad pueden constituirse en un criterio válido de priorización; (*iii*) si la autonomía médica impediría que una entidad estatal profiera un documento vinculante para determinar el marco de criterios éticos, técnicos y de derechos humanos para orientar la priorización; (*iv*) el tipo de atención que deben recibir las personas que no son priorizadas; y (*v*) si es necesario que exista un registro sobre la información y mecanismos de rendición de cuentas.

36. El 6 de mayo de 2022, todas y cada una de las personas accionantes remitieron copia de sus respectivos documentos de identidad, y también enviaron documentos acreditando que son personas mayores de 60 años,[43] se encuentran en situación de discapacidad y/o tienen una o más enfermedades crónicas.[44] Ellas solicitaron "*mantener la reserva y confidencialidad de todos los documentos clínicos* (…) *o que permitan conocer de su condición de salud, considerados como datos sensibles a la luz de la Ley 1581 de 2012*." Así, la información de las personas accionantes se relacionará en el "Anexo 2" de esta providencia, guardando la correspondiente reserva sobre su condición de salud.[45]

---

[42] La Sala invitó al Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas, la Fundación Derecho y Discapacidad, la Fundación Colombiana de Ética y Bioética, la Asociación Colombiana de Gerontología y Geriatría, la Coalición Colombiana por la Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Maestría en Bioética de la Universidad Javeriana, al Grupo de Investigación en Ética y Bioética de la Universidad Pontificia Bolivariana y la Maestría en Bioética de la Universidad del Rosario.

[43] Son personas mayores de 60 años de edad Constanza Eugenia Mantilla Reyes, Javier Bustamante Diaz, Gloria Isabel Reyes Duarte, Clara Inés Acevedo, Leonor Ordóñez de Acevedo, María Elvira Chaux Mosquera, Sonia Cadena Mantilla, Martha Eugenia Guerrero Ramírez, Sergio Alberto Acevedo Ordóñez, Yamile Guerrero Maldonado, Rafael Pabón García, María Teresa Mojica, Ernesto Rodríguez Jaramillo, María del Carmen Idárraga de Rodríguez, Jaime Arocha, Ángela Mercedes Avilés, José Vicente Lozano Vega, Gladys Guerrero Maldonado y Carmen Alicia Rodríguez. Algunas de estas personas también están en situación de discapacidad o parecen enfermedades crónicas.

[44] Algunas personas prefirieron "*resguardar la confidencialidad de la información de algunas de sus condiciones, porque temen ser estigmatizadas o discriminadas precisamente en razón de las múltiples condiciones de pertenencia a grupos tradicionalmente discriminados*." Escrito de 6 de mayo de 2022, pág. 1.

[45] *Cfr*. Ley 1581 de 2012.

37. Por otra parte, respecto del requerimiento de información, fueron presentadas un total de veinte intervenciones, incluidas personas y organizaciones que no fueron invitadas por la Corte. Estas serán tenidas en cuenta, en virtud al carácter informal de la acción de tutela, la importancia del tema bajo estudio, la relevancia de contar con otros puntos de vista, y en tanto toda la información fue trasladada a las partes, las cuales tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre aquella.

38. Ahora bien, dada la cantidad de información recibida, esta será presentada en el "Anexo 1" de esta providencia. Esto, sin perjuicio de que la Sala mencione aspectos puntuales de las intervenciones en el análisis del caso concreto.

39. En cumplimiento de los autos de 25 de abril y 10 de mayo de 2022, la Secretaría General dio traslado de la información recibida, a través de los oficios OPT-A-240/2022 (10 de mayo) y OPT-A-272/2022 (24 de mayo), respectivamente. Mediante Auto de 21 de junio de 2022,[46] la Magistrada sustanciadora ordenó poner a disposición de las partes e intervinientes la información restante que había sido recibida pero no trasladada, lo cual realizó la Secretaría General a través del Oficio OPT-A-307/2022 (22 de junio).

40. El 13 de mayo y el 28 de junio de 2022, las directoras de las organizaciones que brindan acompañamiento jurídico a las personas accionantes radicaron dos escritos refiriéndose a la información allegada durante el trámite de revisión. En general, se refirieron a siete puntos, los cuales también se encuentran resumidos en el Anexo 1 de la sentencia y serán mencionados -cuando corresponda- en el análisis del caso concreto.

41. El 18 de julio de 2022, la Magistrada sustanciadora profirió auto de actualización de términos, considerando que la última prueba allegada fue recibida el 29 de junio de 2022.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

a. Competencia

42. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61 del Reglamento interno de la Corporación.

43. Sobre la solicitud presentada el 7 de marzo de 2022, para que el caso sea asumido por la Sala Plena, la Sala Primera de Revisión considera que no es necesario para su resolución. Como recientemente lo mencionó la Sala Sexta de Revisión,[47] el artículo 61 del Reglamento interno de la Corte Constitucional[48] establece cuatro supuestos en los que la Sala Plena podrá conocer asuntos de tutela: (*i*) en caso de cambio jurisprudencial, (*ii*) cuando requiere la adopción de un fallo de unificación de jurisprudencia, (*iii*) si la transcendencia del asunto amerita su estudio por todos los magistrados; o (*iv*) en aquellos casos de tutela contra providencias judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado. Los escenarios "i", "ii" y "iv" son de carácter forzoso, y el "iii" es facultativo. Respecto de éste (asunto de trascendencia), los magistrados y magistradas sustanciadoras tienen la facultad o potestad de valorar aquellos asuntos que por su trascendencia ameritan ser

[46] Notificado por medio del estado N° 091 de 22 de junio de 2022.
[47] Auto 753 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 2.
[48] "*Artículo 61. Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena. // Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009* (…)."

conocidos por la Sala Plena, mientras que los eventos del primer grupo sí exigen que el magistrado o la magistrada sustanciadora presenten el informe del caso ante la Sala Plena, que decidirá si asume -o no- el conocimiento. En el expediente objeto de revisión, no se configura ninguno de los tres supuestos *forzosos* que se derivan del artículo 61 del Reglamento. Por ende, la Sala Primera de Revisión sigue siendo la competente para decidir el asunto.

44. Así las cosas, a continuación, la Sala (*i*) analizará la procedencia de la acción de tutela. De superar dicho análisis, (*ii*) estudiará si se configuró la carencia actual de objeto, en razón de la información recibida en sede de revisión. Y (*iii*) de ser negativa la respuesta a lo anterior, o de considerar necesario un pronunciamiento de fondo, establecerá el problema jurídico y pasará a resolverlo.

b. Análisis de procedencia. La acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia

45. De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, los requisitos de procedencia son los de (*i*) *legitimación por activa*, que consiste en que la acción de tutela puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre;[49] (*ii*) *legitimación por pasiva*, según el cual el amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y -en ciertos eventos- de particulares;[50] (*iii*) *inmediatez*, que conlleva que no pueda transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo;[51] y (*iv*) *subsidiariedad*, que implica que la acción de tutela es procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan idóneos o eficaces para el caso concreto[52] o cuando, aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio.[53]

---

[49] Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, este requisito se satisface cuando la acción es ejercida (*i*) directamente, esto es, por el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado; (*ii*) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y las personas jurídicas; (*iii*) mediante apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe tener la condición de abogado titulado, debiendo anexarse a la demanda el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo (en el que debe constar expresamente la facultad de presentar acciones de tutela); (*iv*) por medio de agente oficioso; o (*v*) por parte del Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Ver sentencias T-493 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, fundamento jurídico N° 3; T-194 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 2.2.3.; SU-055 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4; T-031 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 2.1.1.; T-290 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. fundamento jurídico N° 52; y T-292 de 2021. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV, Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 40.

[50] Específicamente, la Corte ha señalado que la procedencia contra particulares se da cuando estos -de acuerdo con el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991- prestan servicios públicos, o cuando existe una relación -del accionante frente al accionado- de *indefensión* (concepto de carácter fáctico que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra) o *subordinación* (entendida como la existencia de una relación jurídica de dependencia, como la que se presenta entre los trabajadores frente a sus empleadores). Ver Sentencias T-1015 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3; T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 7; T-029 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5; T-626 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.1.5; T-678 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 4; T-430 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 8.1.; y T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 60.

[51] Sentencias T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 19; SU-189 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. María Victoria Calle Correa. SV. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 2; T-374 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 4.1.3; T-246 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez, fundamento jurídico N° 2.3.; T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 27; SU-391 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 62; SU-049 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Alejandro Linares Cantillo. SPV. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 3.4.; y T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 4.4.

[52] La *idoneidad* se refiere a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho, mientras que la *eficacia* hace alusión al hecho que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado. Ver sentencias T-798 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4; SU-772 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 5.2.; y T-290 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 52.

[53] La jurisprudencia constitucional ha fijado los siguientes elementos para considerar cuándo se está ante la posible configuración de un perjuicio irremediable: (*i*) que se esté ante un perjuicio *inminente* o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (*ii*) el perjuicio debe ser *grave*, esto es, que conlleve

46. Antes de analizar el cumplimiento de los requisitos de procedencia es necesario realizar una precisión importante, con relevancia para el estudio del requisito de subsidiariedad y, de ser el caso, del fondo del asunto. Las personas accionantes cuestionan dos conductas del Ministerio de Salud -una activa y otra omisiva- que, si bien son diferentes, se encuentran íntimamente relacionadas. Por una parte, controvierten que en las *Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19* el Ministerio no estableció el momento en el que se deben activar ejercicios de priorización, no contempló que estos no deben realizarse sin haber agotado todas las posibilidades de remisión de pacientes a otros lugares con disponibilidad, no previó un mecanismo de rendición de cuentas y porque, en su criterio, habría incluido criterios discriminatorios, como la edad, la situación de discapacidad o el estado de salud. De otro lado, consideran que el Ministerio incurrió en una omisión al no establecer un protocolo vinculante en la materia, el cual debió ser adoptado de forma participativa y transparente, previendo mecanismos de fiscalización y criterios no discriminatorios en relación con las directrices de los ejercicios de priorización. Esa omisión, agregaron, ha permitido la aplicación de estándares fragmentados y el uso de categorías sospechosas.

47. De conformidad con los cuatro presupuestos de procedencia recién expuestos, la Sala constata que en esta oportunidad la acción de tutela cumple tales requisitos, como pasa a explicar, siguiendo el mismo orden en el que fueron enunciados.

48. *Legitimación por activa.* En primera medida, si bien la acción de tutela fue instaurada con el acompañamiento de la Iniciativa de Familias Saludables del Instituto O´Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global (Universidad de Georgetown) y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social PAIIS (Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes), lo cierto es que las veintiséis personas accionantes actúan a nombre propio en aras de la protección de sus derechos fundamentales, tal como consta en la acción de tutela -firmada por todas y cada una de ellas- y en el escrito remitido el 6 de mayo de 2022, con el que adjuntaron sus respectivos documentos de identificación. De esta manera, la Sala encuentra acreditado este requisito de procedencia.

49. Aunque podría objetarse que la conducta del Ministerio de Salud tiene un impacto colectivo, es decir, que afecta a toda la población del país o, al menos, los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentren en una posición similar a la de los accionantes (i.e. mayores de sesenta años de edad, en situación de discapacidad o que por su estado de salud podrían verse afectadas por un ejercicio de priorización en la asignación de recursos médicos y sanitarios escasos), lo cierto es que (*i*) ello no modifica la naturaleza de los derechos invocados (de fundamentales a colectivos),[54] y (*ii*) la Corte ha estudiado varios casos en los que se alegaba la vulneración de derechos fundamentales con un impacto masivo o en los que existía un interés homogéneo, eventos en los que lo único que se necesita verificar es si las personas peticionarias son titulares de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados.[55] Asimismo, la Corte ha precisado que "[*l*]*a cuestión relativa a si las amenazas y violaciones que se describen en la acción de tutela impetrada son meramente hipotéticas o reales no corresponde al estudio de procedibilidad de la acción. No puede el*

---

la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (*iii*) se requieran de medidas *urgentes* para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (*iv*) las medidas de protección deben ser *impostergables*, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable. Ver sentencias T-235 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 1.2; T-627 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 6.2.1.5; T-549 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.1; T-209 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 5; T-195 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 4.3.; y T-290 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 53.

[54] "(…) *un derecho fundamental individual no pierde tal condición por el hecho de ser alegado por muchas personas que se encuentran en la misma situación fáctica, por lo que tal demanda de tutela no podría negarse bajo el supuesto erróneo de que se trata de un derecho colectivo* (…)." Sentencia T-087 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 1.3.

[55] Sentencia T-627 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 28.

juez decidir a priori, sin entrar a analizar el fondo del asunto, si las pruebas demuestran que las amenazas y violaciones en realidad se produjeron o, por el contrario, son eventuales."[56]

50. En palabras de la Sentencia SU-150 de 2021: "(…) *no se opone a la acción de tutela que, al proteger los derechos de un conjunto de sujetos de especial protección constitucional que acuden en su defensa ante el juez de tutela, la Corte también ampare los mismos derechos de los demás miembros de esa población, así ellos no hayan gestionado directamente el amparo, pues subyace la necesidad de preservar el derecho a la igualdad, cuando lo que se discute es la realización de una pretensión que envuelve un interés homogéneo, que no es susceptible de ser fraccionado ni dividido* (…)."[57] En el mismo sentido se encuentran, entre otras, las sentencias T-595 de 2002,[58] T-087 de 2005,[59] T-760 de 2008,[60] T-627 de 2012,[61] T-599 de 2016,[62] T-361 de 2017,[63] T-543 de 2017[64] y T-413 de 2021.[65]

51. *Legitimación por pasiva*. Este requisito también se satisface, en tanto la tutela se dirige contra la acción y la omisión de una autoridad pública, esto es, del Ministerio de Salud y Protección Social. Como se mencionó, las personas accionantes cuestionan el contenido y alcance de las *Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19* y la ausencia de un protocolo vinculante en la materia.

52. *Inmediatez*. Dicho presupuesto se encuentra acreditado, en la medida que la acción de tutela fue presentada dentro de un término razonable y oportuno. Con miras a justificar esta conclusión, la Sala tendrá en cuenta dos aspectos: de un lado, que la tutela se fundamenta principalmente en una situación de *amenaza* de derechos fundamentales y, del otro lado, que la autoridad demandada es cuestionada tanto por una acción como por una omisión, marco en el cual es preciso reparar en la *continuidad* que se predica de los reproches formulados.

---

[56] *Ibidem*, fundamento jurídico N° 29.
[57] Sentencia SU-150 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SV. Paola Andrea Meneses Mosquera. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 153. La Sala Plena estudió varias acciones de tutela presentadas por un Senador de la República y algunas víctimas contra la Mesa Directiva del Senado de la República, en aras de la protección de los derechos a la igualdad, al debido proceso en el trámite legislativo y el derecho a la participación política de las víctimas, vulnerado por la no aprobación, pese a contar con las mayorías requeridas, del proyecto de Acto Legislativo 05 de 2017 Senado, 017 de 2017 Cámara, "[*p*]*or medio del cual se crean 16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026*".
[58] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. La Sala Tercera de Revisión estudió una acción de tutela instaurada por una persona en situación de discapacidad, profiriendo varias órdenes para eliminar las barreras de acceso existentes en el sistema de transporte público Transmilenio respecto de la población en situación de discapacidad.
[59] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. La Sala Tercera de Revisión concedió la exención de pago en el tiquete de acceso a Transmilenio para niños y niñas menores de dos años, a partir de una acción de tutela instaurada por un Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.
[60] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. La Sala Segunda de Revisión profirió órdenes estructurales para garantizar la dimensión de acceso del derecho fundamental a la salud, a partir de veintidós acciones de tutela acumuladas, que habían sido presentadas de forma individual.
[61] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Sala Octava de Revisión estudió una acción de tutela presentada por 1280 mujeres en contra del Procurador General de la Nación y dos procuradoras delegadas, por cuanto habían emitido "*de manera continua y sistemática una serie de pronunciamientos*" que incluían "*información inexacta o tergiversada, relacionada con los derechos reproductivos de las mujeres colombianas.*"
[62] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Alberto Rojas Ríos. La Sala Octava de Revisión decidió una acción de tutela presentada por un miembro del pueblo raizal de San Andrés, ordenando, a favor de todo ese colectivo, la adopción de las medidas necesarias para que el canal Teleislas fuera transmitido por los operadores del servicio de televisión por suscripción.
[63] M.P. Alberto Rojas Ríos. SV. Carlos Bernal Pulido. La Sala Octava de Revisión examinó las acciones de tutela interpuestas por varias personas, a nombre propio y como representantes de organizaciones, para la protección de su derecho a la participación ambiental en el marco de la delimitación del páramo de Santurbán.
[64] M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. Carlos Bernal Pulido. En esta ocasión, la Sala Novena de Revisión estudió un caso en el que la Superintendencia de Industria y Comercio estableció un mecanismo de censura previa en relación con información que advertía sobre los riesgos del consumo excesivo de bebidas azucaradas. Lo anterior, a partir de dos acciones de tutela, una de las cuales fue instaurada por algunos ciudadanos como titulares del derecho fundamental a la libertad de expresión en su componente de recibir información.
[65] M.P. Cristina Pardo Schlesinger. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado. La Sala Sexta de Revisión analizó varias acciones de tutela presentadas por diferentes personas, quienes actuaban a nombre propio y como integrantes o representantes de asociaciones de cultivadores, juntas de acción comunal, organizaciones de derechos humanos y ambientales, asociaciones campesinas, organizaciones indígenas o agrupaciones políticas. Este caso trata sobre los derechos a la consulta previa y a la participación ambiental en el marco del procedimiento ambiental para la modificación del Plan de Manejo Ambiental del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la Aspersión Aérea con el herbicida Glifosato.

53. Para iniciar, tiene en cuenta la Sala que las *Recomendaciones* fueron publicadas en marzo de 2020 y que, luego de ese momento y antes de la presentación de esta acción de tutela (22 de junio de 2021), el país había atravesado, en general, por dos picos de la pandemia, los meses de julio-agosto de 2020 y de diciembre-enero de 2021. El cuestionamiento que surge, en consecuencia, es si es razonable que solo ante la ocurrencia del tercer pico, como indican las personas demandantes, se presentara este medio de protección.

54. Con tal objeto, es preciso destacar que las personas accionantes han invocado el amparo de sus derechos fundamentales ante la *amenaza* a la que están expuestos, porque se encuentran en una situación que, conforme a las pautas *orientadoras* del Ministerio que fueron seguidas en varios contextos por autoridades sanitarias, su atención no sería priorizada por razones que, estiman, son discriminatorias. Para la Sala, esta situación de *amenaza* habilita el ejercicio de la acción de tutela, esto es, no sería razonable exigirles que atravesaran por un evento que, ellos afirman, es lesivo de sus derechos para que, solo en ese momento, se justificara la interposición de este medio de protección, pues, en un escenario como este y en el marco de una emergencia sanitaria, sería una carga irrazonable y privaría de eficacia a la acción de tutela.

55. Al respecto, es necesario recordar que el artículo 86 de la Constitución Política (*Cfr*. Art. 1 Decreto 2591 de 1991) dispone que la acción de tutela procede para la protección inmediata de derechos fundamentales "*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*." (Subrayas no originales). Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que la acción de tutela procede contra *amenazas* pero no frente a riesgos:[66] "*el riesgo es siempre algo abstracto y no produce consecuencias concretas, mientras que la amenaza supone la existencia de señales o manifestaciones que hagan suponer que algo malo va a suceder de manera certera e inminente. En otras palabras, la amenaza supone la existencia de signos objetivos que muestran la inminencia de la agravación del daño, mientras que el riesgo está ligado a la noción de probabilidad y de eventualidad de aquel*."[67] Ahora bien, también ha advertido que "*el juez constitucional debe ser cuidadoso en la determinación de la gravedad, la certeza y la inminencia de la vulneración del derecho amenazado, ya que la frontera entre el riesgo potencial y una amenaza cierta es muchas veces difusa. Por esta razón* (…) *en los casos de duda el material probatorio resulta determinante*."[68]

56. En el caso concreto, la acción de tutela fue instaurada el 22 de junio de 2021, cuando el país atravesaba el *tercer pico* de la pandemia por Covid-19 (como se explicará en detalle *infra*, al analizar la carencia actual de objeto). Por ende, en dicho contexto, prima facie y para los efectos de este análisis de procedencia formal, los reproches efectuados frente a al Ministerio sí representaban, razonablemente, una *amenaza* con actualidad, certeza e inminencia para los derechos de las personas accionantes, quienes estimaban probable, por el nivel de contagios y ocupación de Unidades de Cuidados Intensivos, que respecto de ellas, en caso de requerir atención médica, se realizaran ejercicios de priorización a partir de criterios que -en su concepto- son discriminatorios.

---

[66] Ver, entre otras, sentencias T-1002 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 4; T-179 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 3.1.; y T-390 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamentos jurídicos N° 118 y 119.

[67] "(…) *el riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho y se sitúa antes de que la violación inicie su consumación definitiva pero no antes de su existencia; es decir que la amenaza presenta datos reales y objetivos que permiten prever el agravamiento inminente que conlleva la vulneración del derecho. La amenaza menoscaba el goce pacífico del derecho y, por lo tanto, es un inicio de vulneración en el sentido de que el ejercicio del derecho ya se ha empezado a perturbar. En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular. Hay que advertir que la acción de tutela solo es procedente en los casos de amenaza o peligro cierto de vulneración, pero no en los casos de riesgo*." Sentencia T-1002 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamentos jurídicos N° 4.6. y 4.11.

[68] Sentencia T-1002 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 4.8.

57. De otro lado, pese a que las Recomendaciones se emitieron al inicio del año 2020 y a que antes de la acción de tutela, instaurada el 22 de junio de 2021, se presentaron dos picos de la pandemia por el Covid 19, la Sala estima que la acción satisface el requisito de inmediatez porque *(i)* a la reclamación subyace una idea que excede las citadas recomendaciones, en concreto, la *omisión* del Ministerio en emitir un acto con fuerza vinculante y criterios claros y garantes de derechos humanos, entre otros aspectos, para la realización de triajes en momentos excepcionales y, en ese sentido, la *omisión* se ha extendido en el tiempo por su propia naturaleza; y porque, además, *(ii)* aunque la resolución es del año 2020, lo cierto es que al momento en el que se presentó la acción, la *amenaza* de los derechos fundamentales que sustenta este amparo se mantenía en el tiempo; esto es, seguía siendo posible que, en un pico de la pandemia, se requiriera la realización de triajes sin contar, indicaron los tutelantes, con un protocolo vinculante y garante de los derechos humanos que fijara los criterios mínimos a tener en cuenta.

58. Por lo expuesto, la Sala estima que debe darse aplicación a uno de los criterios que la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido en cuenta para analizar de manera flexible el requisito de inmediatez, dirigido a dimensionar la oportunidad de la acción cuando la amenaza o la afectación de un derecho fundamental es *continua*. Al respecto, en la Sentencia SU-108 de 2018,[69] al reiterar varias decisiones en el mismo sentido, se estableció que se satisfaría razonablemente este criterio:

> *"(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata."*[70]

59. A partir de lo dicho, atendiendo al alcance de los reparos que las personas demandantes invocan así como a la actualidad de la *amenaza* mencionada, la Sala concluye que se encuentra acreditado el requisito de inmediatez pues la interposición de la misma se dio dentro de un término razonable en el conjunto de circunstancias acreditadas.

60. *Subsidiariedad*. La acción de tutela también es procedente, por cuanto las personas accionantes no contaban, prima facie, con ningún mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales de cara a la acción y omisión que reprochan por parte del Ministerio de Salud. En concreto porque, en principio, frente a la omisión no procede la acción de cumplimiento, y respecto de las *Recomendaciones* no procede el medio de control de nulidad.

61. En relación con la *omisión* del Ministerio de Salud controvertida por las personas accionantes, la Sala destaca que el ordenamiento jurídico, a partir de lo dispuesto en el artículo 87 superior,[71] prevé un mecanismo dirigido a promover que las autoridades -y particulares, en los términos precisos establecidos en la Ley- que tienen a su cargo el efectivo cumplimiento de mandatos -deberes- derivados de normas con fuerza material de ley o actos administrativos lo hagan, a partir de la invocación de la acción de cumplimiento. En este sentido, el artículo 1º de la Ley 393 de 1997[72] prevé:

---

[69] Sentencia SU-108 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Alberto Rojas Ríos. SPV. Diana Fajardo Rivera. SPV. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Fundamento jurídico N° 17.

[70] En sentido similar ver, por ejemplo, la Sentencia SU-069 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta decisión, aunque en un escenario de tutela contra providencia judicial, la Corporación destacó que el criterio de razonabilidad del término para el examen de la satisfacción del requisito de inmediatez se flexibilizaba cuando *"la posición desfavorable es continua y actual"*. Fundamento jurídico No. 27.

[71] "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo."

[72] *"Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política*".

> **"Artículo 1º.***Objeto.* Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos."

62. Sobre el alcance de dicho mecanismo, la Corte Constitucional sostuvo que *"[e]n un Estado Social de Derecho en donde el ejercicio del poder está supeditado a la observancia de la Constitución y al imperio de la legalidad, es esencial el respeto por la eficacia material de la* ***normatividad creada por el legislador y de los actos administrativos*** *que dentro del marco de sus respectivas competencias expiden las diferentes autoridades en cumplimiento de los cometidos o tareas a ellas asignadas."*[73] (Negrilla fuera de texto). Por su parte, en la Sentencia C-893 de 1999,[74] la Corporación precisó el término *ley* debía entenderse a partir de su sentido formal y material, por lo cual, decretos leyes y decretos legislativos, por ejemplo, estaban involucrados en dicha categoría. En contraposición, la sentencia SU-077 de 2018[75] destacó que esta acción no era procedente, por ejemplo, para *"hacer cumplir otro tipo de disposiciones"*, diferentes a las que tienen fuerza de ley o se prevén en actos administrativos, *"tales como mandatos constitucionales, u órdenes contenidas en providencias judiciales."*[76]

63. A partir de lo anterior, la procedencia de la acción de cumplimiento depende de la existencia de una norma con contenido legal o incorporada en un acto administrativo[77] de la que, de manera *específica* y *determinada*,[78] emane un deber incumplido y que debía ser ejecutado por una autoridad determinada -o particular, en determinados casos- para la satisfacción de los intereses involucrados.

64. La existencia de esta disposición, con las condiciones claramente expresadas, no se evidencia en el ordenamiento con estatus legal o infra legal -ligado a un acto administrativo- para el caso ahora analizado; por lo cual, dado que la omisión en el trámite y expedición de un protocolo vinculante con criterios de priorización en situaciones de escasez de recursos médicos y sanitarios y limitaciones en el acceso al Sistema de Salud, prima facie, no parece surgir del incumplimiento del deber contenido en una norma con el alcance al que aquí se ha hecho referencia, la acción de incumplimiento no sería procedente.

65. Además de lo anterior, de existir cualquier duda respecto a la línea argumentativa expuesta, es importante advertir que el Legislador previó la forma de resolver la tensión entre la procedencia simultánea de una acción de cumplimiento y la acción de tutela. En este sentido, el inciso 1º del artículo 9º de la Ley 393 de 1997 prevé:

---

[73] Sentencia C-157 de 1998. MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara. SV. Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes y Hernando Herrera Vergara. SV. José Gregorio Hernández.
[74] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[75] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico No. 23.1.
[76] Sobre esto último recayeron, precisamente, varios salvamentos de voto en las sentencias C-157 de 1998 y C-193 de 1998, al considerar que (i) dada la comprensión otorgada al concepto de "ley", en particular, (ii) se había excluido la posibilidad de considerar la acción de cumplimiento como un medio apto para garantizar la fuerza vinculante de mandatos constitucionales. En este sentido, en particular, respecto de esta última decisión quienes salvaron voto manifestaron que: *"Con nuestro acostumbrado respeto, disentimos de la presente decisión por las razones señaladas en nuestro salvamento a la sentencia C-157 de 1998. En efecto, consideramos que la Corte, al no condicionar el alcance de los artículos 1º, 3º y 5º de la Ley 393 de 1997, en el sentido de que la acción de cumplimiento puede también ser utilizada para hacer efectivos los mandatos constitucionales, en la práctica está restringiendo la eficacia de este mecanismo de protección judicial, ya que de esa manera se está admitiendo que éste no se puede invocar para el cumplimiento de los mandatos constitucionales, lo cual desconoce la vocación normativa de la Carta (CP art. 4º). Como lo señalamos en el mencionado salvamento, si las personas tienen un derecho constitucional a que se cumplan las leyes y actos administrativos, que es lo que justifica la acción de cumplimiento, con mayor razón tienen un derecho a que la Constitución se cumpla efectivamente, pues ella es la norma de normas de nuestro ordenamiento. Sin embargo, con la presente ley, tenemos la paradoja de que la norma superior -la Constitución- carece de un mecanismo judicial para su realización mientras que disposiciones de menor jerarquía, como las leyes y los actos administrativos, sí son susceptibles de ser realizadas gracias a la acción de cumplimiento. Y lo más paradójico es que la Corte Constitucional, que es la guardiana de la integridad y supremacía de la Carta (CP art. 241), haya permitido esa especie de discriminación en contra del cumplimiento de la propia Constitución."*
[77] En la Sentencia SU-077 de 2018, que reitera en esto la sentencia C-157 de 1998, se precisó que: *"este mecanismo tiene por objeto hacer efectivos, de un lado, mandatos del Legislador provenientes del Congreso o del Gobierno en ejercicio de funciones legislativas, cuyo contenido corresponde a normas de carácter general, impersonal y abstracto; y, de otro, actos administrativos, bien sea de contenido general o particular, en las condiciones que la misma ley prescribe."*
[78] Sentencia 1194 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 3.2.

> "La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de tutela."

66. Al analizar el alcance de dicha disposición, la Sentencia C-1194 de 2001[79] indicó que, *"cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de la autoridad, se está en el ámbito de la acción de tutela. Cuando lo que se busca es la garantía de derechos de orden legal o lo que se pide es que la administración de aplicación a un mandato de orden legal o administrativo que sea específico y determinado, lo que cabe en principio, es la acción de cumplimiento."* Precisó que, aunque existen casos grises y de difícil delimitación, *"será el juez competente quien deberá apreciar en cada evento, si de lo que se trata es de la aplicación directa de la Constitución para la protección de derechos de rango constitucional o del cumplimiento de la ley y de los actos administrativos para exigir la realización de un deber omitido."* Por lo anterior, más recientemente, la Corporación concluyó que, cuando está de por medio la protección de derechos fundamentales, la acción de cumplimiento es "*una acción subsidiaria respecto de la acción de la tutela, de manera que esta última es prevalente cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de una autoridad. En contraste, cuando la pretensión se dirige a que se garanticen derechos de orden legal o que la administración aplique un mandato legal o administrativo, específico y determinado, procede la acción de cumplimiento*."[80]

67. Descendiendo al caso en estudio, la Sala Primera de decisión concluye que, indudablemente, a la reclamación de las personas accionantes subyace la garantía efectiva de derechos fundamentales, por lo cual, si en gracia de discusión se afirmara que la acción de cumplimiento sí es procedente para requerir al Ministerio de Salud la materialización de un deber *legal* o derivado de un mandato previsto en un *acto administrativo*, la acción de tutela sigue siendo el principal mecanismo de defensa constitucional. Por lo cual, en conclusión y sin duda alguna, es imperioso afirmar que la acción invocada es procedente de cara a cuestionar la omisión imputada a la autoridad demandada.

68. Por otra parte, si bien los jueces de tutela de instancia refirieron que frente a las *Recomendaciones* las personas accionantes debieron acudir al medio de control de nulidad, lo cierto es que dicha vía procesal no es clara tampoco para el objetivo pretendido por las personas accionantes, en la medida que no toda manifestación de la administración materializa un acto administrativo susceptible de revisión ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

69. Por un lado, el propio Ministerio enfatizó en que (*i*) ese es un documento de recomendaciones, por lo que no puede considerarse como una guía ni protocolo, y tampoco un lineamiento en respuesta a una política específica; (*ii*) su propósito no es establecer estándares para la realización de los protocolos de triaje, sino orientar la toma de decisiones; y (*iii*) solo contiene medidas de referencia y no para asesorar o guiar los ejercicios de priorización, ya que esa tarea le correspondía a los prestadores y profesionales en ejercicio de su autonomía.[81]

70. Ligado a lo anterior, el Consejo de Estado ha considerado que solo pueden demandarse normas que tengan carácter de acto administrativo, "*entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica*."[82] En particular, al analizar si documentos de la

---

[79] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[80] Sentencia SU-077 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 24. Reiterada en la sentencia SU-245 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 239.
[81] Ver *supra*, acápites "a" y "c" de los antecedentes, e *infra*, acápite 1 del anexo 1.
[82] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de mayo de 2020, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, número único de radicación: 11001-03-24-000-2009-00130-00.

administración sin carácter vinculante (como lo son las circulares de servicios) son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en varias oportunidades ha indicado que ello solo es posible "*cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda.*"[83] (Subrayas no originales). En estos últimos supuestos, entonces, no se está ante actos administrativos sino actos del servicio o "*simples pronunciamientos de la administración, con el fin de cumplir sus deberes de orientación, coordinación o control.*"[84]

71. Así las cosas, para la Sala las *Recomendaciones* del Ministerio de Salud no constituyen, *en principio*, un acto administrativo sino un pronunciamiento que, por si solo y directamente, no crea o modifica una situación jurídica ni tiene efectos vinculantes -que es parte de lo que reprochan las personas accionantes-, pues tienen un propósito orientador, como lo reiteró esa Entidad. Para la Sala, este análisis no significa que se desconozca todo impacto, así sea mediato, de las *Recomendaciones*, lo que se sostiene es que, por sí mismas, no crean, modifican o suprimen una situación jurídica; por lo cual, pese a que, por ejemplo, algunas de las autoridades de salud a los que se refirieron las personas accionantes las hayan tenido en cuenta, tal actuación no surgió de la imposición de un curso de acción por parte del Ministerio, quien considera, en efecto, que solamente expidió orientaciones no vinculantes.

72. De otra parte, en atención a que, en principio, las *Recomendaciones* no serían susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la acción de tutela cumple el requisito de subsidiariedad también en este punto, por cuanto las personas accionantes no contaban con otro mecanismo de carácter judicial para atacarlo (*Cfr*. Art. 6, Decreto 2591 de 1991).

73. De lo expuesto, la Sala concluye que la acción de tutela es procedente. Sin embargo, antes de plantear y analizar el problema jurídico, se debe determinar si se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto, debido a la información recibida en sede de revisión.

c. Cuestión previa: análisis sobre carencia actual de objeto[85]

74. La Corte Constitucional ha señalado que hay situaciones en las que los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de violación o desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales cesaron, desaparecieron o se superaron, dejando de existir el objeto jurídico respecto del cual la autoridad judicial, en sede constitucional, debía adoptar una decisión.[86]

75. Dicho fenómeno, denominado *"carencia actual de objeto",* se configura en los siguientes eventos:[87] (*i*) *hecho superado*, se presenta cuando se satisfacen por completo las pretensiones del accionante a partir de la conducta desplegada por el agente transgresor;[88]

---

[83] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 19 de marzo de 2009, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, número único de radicación: 110010325000-2005-00285-00; y de 14 de mayo de 2020, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, número único de radicación: 11001-03-24-000-2009-00130-00. En el mismo sentido: Sección Segunda, providencia de 17 de mayo de 2012, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, número único de radicación: 110010325000-2008-00116-00 (2556-08). Sección Cuarta, providencia de 29 de marzo de 1996, Consejero Ponente: Julio Enrique Correa Restrepo; número único interno: 7324.
[84] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de mayo de 2020, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, número único de radicación: 11001-03-24-000-2009-00130-00.
[85] En este acápite se reiterarán las consideraciones expuestas en las sentencias T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamentos jurídicos N° 62 a 65; y T-073 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamentos jurídicos N° 49 a 51.
[86] Sentencias T-388 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 3; y T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 63.
[87] Sentencias T-200 de 2013. M.P. (e) Alexei Julio Estrada, fundamento jurídico N° 1; T-557 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 2.2.6.; y T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 3.2.
[88] Sentencias T-533 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 5; T-970 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SVP. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 2.4; y T-264 de 2017. M.P. Alberto Rojas

(*ii*) *daño consumado*, se da en aquellas situaciones en las que se afectan de manera definitiva e irreversible los derechos fundamentales antes de que el juez de tutela logre pronunciarse sobre la petición de amparo;[89] o (*iii*) *situación sobreviniente*, comprende los eventos en los que la vulneración de los derechos fundamentales cesó por causas diferentes a las anteriores, como cuando el resultado no tiene origen en el obrar de la entidad accionada, porque un tercero o el accionante satisficieron la pretensión objeto de la tutela, o porque el actor perdió el interés, entre otros supuestos.[90] Asimismo, esta Corporación ha establecido que la ocurrencia de alguno de esos tres supuestos implican "*la desaparición del supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución*",[91] tornándose -en principio- inane o superflua cualquier determinación acerca del fondo del asunto.[92]

76. Ahora bien, respecto de la actitud que deben adoptar los jueces de tutela cuando se presenta alguno de los anteriores supuestos, la Corte ha indicado que si se está ante un *daño consumado*, "*resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos*",[93] mientras que en los demás supuestos de carencia actual de objeto no es imperioso que el juez de tutela haga una declaración de fondo sobre la materia. Sin embargo, y especialmente tratándose de la Corte Constitucional, se podrá realizar cuando sea necesario para, entre otros aspectos, (*i*) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela;[94] (*ii*) advertir sobre la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes;[95] (*iii*) corregir las decisiones judiciales de instancia;[96] o (*iv*) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental.[97]

77. En el presente caso, la Sala Primera de Revisión considera que, dadas las circunstancias fácticas actuales, se configuró la *carencia actual de objeto por situación sobreviniente.*

78. En la respuesta brindada en sede de revisión (ver *infra*, acápite 1 del anexo 1) el Ministerio de Salud sostuvo, entre otras cosas, que las *Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19* ya no estaban vigentes porque fueron emitidas para responder al cambio de paradigma de atención, y en tanto la fase crítica en la que pudieron ser requeridas fue superada *("las recomendaciones se hicieron sobre la potencial ocurrencia de escasez de recursos (…) y no sobre la emergencia sanitaria en general que aún está vigente; esto se traduce en que durante la pandemia la insuficiencia de recursos se tornó como una posibilidad dinámica no como una realidad permanente …")*. Asimismo, destacó que, debido a la situación actual (baja ocupación de camas UCI), tampoco era necesario establecer un mecanismo de control o seguimiento a los ejercicios de priorización que pudieron ser adelantados.

Ríos. AV. (e) Hernán Correa Cardozo, fundamento jurídico N° 2.1.

[89] Sentencias SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis. SV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico N° 7.3.2; T-147 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV: Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 13; y SU-150 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SV. Paola Andrea Meneses Mosquera. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 235.

[90] Sentencias T-481 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 4.1; y T-543 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. Carlos Bernal Pulido, fundamento jurídico N° 4.2.

[91] Sentencias T-519 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, fundamento jurídico N° 3 y T-087 de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 3.

[92] Sentencias T-314 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 2.2. y T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 64.

[93] Sentencias T-170 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 4; T-570 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 2.2.; y T-543 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera. SV. Carlos Bernal Pulido, fundamento jurídico N° 4.2.

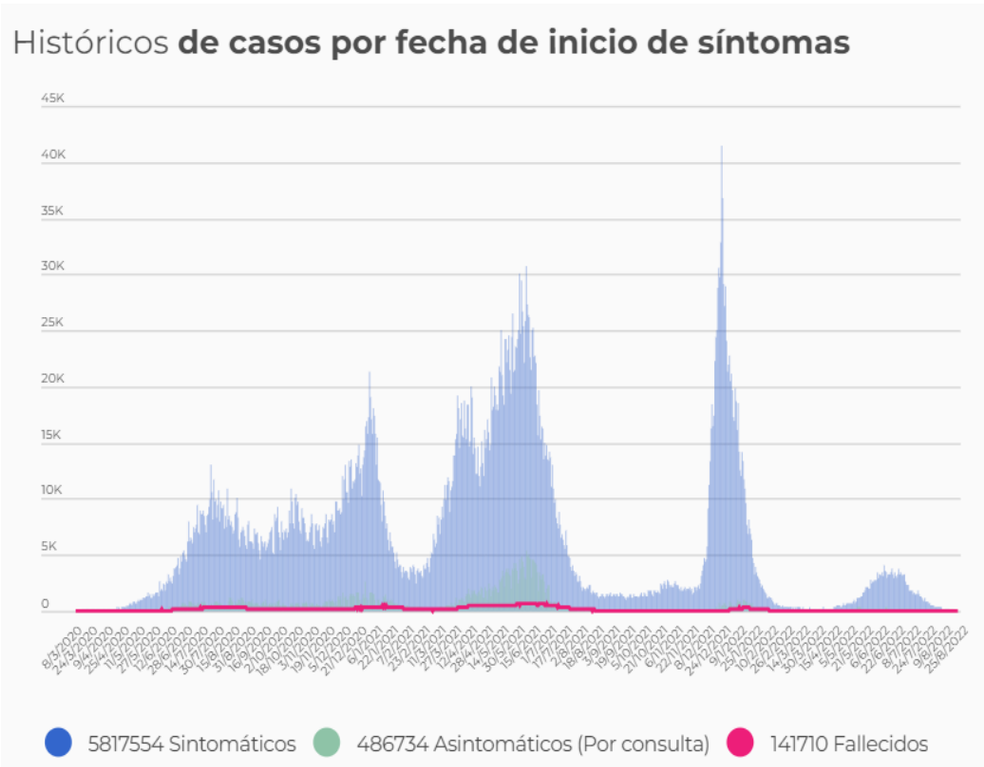
[94] Sentencias T-070 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 57; T-343 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 3.3.2. y SU-522 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 53.

[95] Sentencia T-150 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 21.

[96] Sentencias T-155 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 2.2.1.; T-256 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico N° 3; y T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 65.

[97] Sentencia SU-522 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 53.

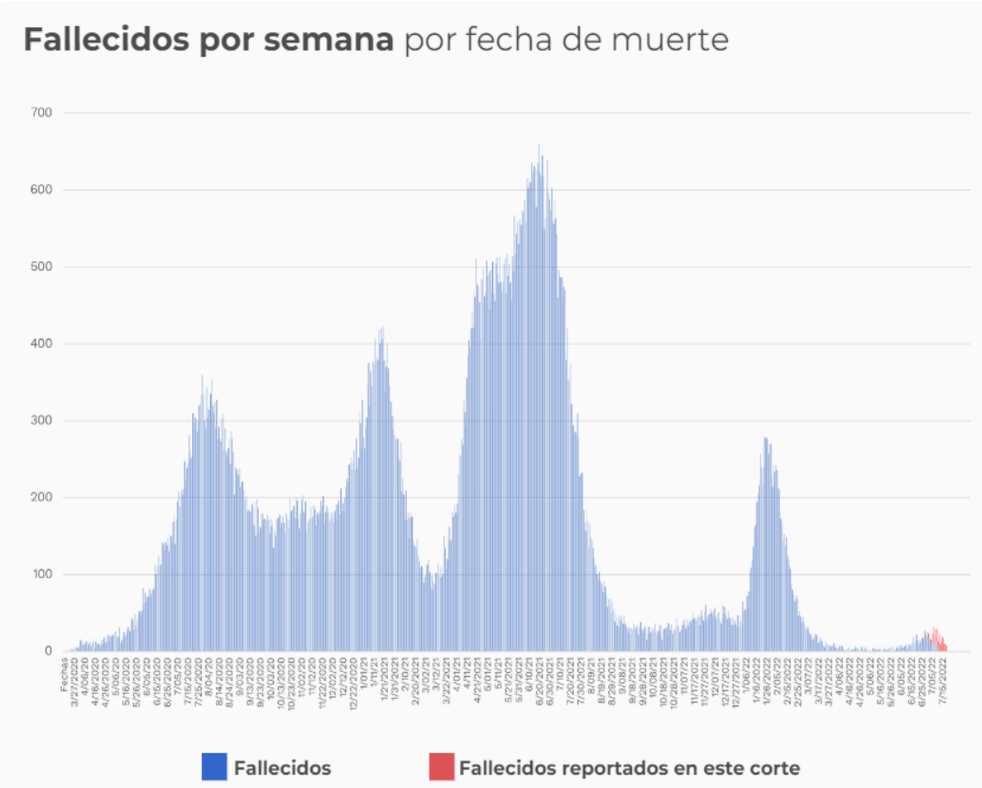
79. Más allá de la discusión sobre si es posible predicar *vigencia* de las *Recomendaciones* -como documento no vinculante y que no crea, modifica o suprime una situación jurídica de manera directa-,[98] la Sala concuerda con el Ministerio acerca de que la situación de amenaza que enfrentaban las personas accionantes ha variado sustancialmente -como incluso lo reconocieron en revisión las directoras de las organizaciones que brindan acompañamiento jurídico a las personas accionantes-, de manera tal que en la actualidad no enfrentan *una amenaza*, con la intensidad existente al momento de presentante esta acción de tutela, de ser sometidas a ejercicios de priorización para el acceso a recursos médicos y sanitarios escasos con ocasión del Covid-19. Esto, debido a la baja ocupación de camas UCI (de acuerdo con la gráfica presentada por el Ministerio en sede de revisión),[99] y a la reducción de los contagios y las menores tasas de mortalidad por Covid-19. Esto tiene respaldo en las cifras oficiales que a continuación se presentan.[100]



[98] La Corte ha entendido que la *vigencia* "*se halla íntimamente ligada a la noción de 'eficacia jurídica', en tanto se refiere, desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor. Así, se hace referencia al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos. La regla general en nuestro ordenamiento es que las normas comienzan a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, según lo determinen ellas mismas, o de conformidad con las normas generales sobre el particular* (…)" (subrayas no originales). Sentencia C-873 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Álvaro Tafur Galvis. SPV. Jaime Araújo Rentería. SPV y AV. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 3.2.2. Reiterada en las sentencias C-932 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Álvaro Tafur Galvis, fundamento jurídico N° 4; y C-444 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 20.

[99] Ver *infra*, acápite 1 del anexo 1, respuesta a la pregunta "ix".

[100] https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html y https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/coronavirus-casos.aspx (bases de datos consultadas el 9 de septiembre de 2022). La Sala no desconoce que las variables para obtener las cifras pueden variar (v.gr. por el porcentaje de pruebas realizadas por el número total de personas con síntomas o sospechas de Covid), pero estima que las fuentes oficiales permiten tener un parámetro objetivo para el análisis de la carencia actual de objeto.



Gráficas tomadas de los enlaces oficiales[101]

80. De conformidad con la información oficial, en el momento en que fue presentada la acción de tutela (22 de junio de 2021), el país atravesaba el *tercer pico* de la pandemia -como también se mencionó en el análisis de *inmediatez*-, fecha en la que se registraron 25.138 personas contagiadas (sintomáticas) y 622 personas fallecidas por Covid-19. Para el 20 de agosto de 2022,[102] se registraron 330 personas contagiadas (sintomáticas) y 9 personas fallecidas por Covid-19. Lo anterior también se corresponde con la tendencia en la ocupación de camas UCI, según lo explicado por la referida entidad.

81. Si bien, como se acabó de indicar, cuando se configura la carencia actual de objeto por situación sobreviniente el juez de tutela -en particular la Corte Constitucional- no tiene el deber de emitir un pronunciamiento de fondo, en el presente caso la Sala considera que sí es necesario para (*i*) avanzar en la comprensión de los derechos fundamentales a la igualdad y la salud en contextos en los que existen recursos médicos y sanitarios limitados y realizar ejercicios de priorización para su acceso y distribución; y (*ii*) de ser el caso, dictar las órdenes pertinentes. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como se desprende de los antecedentes y fue ilustrado por varios de los intervinientes, el análisis de este asunto no solo abarca cuestiones normativas sino también comprende complejas cuestiones éticas con un impacto decisivo en derechos fundamentales.

82. En este punto es importante destacar que al resolver un caso relacionado con el alcance del derecho a la educación en el marco de la pandemia por Covid-19,[103] en la

---

[101] https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html y https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/coronavirus-casos.aspx (bases de datos consultadas el 9 de septiembre de 2022).

[102] Aunque las bases de datos fueron consultadas el 9 de septiembre de 2022, lo cierto es que para ese momento la última cifra que aparece registrada en la estadística de *casos con inicio de síntomas*, era el 20 de agosto de 2022.

[103] La Sala estudió tres expedientes de tutela en las que las accionantes eran madres de niños menores de 18 años, y las cuales se dirigían contra del Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación Distrital, la Red Nacional Académica de Tecnología Avanzada y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB. En criterio de las accionantes, esas entidades, "*como entes encargados de garantizar el acceso de las niñas, niños y adolescentes a la educación, no tomaron las medidas adecuadas durante la pandemia, para garantizar el acceso a la educación de sus hijos, por depender las estrategias implementadas del uso de equipos de cómputo y del acceso a internet. Al respecto, manifestaron que no están en capacidad de comprar estos equipos ni de financiar el acceso a internet, para que sus hijos puedan desarrollar las actividades escolares a distancia. Además, sostuvieron que esta situación ha llevado a que sus hijos sean discriminados, por cuanto, los estudiantes sin conectividad no son retroalimentados por los docentes, contrario a lo que sucede con*

Sentencia SU-032 de 2022,[104] la Sala Plena recordó que "*el hecho que se presente una situación sobreviniente o un hecho superado -tal como ocurre en esta oportunidad-,*[[105]] *no impide que, como garantía de no repetición o de la protección de la dimensión objetiva del derecho, la Corte pueda y deba hacer algún tipo de pronunciamiento de fondo*."[106] La Sala concluyó que "*los posibles problemas colaterales que han surgido del contexto con motivo de la pandemia que aún subsiste y que podrían haber afectado el derecho de acceso, permanencia y calidad de la educación de los niños, niñas y adolescentes exigen de esta Corporación valorar las circunstancias de fondo que generaron la presentación de las acciones constitucionales, de lo cual se evidencia una latente necesidad de que tales problemas sean analizados por las autoridades competentes para que se adopten las decisiones complementarias de política pública pertinentes*."[107] Para tal efecto, profirió una serie de órdenes para que, en el término de seis meses a un año, el Gobierno nacional adopte varias medidas de política pública.[108]

83. Así las cosas, y como lo hizo la Sala Plena en las sentencias SU-032 de 2022[109] y SU-109 de 2022[110] en casos relacionados con el impacto de la pandemia del Covid-19 en ciertos derechos fundamentales, en esta oportunidad la Sala Primera de Revisión también estudiará, a partir de los hechos del presente asunto, el alcance de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud a partir de su *dimensión objetiva*,[111] con el propósito de prevenir que se repitan las circunstancias que motivaron el pronunciamiento de fondo por parte de la Corte.

84. Así las cosas, a continuación la Sala procederá a plantear y resolver el problema jurídico que se suscita en la presente controversia.

---

aquellos que cuentan con acceso a medios virtuales." Sentencia SU-032 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 286.

[104] M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos.

[105] La Sala Plena estimó que se configuró la carencia actual de objeto por (*i*) situación sobreviniente, "*respecto a la pretensión relativa al amparo al derecho a la educación, luego de verificar que en todo el territorio nacional se retomó la presencialidad en la prestación del servicio*"; y (*ii*) hecho superado, porque durante el trámite del proceso a las accionantes les entregaron los equipos de cómputo y cobertura de interés.

[106] Sentencia SU-032 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 161.

[107] Sentencia SU-032 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 289.

[108] "(…) ***Tercero.- ORDENAR*** *al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, y a las Entidades Territoriales, a través de sus Secretarías de Educación, que, en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, complementen, actualicen y/o formulen e implementen si aún no lo han hecho, un plan o conjunto de estrategias que permitan evaluar a nivel nacional y territorial el impacto que ha tenido la pandemia generada por la Covid-19 en el servicio de educación, en los docentes y en los estudiantes. //* ***Cuarto.- ORDENAR,*** *en consecuencia, al Gobierno Nacional que, de ser posible con el auxilio de una comisión integrada por expertos de diferentes disciplinas, en un término no mayor de seis (6) meses, presente recomendaciones para la actualización y mejoramiento de las medidas implementadas hasta la fecha, de manera que estas permitan reducir la brecha que se amplió con la pandemia en materia educativa, a través de acompañamiento psicológico, nivelación de contenidos, reducción de las cifras de deserción, y focalización de la estrategia de conectividad en las zonas donde habitan niños, niñas y adolescentes en situaciones de mayor vulnerabilidad, entre otros. //* ***Quinto. ORDENAR*** *al Gobierno Nacional que, dentro del año siguiente contado a partir de la notificación de esta sentencia, formule una política pública de prevención ante situaciones de pandemia, catástrofes o calamidades públicas que permitan adoptar con oportuna anticipación medidas para evitar y resolver problemas excepcionales que alteran o amenazan alterar el normal funcionamiento de la educación y de esa manera garantizar la efectividad del derecho a la educación cualquiera sea el modelo educativo aplicable en presencialidad, virtualidad o cualquiera otro*."

[109] M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos.

[110] M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Antonio Lizarazo Ocampo. AV. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Karena Caselles Hernández (e). Esta Sentencia será mencionada por la Sala Primera de Revisión *infra*, acápite "h" de las consideraciones (sobre la edad como categoría o criterio semi sospechoso).

[111] "(…) *el concepto jurídico de derechos subjetivos no hace referencia al carácter individual del interés comprometido, sino a la posibilidad de definir con precisión los tres componentes de una posición jurídica específica. Esto es, un titular, un obligado y un contenido claramente definidos (estructura de relación triádica de los derechos subjetivos)*. (…) [*Por otra parte, se encuentra la categoría*], *de* ***derecho objetivo****, que hace referencia a las normas abstractas vigentes en un orden jurídico determinado. En esa dirección, y en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha acogido la posibilidad de distinguir entre la dimensión objetiva y la dimensión subjetiva de los derechos constitucionales; es decir, entre las normas jurídicas que consagran derechos en abstracto y las posiciones jurídicas concretas, definidas a partir de la relación 'triádica' ya mencionada*." Sentencia C-178 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 9.10.

d. Planteamiento de los problemas jurídicos y metodología para su resolución

85. En atención al debate constitucional planteado por las personas accionantes, lo manifestado por el Ministerio de Salud y lo sostenido por quienes intervinieron en el curso de esta acción, en particular ante la Corte Constitucional, la Sala Primera de Revisión precisa que deben resolverse los siguientes dos problemas jurídicos principales:

86. Primero. ¿Amenaza o vulnera el Ministerio de Salud y Protección Social los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud[112] de las personas mayores de 60 años de edad, con comorbilidades o en situación de discapacidad al negarse a emitir un documento, *con efectos vinculantes*, que determine los criterios jurídicos necesarios y suficientes para adelantar ejercicios de *priorización* en eventos excepcionales, en los que la insuficiencia de *disponibilidad* impacta la *accesibilidad* plena del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud? Para su resolución, la Sala valorará, entre otros aspectos, la competencia de la autoridad mencionada para expedir el acto que extrañan las personas accionantes y el alcance que tendría dicha regulación, en particular, frente a la autonomía médica profesional.

87. Segundo. ¿Amenaza o vulnera el Ministerio de Salud y Protección Social los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud de personas mayores de 60 años de edad, con comorbilidades o en situación de discapacidad, al proferir las *Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19* (*i*) por incluir dentro de los criterios a tener en cuenta para la *priorización* en la asignación de recursos médicos y sanitarios escasos criterios tales como la edad, las comorbilidades, la posibilidad de supervivencia sin enfermedad, la posibilidad de supervivencia con enfermedad y la posibilidad de requerimientos prolongados del soporte, y (*ii*) por no precisar, según lo afirman las personas accionantes, cuándo habría lugar a su aplicación y a cargo de quién?

88. Para abordar el estudio de los problemas jurídicos, la Sala se referirá: (*i*) al derecho fundamental a la salud, (*ii*) al derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición absoluta de discriminación, (*iii*) a las personas en situación de discapacidad como sujetos de especial protección constitucional, (*iv*) a la edad como criterio semi sospechoso de discriminación y (*v*) a los derechos a la salud y a la igualdad y no discriminación en el marco de la pandemia por Covid-19; para luego (*vi*) estudiar el caso concreto y (*vii*) presentar una síntesis de la decisión.

e. El derecho a la salud. Carácter fundamental y facetas. La relación entre la bioética y el Derecho

89. Actualmente, el carácter fundamental que el ordenamiento constitucional le reconoce al derecho a la salud resulta indiscutible. En principio, la Corte protegió este derecho vía tutela en casos en que encontró que tenía conexidad con otros derechos reconocidos

---

[112] Aunque las personas accionantes invocaron la protección de los derechos "*a la vida, la salud, la integridad y a la igualdad y no discriminación de las personas mayores, personas con discapacidad y/o con condiciones de salud diferentes al Covid-19 y el derecho a la información en contextos de salud pública*", la Corte ha determinado que el juez de tutela "*tiene la posibilidad de delimitar el tema a ser debatido en las sentencias de revisión, pues dicho escenario procesal no es una instancia adicional en el diseño del proceso de amparo. La delimitación puede acontecer (i) mediante referencia expresa en la sentencia, cuando se circunscribe claramente el objeto de estudio, o (ii) tácitamente, cuando la sentencia se abstiene de pronunciarse en relación con algunos aspectos que no tienen relevancia constitucional*." Autos A-403 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 3.3.1.1.; A-149 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 2.2.2.; y A-539 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico N° 2.4.1. Así, el juez de tutela no está obligado "*a analizar todos los asuntos jurídicos que comporta un caso sometido a su estudio, cuando estos no tienen incidencia constitucional*" o, en otras palabras, cuando estos no tengan una entidad tal que su desconocimiento implique que el sentido de la decisión hubiera sido distinto al adoptado. Autos Auto 031A de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fundamentos jurídicos N° 12 y 13; A-218 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 3; A-193 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 4.3.4.; A-053 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 28; A-074 de 2020. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 1; y A-031 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 9.

expresamente como fundamentales, tales como la vida o la dignidad humana, o por su transmutación. Luego, con la Sentencia T-760 de 2008[113] se consolidó su reconocimiento como un derecho fundamental autónomo.[114] Si bien la jurisprudencia constitucional ha desempeñado un papel importante para la comprensión del contenido y alcance de ese derecho, otro avance importante estuvo a cargo del Congreso de la República con la expedición de la Ley estatutaria 1751 de 2015, con la cual reguló el referido derecho fundamental.[115] A continuación, la Sala destacará algunas disposiciones normativas relevantes para el análisis del problema jurídico.

90. El Capítulo 1 de la Ley 1751 de 2015 (artículos 1 a 11) versa sobre el objeto, elementos esenciales, principios, y derechos y deberes de las personas. En primera medida, la norma señala que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y comprende "*el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado*."[116]

91. Éste, como responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho, tiene diversas obligaciones, como las de (*i*) abstenerse de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas; (*ii*) adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema; (*iii*) establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud; o (*iv*) ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control.[117]

92. De otro lado, y en consonancia con la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[118] -utilizada en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional-,[119] la Ley 1751 de 2015 establece que el derecho fundamental a la salud incluye cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional, de los cuales se desprenden -entre otras cosas- que el Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud (disponibilidad), los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica (aceptabilidad), "[*l*]*os servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, <u>en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables</u> y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende <u>la no discriminación</u>, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el <u>acceso a la información</u>*" (accesibilidad; subrayas no originales).[120] A partir de esos elementos esenciales, el Ministerio de Salud debe divulgar evaluaciones anuales sobre los resultados del goce efectivo del derecho fundamental a la salud, con base en lo cual se deberán diseñar

---

[113] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[114] Sentencias T-122 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 81; y T-277 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 26.
[115] El proyecto de ley estatutaria fue analizado por la Corte en virtud del control previo de ese tipo de normas, declarándolo exequible mediante la Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV y AV. Mauricio González Cuervo. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Alberto Rojas Ríos. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.
[116] Ley 1751 de 2015, artículo 2.
[117] Ley 1751 de 2015, artículo 5.
[118] Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. *Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Agosto 11 de 2000.
[119] *Cfr*. Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV y AV. Mauricio González Cuervo. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Alberto Rojas Ríos. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.1.3.
[120] Ley 1751 de 2015, artículo 6.

e implementar políticas públicas tendientes a mejorar las condiciones de salud de la población.[121]

93. Asimismo, la Ley 1751 de 2015 consagra que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa (integralidad), por lo que no puede fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.[122]

94. Por otra parte, dentro de los derechos de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud, se encuentran -entre otros- los de (*i*) acceder a los servicios y tecnologías de la salud, (*ii*) "*obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos* (…)", y (*iii*) recibir, durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad.[123] En línea con lo anterior, la norma establece que son sujetos de especial protección -entre otras categorías- "*la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad.*"[124]

95. El Capítulo 2 (Arts. 12 a 16) tiene que ver con la garantía y mecanismos de protección del derecho fundamental a la salud. Al respecto, la Ley determina que comprende el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del Sistema de Salud que la afectan o interesan, lo que incluye su participación en la formulación de la política de salud así como en los planes para su implementación, las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del Sistema, las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías, los procesos de definición de prioridades de salud, las decisiones que puedan significar una limitación o restricción en las condiciones de acceso a establecimientos de salud, y la evaluación de los resultados de las políticas de salud.[125] Asimismo, establece que el "*Gobierno Nacional definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de* [*los*] *servicios y tecnologías en salud.*"[126]

96. Sobre el procedimiento para resolver los "*conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica, de acuerdo con el procedimiento que determine la ley*."[127]

97. El Capítulo 3 (Arts. 17 y 18) versa sobre los profesionales y trabajadores de la salud. Al respecto, dispone que a estas personas se les garantizará su autonomía "*para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo. Esta autonomía será ejercida en el marco de esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica*."[128]

---

[121] Ley 1751 de 2015, artículo 7.
[122] Ley 1751 de 2015, artículo 8.
[123] Ley 1751 de 2015, artículo 10
[124] Ley 1751 de 2015, artículo 11.
[125] Ley 1751 de 2015, artículo 12.
[126] Ley 1751 de 2015, artículo 14.
[127] Ley 1751 de 2015, artículo 16.
[128] Ley 1751 de 2015, artículo 17.

98. El último Capítulo ("*otras disposiciones*", Arts. 19 a 26) contempla, entre otras medidas, que debe existir una política para el manejo de la información en salud,[129] y que el Estado debe garantizar la disponibilidad del servicio en zonas marginadas.[130]

99. Ahora bien, a pesar su importancia, el derecho fundamental a la salud no es absoluto,[131] por lo que su satisfacción en la mayor medida posible depende de las posibilidades fácticas y jurídicas, así como de las relaciones de precedencia y alcance de las mismas tras entrar en tensión con otros derechos fundamentales.[132] En este sentido, por ejemplo, sus facetas de disponibilidad y accesibilidad pueden verse limitadas por circunstancias fácticas, como la pandemia por Covid-19, en la que, debido a la alta demanda, es posible que deban realizarse ejercicios de priorización. No obstante, lo anterior no implica que la garantía del derecho quede sujeta a conductas arbitrarias, por cuanto debe estar orientada por la autonomía médica que, como se reseñó, también debe guiarse por la ética. Es en este punto, en las decisiones difíciles, donde tiene una importancia determinante la bioética, un área del conocimiento desarrollada para valorar, con suficiente información, dilemas éticos en el marco de un conocimiento científico profundo, desarrollado bajo el respeto de estándares deontológicos propios de la profesión médica.[133]

100. Sin profundizar en su desarrollo histórico,[134] basta con mencionar que la bioética está orientada por cuatro principios. La *autonomía* o respeto por la capacidad del ser humano o del paciente para adoptar las decisiones sobre los problemas que le conciernen, y que se ha plasmado esencialmente en el concepto de consentimiento libre e informado; la *beneficencia*, que atañe al deber de los médicos de buscar la solución que maximice el bienestar y asegure la mejor condición para el paciente; la *no-maleficencia*, que se cifra en no hacer daño, e involucra obligaciones de abstención, al igual que de elección de los medios utilizados para el tratamiento de los pacientes; y la *justicia formal*, que concreta el principio de igualdad y no discriminación.[135]

---

[129] Con el propósito de alcanzar un manejo veraz, oportuno, pertinente y transparente de los diferentes tipos de datos generados por todos los actores, en sus diferentes niveles y su transformación en información para la toma de decisiones. Para ello, los agentes del Sistema deben suministrar la información que requiera el Ministerio de Salud y Protección Social. Ley 1751 de 2015, artículo 19. En concordancia con lo anterior, el parágrafo del artículo 199 de la Ley 100 de 1993 establece que "[*e*]*l Ministerio de Salud solicitará la información que estime necesaria con el objeto de establecer sistemas homogéneos de registro y análisis que permitan periódicamente la evaluación de la calidad del servicio y la satisfacción del usuario*."

[130] Ley 1751 de 2015, artículo 24.

[131] Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 3.2.2.

[132] Sobre la estructura de los derechos fundamentales (en general como principios y no reglas), la Sala se referirá *infra*, en el acápite sobre la igualdad y la prohibición absoluta de discriminación.

[133] Sobre la bioética, se reiterarán algunas de los argumentos expuestos en la aclaración de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera a la Sentencia C-233 de 2021. M.P. Diana Fajardo Rivera. SPV y AV. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Paola Andrea Meneses Mosquera. SV. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Diana Fajardo Rivera. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. José Fernando Reyes Cuartas.

[134] Jonsen señala que durante varios siglos la experimentación con humanos, incluso con personas particularmente vulnerables, se realizó sin mayores preocupaciones éticas (The Birth of Bioethics; Albert R. Jonsen; Oxord University Press, New York, 1998). Solo hacia mediados del Siglo XX empezaron a generarse discusiones públicas con ocasión de las acciones del régimen nazi (v.gr. experimentación con humanos, esterilización forzada, inoculación de enfermedades, etc.), lo cual dio lugar al *juicio de los médicos* en el marco de los Juicios de Núremberg. El Tribunal Núremberg, entre otras cosas, delineó diez principios que deben ser observados para satisfacer principios éticos o morales, los cuales se conocen como el *Código de Núremberg*. Otro suceso importante vino con la publicación por el New York Times (26 de julio de 1972) del reportaje acerca del estudio sobre la sífilis que el Servicio de Salud de los Estados Unidos adelantó durante cerca de cuarenta años casi de 600 hombres afroamericanos de Alabama. A raíz de la publicación, en 1974 el Congreso de los Estados Unidos ordenó la creación de una comisión encargada de articular los principios fundamentales en torno a los cuales deberían resolverse estos conflictos. La comisión publicó en 1978 el *Informe Belmont*, y dos de sus participantes explicaron con mayor amplitud el alcance de sus conclusiones en el libro *Principles of Bioethical Ethics*, cuya edición más reciente es del año 2019 (*Principles of Biomedical Ethics*. Tom L. Bauchamp, James F. Childress. Oxford University Press. 2019).

[135] El principio de beneficencia se diferencia del de no-maleficencia en que el primero involucra obligaciones positivas, mientras que el segundo, principalmente, negativas; el principio de autonomía exige la disposición de la mejor información posible; y el de igualdad o justicia se nutre de diversas posiciones filosóficas, como el reparto de los bienes, la igual consideración de los intereses de asociados a la libertad social y económica, o la maximización de la utilidad pública. La anterior es una presentación excesivamente esquemática de las cosas. Al respecto ver Atienza; 1997, 2014; Gracia, 2004; Huxtable; Global Education on Bioethics, Springer, Henk ten Have, 2018. Tom L. Beuchamp y James F. Children, Principles of Biomedical Ethics; Octava Edición, 2019.
Ver Albert Jonsen, *The Birth of Bioethics* (New York: Oxford University Press, 1998), pág. 3 y ss.; Jonsen, *A Short History of Medical Ethics* (New York: Oxford University Press, 2000); John-Stewart Gordon, "Bioethics," in the *Internet Encyclopedia of Philosophy*, especialmente, Sección 2 (Disponible en https://www.iep.utm.edu/bioethics/) and Edmund D.

101. Sobre lo anterior existen varios debates, relacionados -por ejemplo- con el modo en que debe plantearse la aplicación de estos principios frente a conflictos o dilemas reales, más allá de su fundamentación teórica,[136] o si esos cuatro principios son suficientes para la solución de dilemas complejos.[137] De otro lado, parte de la doctrina y la filosofía jurídica propone que la aplicación de estos principios podría realizarse de manera análoga a la ponderación que efectúan los jueces al resolver casos difíciles. Así, no se trataría de hallar soluciones caso a caso, ni de tener una jerarquía definitiva. Los conflictos y dilemas morales, muchas veces, surgen a partir de situaciones no previstas e imposibles de prever; y, en el campo de la medicina, es un hecho notorio que las enfermedades pueden aparecer repentinamente, multiplicarse, o variar de manera impredecible; como también es un hecho que nuevos avances, tratamientos, medicamentos, vacunas, servicios y prestaciones surgen día tras día. Los principios, en uno y otro escenario, prevén obligaciones *prima facie,* es decir, indican cómo actuar en ausencia de conflictos; mientras que la ponderación consiste, en términos muy simples, en adoptar decisiones *una vez considerados todos los aspectos relevantes.*[138] La ponderación es, además, un método de aplicación de principios que establece condiciones de jerarquía en un caso concreto, pero que pueden operar en casos análogos o en *patrones de hecho* que surgen en escenarios constitucionales con notable frecuencia.[139]

102. En general, la analogía entre Bioética y Derecho parece productiva. La primera se basa en cuatro grandes principios que orientan las decisiones generales en *bioética,* aunque, frente a casos difíciles o dilemas éticos complejos, surge la necesidad de aplicar principios adicionales derivados de un ejercicio de ponderación o balanceo entre los cuatro primeros. Estos escenarios *difíciles* darán lugar, a medida que se acumula el conocimiento, a establecer o sugerir esas soluciones, al modo de reglas o, al menos, reglas provisionales móviles. En todo caso, es necesario matizar esa analogía. Primero, porque la ponderación judicial crea precedentes vinculantes y analiza patrones fácticos dotados de cierta estabilidad, mientras que la articulación de los principios de la bioética debería derivar principalmente en un cuerpo de orientaciones prácticas para respetar la autonomía y conocimiento técnico y profesional de cada médico; y, segundo, sin reducir este ejercicio a una suerte de casuística, absolutamente incierta, las respuestas de la bioética sí tendrían mayor dinamismo, al considerar el contexto y la situación de cada paciente, su historia de vida, así como la constante transformación de las enfermedades y los medios de curación. Por lo tanto, es necesario un espacio amplio para la ponderación de los dilemas que no se agote en sede judicial, sino que reivindique al máximo la práctica médica y que considere el contexto y, de ser posible, la historia de vida de cada paciente.

103. El ordenamiento jurídico colombiano no ha ignorado la importancia de la bioética, ya que cuenta con algunas normas sobre la materia.

104. Por un lado se encuentra la Ley 23 de 1981,[140] en la cual se prevé, entre muchas otras cuestiones, que la investigación científica se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona y que los "*principios éticos que rigen la conducta profesional de los médicos, no se diferencian sustancialmente de los que regulan la de otros miembros de la sociedad*";[141] la cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente;[142]

Pellegrino and David C. Thomasma, *The Virtues in Medical Practice* (New York: Oxford University Press, 1993), págs. 184–89.

[136] Existe, en ese marco, una aproximación puramente *casuística,* y también una que propone jerarquías específicas entre los cuatro principios. Manuel Atienza, *Juridificar la bioética*. En Derecho, bioética y argumentación. Ed. Palestra, 2004. Lima.

[137] Global Education on Bioethics, Springer, Henk ten Have, 2018 (disponible en Internet).

[138] Al respecto, ver *Juridificar la bioética,* Manuel Atienza; 1998, 2004 (en Bioética, Derecho y argumentación). Ed. Palestra, Lima.

[139] *Idem*.

[140] "*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*". *Cfr*. Ley 1751 de 2015, artículo 17.

[141] Ley 23 de 1981, artículo 1.

[142] Ley 23 de 1981, artículo 17.

"[*c*]*uando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en Junta Médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia (…)"*;[143] y que es obligatoria la enseñanza de la ética médica en las facultades de medicina.[144]

105. También está el Decreto 1757 de 1994,[145] que prevé la creación de comités de ética hospitalaria en las instituciones prestadoras de salud,[146] los cuales tienen dentro de sus funciones las de reunirse mínimo una vez al mes, atender y canalizar las inquietudes y demandas sobre prestación de servicios de la respectiva institución y "[*l*]*levar un acta de cada reunión y remitirlas trimestralmente a la Dirección Municipal y Departamental de Salud*";[147] el Decreto 1101 de 2001,[148] que creó la Comisión Intersectorial de Bioética (CIB) "*como órgano consultivo y asesor del Gobierno Nacional adscrito al Ministerio de Salud, para el estudio, análisis y formulación de políticas públicas en temas relacionados con la protección del ser humano, frente a la investigación, desarrollo y a la aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos*";[149] y la Ley 1164 de 2007,[150] que creó el Consejo Nacional del Talento Humano en Salud, como un organismo asesor del Gobierno Nacional, de carácter y consulta permanente, para la definición de políticas, encaminadas al desarrollo del talento humano en salud, [151] el cual estará apoyado por varios comités, dentro de los que se encuentra el comité de ética y bioética, el cual debe articularse con el Comité Intersectorial de Bioética creado por el Decreto 1101 de 2001.[152] Esta Ley también contiene un capítulo (el sexto) sobre la prestación ética y bioética de los servicios,[153] que trata -entre otros temas- sobre el contexto ético de la prestación de los servicios y los principios éticos y bioéticos. Allí se prevé que "[*l*]*os principios, valores, derechos y deberes que fundamentan las profesiones y ocupaciones en salud, se enmarcan en el contexto del cuidado respetuoso de la vida y la dignidad de cada ser humano, y en la promoción de su desarrollo existencial, procurando su integridad física, genética, funcional, psicológica, social, cultural y espiritual* <u>*sin distinciones*</u> *de edad, credo, sexo, raza, nacionalidad, lengua, cultura, condición socioeconómica e ideología política, y de un medio ambiente sano.*" (Subrayas no originales).[154]

106. A nivel internacional también se destaca, entre otros instrumentos,[155] la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, de la UNESCO, que trata sobre las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos[156] y tiene dentro de sus objetivos los de "*proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética*", "*promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos*", y "*promover un acceso equitativo a los adelantos de la medicina, la ciencia y la tecnología (…).*"[157]

---

[143] Ley 23 de 1981, artículo 19.
[144] Ley 23 de 1981, artículo 47.
[145] "*Por el cual se organizan y establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 40 del Decreto Ley 1298 de 1994*".
[146] Decreto 1757 de 1994, artículo 15.
[147] Decreto 1757 de 1994, artículo 16.
[148] "*Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de Bioética y se nombran sus miembros*". En sus considerandos se destaca que "*el artículo octavo de la Ley 10 de 1990, por el cual se organiza el Sistema Nacional de Salud y el artículo quinto de la Ley 60 de 1993 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de distribución de competencias, determinan que corresponde a la Nación a través del Ministerio de Salud formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema.*"
[149] Decreto 1101 de 2001, artículo 1.
[150] "*Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud*".
[151] Ley 1164 de 2007, artículo 4.
[152] Ley 1164 de 2007, artículo 7.
[153] Artículos 34 a 38.
[154] Ley 1164 de 2007, artículo 34.
[155] En el marco europeo se encuentra el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.
[156] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 1.
[157] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 2.

107. A su vez, consagra como principios -entre otros- (*i*) la dignidad humana y los derechos humanos,[158] de manera tal que los intereses y el bienestar de la persona deben tener prioridad respecto del interés exclusivo de la ciencia o la sociedad; (*ii*) el respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal,[159] por lo que se debe proteger a los individuos y grupos especialmente vulnerables; (*iii*) la igualdad, justicia y equidad, que implica que se debe "*respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad*";[160] y (*iv*) la no discriminación y no estigmatización, lo que conlleva que "[*n*]*ingún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, a discriminación o estigmatización alguna*."[161]

108. Por otra parte, en relación con la aplicación de los principios, la Declaración establece que (*i*) en la adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas se debe entablar un diálogo permanente entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto, así como promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado, en el que se expresen todas las opiniones pertinentes;[162] (*ii*) se deben crear, promover y apoyar comités de bioética para evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones, y fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto;[163] y (*iii*) promover una evaluación y una gestión apropiadas de los riesgos relacionados con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas.[164]

109. De igual manera, la Declaración dispone -en relación con su promoción- que los Estados deben "*adoptar todas las disposiciones adecuadas, tanto de carácter legislativo como administrativo o de otra índole, para poner en práctica los principios enunciados* (…), *conforme al derecho internacional relativo a los derechos humanos*" y alentar la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas.[165] Finalmente, aclara que si se han de imponer limitaciones a la aplicación de los principios enunciados, se debería hacer por una ley compatible con el DIDH,[166] y que ninguna disposición de la Declaración puede interpretarse como una autorización para emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana.[167]

110. En resumen, el derecho a la salud es fundamental y autónomo, pero no absoluto, por lo que puede verse limitado debido a las posibilidades fácticas o jurídicas. No obstante, en un escenario en que deba restringirse el acceso a este derecho (v.gr. por un escenario de escasez de recursos por alta demanda), las decisiones que se adopten no pueden ser arbitrarias, deben ser orientadas por los derechos humanos, la bioética, y la autonomía médica y profesional. Uno de los aspectos que comparten esos ámbitos, es el de la igualdad y la prohibición de discriminación, prohibición esta última que tiene un carácter absoluto.

---

[158] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 3.
[159] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 8.
[160] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 10.
[161] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 11.
[162] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 18.
[163] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 19.
[164] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 20.
[165] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 22.
[166] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 27. *"(…) en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás*."
[167] UNESCO, Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, artículo 28.

f. La igualdad y la prohibición absoluta de discriminación. Reiteración de jurisprudencia[168]

111. La igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho;[169] y carece de un contenido material específico. Es decir que, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De ahí surge uno de los principales atributos que la identifica como lo es su carácter relacional.[170]

112. En todo caso, su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o alguno de ellos. Esta circunstancia, en lo que corresponde a la igualdad de trato, comporta el surgimiento de dos mandatos específicos, cuyo origen responde al deber ser que le es inherente, esto es, (i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes.[171]

113. De lo anterior se desprenden cuatro reglas: (*i*) dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (*ii*) dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (*iii*) dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (*iv*) dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras.[172]

114. En particular, la Corte ha indicado que del artículo 13 de la Constitución Política se derivan los siguientes mandatos (*i*) igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; (*ii*) promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, comprendido como el deber de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a los grupos discriminados y marginados, ya sea a través de cambios políticos o prestaciones concretas; y (*iii*) prohibición de discriminación, previsión que dispone que las actuaciones del Estado y los particulares no deban, *prima facie*, prodigar tratos desiguales a partir de criterios definidos como "sospechosos"[173] (o semi

---

[168] En este apartado se seguirán las consideraciones de la Sentencia T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamentos jurídicos N° 69 a 75.

[169] Sentencia C-015 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico N° 2.2. "*En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines o propósitos, cuya realización es exigible a todas las autoridades públicas y en especial al legislador, en el desarrollo de su labor de concreción de los textos constitucionales. En su rol de principio, se ha considerado como un mandato de optimización que establece un deber ser específico, que admite su incorporación en reglas concretas derivadas del ejercicio de la función legislativa o que habilita su uso como herramienta general en la resolución de controversias sometidas a la decisión de los jueces. Finalmente, en tanto derecho, la igualdad se manifiesta en una potestad o facultad subjetiva que impone deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta*." Sentencia C-104 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 6.4.1. El preámbulo contempla a la igualdad como uno de los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional, por su parte el artículo 13 de la Carta Política consagra el principio fundamental de igualdad y el derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente, otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional actúan como normas que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente.

[170] Sentencias C-624 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 3; y C-104 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 6.4.1.

[171] Sentencias C-104 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 6.4.1.; y C-605 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 4.6.1.

[172] Sentencias C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° 8; C-811 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.4.5.; y C-091 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 24.

[173] El juez constitucional debe contemplar en cada caso concreto que los criterios sospechosos son categorías que (*i*) se fundamentan en rasgos permanentes, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo; (*ii*) históricamente han sido sometidas a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos; (*iii*) no constituyen, *per se*, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales; y (*iv*) se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. Sentencias T-314 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, fundamento jurídico N° 7; C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. AV.

sospechosos) y referidos -entre otros-[174] a motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.[175]

115. Cuando se acude a esos criterios sospechosos para establecer diferencias de trato, se presume[176] que se ha incurrido en una conducta discriminatoria, injusta y arbitraria que vulnera el derecho a la igualdad.[177]

116. Sin embargo, lo anterior no significa que, para confirmar la existencia de un *acto de discriminación*, baste el hecho de que se tenga en cuenta uno de esos criterios, ya que estos se configuran a través de conductas, actitudes o tratos que pretendan -consciente o inconscientemente- anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.[178]

117. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que "*no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana*."[179]

118. De lo expuesto se desprende que la Constitución no se opone a que se otorguen tratamientos jurídicos diferenciados, pero en ningún caso admite los actos discriminatorios: "*es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida*."[180]

119. Por tanto, es claro que existe una prohibición absoluta de discriminar o, en otros términos, el derecho fundamental a no ser discriminado es un derecho absoluto.[181] Al

---

Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 28; y C-372 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Carlos Bernal Pulido, fundamento jurídico N° 43.

[174] La Corte ha precisado que son un conjunto de criterios no taxativos. Sentencia C-139 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 5.2.

[175] Sentencias C-221 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 9; C-284 de 2017. M.P. (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo. AV. Aquiles Arrieta Gómez (e), fundamento jurídico N° 5; C-519 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Carlos Bernal Pulido. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 121; y C-048 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 28.

[176] Presunción que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio. Esta regla tiene sustento en dos razones: (*i*) debido a la naturaleza sospechosa de esos tratamientos diferenciales; y (*ii*) en atención a la necesidad de proteger a todas las personas o grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios. Sentencias T-909 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 66; T-291 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 43.2.; y T-376 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 9.2.

[177] Sentencias C- 371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. SV. Eduardo Cifuentes Muñoz. SPV. Álvaro Tafur Galvis. SPV. Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz. AV. Vladimiro Naranjo Mesa, fundamento jurídico N° 17; y C-964 de 2003. M.P. Álvaro tafur Galvis, fundamento jurídico N° 3.2.

[178] Sentencias T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 11; T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 12; T-590 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell, fundamento jurídico N° 3.2.; T-125 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-416 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 5; T-141 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 4.2.; T-291 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 29; T-141 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 6.2.; y T-572 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 6.2.

[179] CorteIDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4, párr. 56.

[180] Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 5.

[181] Al respecto, la CorteIDH ha establecido que "*el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, **pertenece al jus cogens**, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa*

respecto, la Corte Constitucional ha dilucidado que, por regla general, los derechos fundamentales no son absolutos,[182] por lo que pueden ser objeto de ciertas limitaciones,[183] especialmente cuando entran en tensión[184] con otros derechos de la misma categoría.[185] Sin

---

de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. (…) *Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del jus cogens, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares*" (negrillas y subrayas no originales) CorteIDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y 110. En el mismo sentido ver *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 184; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 269; *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 225; *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 205; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 215; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 416; y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351., párr. 270.

[182] Los derechos fundamentales, no obstante, su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta pues, de lo contrario, sin esa relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. Sentencias C-578 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 6.1.; C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico N° 3; C-634 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, fundamento jurídico N° 3.1.; C-581 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.2.; C-296 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fundamento jurídico N° 4; C-179 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Rodrigo Escobar Gil. SV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jaime Araújo Rentería. AV. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 5.6.; C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 3.6.2.1.; y C-143 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 3. "*Ahora bien, cabe hacer una distinción con fundamento en la realidad jurídica: Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible*." Sentencia C-045 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. SV. Carlos Gaviria Díaz. AV. Jorge Arango Mejía. AV. José Gregorio Hernández Galindo, fundamento jurídico N° 5.1.

[183] Así, el Legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho o afectar su núcleo esencial. Sentencias C-355 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell, fundamento jurídico N° 2.4.; C-581 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 3.1.; y C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 3.6.2.3.

[184] "(…) *esta Corte ha resaltado que los criterios de limitación de los derechos deben enmarcarse en todo caso dentro del respeto (i) del núcleo esencial del contenido del derecho, y (ii) del principio de proporcionalidad*." Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 3.6.2.3. "*El principio de proporcionalidad está lógicamente implicado en la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, adoptada por esta Corporación. En ese sentido, los derechos indican propósitos particularmente valiosos para la sociedad que deben hacerse efectivos en la mayor medida, dentro de las posibilidades fácticas (medios disponibles) y las posibilidades jurídicas, que están dadas por la necesidad de garantizar, a la vez, eficacia a todos los derechos fundamentales e incluso a todos los principios constitucionales*." Sentencias T-845 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.4., nota al pie N° 12; T-1026 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° ii, nota al pie N° 19; T-046 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Nilson Pinilla Pinilla, fundamento jurídico "*Derecho fundamental de educación y la permanencia en el sistema educativo. Reiteración de jurisprudencia*", nota al pie N° 8; y C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 34.

[185] De esta manera se tiene que, en general, los derechos fundamentales son normas jurídicas con estructura de *principio* y no de *regla*. "*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenando hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho*." Alexy, Robert (2013). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa: Barcelona, reimpresión de la segunda edición (2004), pág. 162. El concepto de "mandato" es utilizado en sentido amplio y "*abarca también permisiones y prohibiciones.*" Alexy, Robert (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, reimpresión de la segunda edición en castellano (2007), pág. 68. En el mismo sentido ver Barak, Aharon (2017). *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores: Lima, primera edición, pág. 62-63. Sobre esta concepción de los principios, ver las sentencias C-1287 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. SPV.

embargo, la Corte ha reconocido que hay mandatos constitucionales que no pueden ser restringidos en ningún caso, tal como la prohibición de la pena de muerte, el principio de legalidad de la pena,[186] el principio de favorabilidad penal,[187] o la prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,[188] entre otros.[189]

g. Las personas en situación de discapacidad como sujetos de especial protección constitucional

120. La Constitución Política, en sus artículos 13 -mandato a las autoridades para que adopten todas las medidas orientadas a asegurar igualdad real- y 47 -obligación para el Estado de implementar una política pública de previsión, rehabilitación e integración social "*para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*"-, establece una serie de deberes a cargo del Estado, tendientes a adoptar medidas para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades de todas las personas, con un especial interés en la promoción, protección y garantía de quienes se encuentran en situación de discapacidad, tales como: (*i*) procurar su igualdad de derechos y oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad; (*ii*) adelantar las políticas pertinentes para lograr su rehabilitación e integración social de acuerdo a sus condiciones; y (*iii*) otorgarles un trato especial, ya que la no aplicación de la diferenciación positiva contribuye a perpetuar la marginación o la discriminación.[190] Lo anterior se suele materializar -entre otros supuestos- con el establecimiento de *medidas afirmativas*, encaminadas a favorecer a determinadas personas o grupos de personas, con el fin de eliminar o disminuir las desigualdades de tipo social, cultural o económico, que los afectan; y conseguir que los miembros de un grupo usualmente excluido tengan una mayor representación y participación social.[191]

Jaime Araújo Rentería. SPV. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 1.1.1.1.; C-228 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 2.15., nota al pie N° 144; C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 11.2.; C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV y AV. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. SPV. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 2.6.3.; C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV y AV. Mauricio González Cuervo. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Alberto Rojas Ríos. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.2.6.3.; y C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 34.

[186] *"(…) a pesar de los múltiples conflictos que, como los antes mencionados, son de común ocurrencia entre los derechos fundamentales o entre éstos e intereses constitucionalmente protegidos, resulta que la Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas. // Sin embargo, estos son casos excepcionales*." Sentencia C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[187] El cual no puede suspenderse en estados de excepción ni desconocerse en ninguna circunstancia. Sentencia C-255 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. SPV y AV. Diana Fajardo Rivera. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Cristina Pardo Schlesinger. SPV. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 385.

[188] Sentencias C-351 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz, fundamento jurídico N° 2; C-102 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fundamento jurídico N° 2.2.; y C-143 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 4.3.

[189] "*La mayoría de los derechos fundamentales gozan de una protección parcial. Ellos no pueden ser realizados en toda la extensión de su supuesto de hecho si su restricción puede ser justificada. (…) Estos derechos se denominarán derechos relativos. Los derechos relativos no constituyen el universo entero de los derechos fundamentales. El moderno derecho constitucional hace -no obstante, raras- numerosas excepciones a la regla de protección parcial al reconocer diversos derechos fundamentales como absolutos. Estos derechos no pueden ser restringidos.*" (v.gr. la dignidad humana, y las prohibiciones de la esclavitud y de tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes) Barak, Aharon (2017). *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores -Lima, primera edición, págs. 51-53.

[190] Sentencias C-804 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Iván Palacio Palacio, fundamento jurídico N° 3.1.; C-329 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo, fundamento jurídico N° 36; y C-048 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 26.

[191] Sentencias C-221 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 10; C-458 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 33; y C-048 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 28.

121. Por su parte, las normas actuales de derechos humanos de las personas en situación de discapacidad, en especial la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),[192] adoptan el que se ha denominado como *modelo social* de la discapacidad. Esta concepción se basa en admitir que la discapacidad no es un asunto que se deriva únicamente de las particularidades físicas o mentales del individuo, sino que también tiene un importante concurso en la misma las barreras que impone el entorno, de diferente índole, las cuales impiden que la persona en situación de discapacidad pueda ejercer adecuadamente sus derechos.

122. El cambio de paradigma en este escenario está basado en considerar a la persona en situación de discapacidad desde el reconocimiento y respeto de su diferencia. Si bien se mantiene en el modelo social el deber estatal de rehabilitar y tratar de la discapacidad, en modo alguno estos toman la forma de requisitos para la inclusión social. Este modelo se basa en que la discapacidad no debe comprenderse como una condición anormal que debe superarse para el acceso a los derechos y bienes sociales, sino como una particularidad del individuo, intensamente mediada por las barreras físicas, sociológicas y jurídicas que impone el entorno, generalmente construido sin considerar las exigencias de la población con discapacidad. De allí que la protección de estos derechos dependa de la remoción de esas barreras, a través de diversos instrumentos, siendo el primero de ellos la toma de conciencia sobre la discapacidad, que sustituye la marginalización por el reconocimiento como sujetos de derecho.[193]

123. La CDPD incorpora valiosas herramientas normativas y hermenéuticas para la adopción de medidas y políticas de atención para esa población, la cual merece especial protección. Sus principios guían a los Estados sobre la manera de entender los derechos de las personas con discapacidad a fin de respetar las diferencias y la diversidad funcional, de buscar la realización humana, en lugar de la rehabilitación o curación, como únicos medios para lograr la inclusión social de esta población.

124. En relación con el caso objeto de estudio, la Sala destaca que la Convención, ratificada por Colombia, tiene como propósito "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*."[194] Para ello, establece varios principios (respeto de la dignidad inherente, no discriminación, participación e inclusión plenas, igualdad de oportunidades, accesibilidad, entre otros)[195] y obligaciones generales en cabeza de los Estados para asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, tales como (*i*) adoptar medidas para hacer efectivos los derechos allí reconocidos, lo que incluye modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbre y prácticas que sean discriminatorias; (*ii*) abstenerse de actos o prácticas incompatibles con la Convención; (*iii*) tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; y (*iv*) que en la elaboración y aplicación de legislación y políticas, y en los "*procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan*."[196]

125. En particular, sobre la igualdad y no discriminación, la Convención dispone que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna, por lo que los

---

[192] Aprobada por la Ley 1346 de 2009, cuya revisión constitucional se efectuó en la Sentencia C-293 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
[193] Sentencia C-066 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SPV y AV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 9.4.
[194] CDPD, artículo 1.
[195] CDPD, artículo 3.
[196] CDPD, artículo 4.

Estados deben prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.[197]

126. Sobre el derecho a la salud, la Convención determina que los Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, por lo que -entre otras cosas- "[*e*]*xigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado*", e impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud por motivos de discapacidad.[198]

127. A nivel interno, la Ley 1618 de 2013[199] también establece diversas medidas para "*garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009*",[200] aprobatoria de la Convención. Así, todas las entidades públicas, en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad, "*son responsables de la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad, debiendo asegurar que todas las políticas, planes y programas, garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos* (…)."[201]

128. Respecto del derecho a la salud, la ley determina que, en concordancia con el artículo 25 de la Ley 1346 de 2009 (que es el mismo artículo 25 de la CDPD), todas las personas con discapacidad tienen derecho a la salud, por lo que el Ministerio de Salud -o quien haga sus veces- debe asegurar que el Sistema General de Salud garantice la calidad y prestación oportuna de todos los servicios relacionados. De igual modo, las Entidades Prestadoras de estos Servicios deben garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios, y eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas en condición de discapacidad.[202]

129. En relación con la participación de las personas en situación de discapacidad, la Ley 1618 de 2013 establece que el Ministerio del Interior debe adoptar medidas para la creación y funcionamiento de organizaciones que las representen ante instancias locales, nacionales e internacionales para su efectiva participación de todas las decisiones que las afectan.[203] Esas organizaciones y las personas en situación de discapacidad tienen "*el derecho y el deber del control social a todo el proceso de la gestión pública relacionada con las políticas, los planes, los programas, los proyectos y las acciones de atención a la población con discapacidad, o con enfoque diferencial en discapacidad. Para tal efecto, podrán constituir veedurías ciudadanas*", veedurías que deben ser promovidas por el Gobierno nacional a través de sus ministerios.[204]

130. En sus disposiciones finales, la Ley 1618 de 2013 determinó la creación de "*un mecanismo independiente para la promoción, protección y supervisión del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad previstos en esta ley, así como de la*

---

[197] CDPD, artículo 5.
[198] CDPD, artículo 25.
[199] "*Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*."
[200] Ley 1618 de 2013, artículo 1.
[201] Ley 1618 de 2013, artículo 5.
[202] Ley 1618 de 2013, artículo 5.
[203] Ley 1618 de 2013, artículo 22.
[204] Ley 1618 de 2013, artículo 23.

aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que se constituya como el mecanismo responsable para todas las cuestiones relativas a estos derechos y a la Convención, incluyendo la coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto."[205] Sobre dicho mecanismo, se destaca:

> "*1. Este mecanismo será de naturaleza y funcionamiento independiente del Gobierno Nacional, así como de los gobiernos departamentales, distritales y municipales estará integrado por las instituciones del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación y sus seccionales, Defensoría del Pueblo, sus regionales y seccionales), organizaciones de personas con discapacidad en el ámbito nacional y territorial y la Contraloría General de la Nación, incluyendo las contralorías locales.*
>
> *2. Las universidades podrán participar en los mecanismos de interlocución y coordinación que se establezcan para la operatividad de este mecanismo.*
>
> *4. Las funciones del mecanismo deberán dar seguimiento a las medidas de índole legislativa, administrativa y presupuestal, para aplicar la presente ley y la Convención de los derechos de las Personas con Discapacidad.* (…).
>
> *6. Corresponde al departamento Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Departamento Administrativo para la Prosperidad social o a quien haga sus veces, la coordinación para la adopción de medidas por parte del gobierno, conforme a la Ley 1145 de 2007, que le atribuye el liderazgo del Sistema Nacional de Discapacidad. Así mismo, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá el enlace de los mecanismos gubernamentales con el mecanismo independiente de Promoción, Protección y Supervisión del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad previsto en esta ley, así como de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas*."

131. A partir de varios de los mandatos expuestos, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que una de las condiciones por las que las personas no pueden ser discriminadas es la situación de discapacidad,[206] actuación que se configura cuando se presentan acciones u omisiones que tienen por objeto imponer barreras para el goce y ejercicio de sus derechos.[207] Así, la protección de esos derechos depende de la remoción de barreras estructurales, a través de diversas medidas. Adicionalmente, la Corte ha sostenido que el fenómeno discriminatorio es multifacético y tiene pluralidad de manifestaciones, pero que la *discriminación de tipo institucional* constituye el mayor obstáculo para el goce efectivo de los derechos de la personas con discapacidad, más que los actos o discursos individuales y deliberados de exclusión,[208] y que la discriminación no se reduce a actuaciones materiales, sino que también incorpora "*la discriminación derivada por el tratamiento que las normas jurídicas irrogan a las personas con discapacidad*."[209]

---

[205] Ley 1618 de 2013, artículo 30.

[206] Ver -entre otras- las sentencias C-410 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-983 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-478 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. AV. Jaime Araújo Rentería; C-606 de 2012. M.P. (e) Adriana María Guillén Arango; C-935 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-458 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-139 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. SV. Diana Fajardo Rivera. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. José Fernando Reyes Cuartas; C-329 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo; y C-048 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alejandro Linares Cantillo

[207] Retomando la definiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su ley aprobatoria (Ley 1346 de 2009), la Corte ha señalado que por "discriminación por motivos de discapacidad" se entiende cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Sentencia C-605 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 3.1.

[208] Sentencia C-671 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.5.2.

[209] Sentencia C-066 de 2013. M.P. Luis Ernesto Varvas Silva. SPV y AV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 7.1.

132. Esta Corporación también ha advertido que "*además de la discriminación directa, estructurada en función de* (…) *criterios sospechosos o prohibidos, se encuentra la discriminación indirecta, en la que el acceso a los bienes y oportunidades sociales se encuentra condicionado a la evaluación de criterios neutros e imparciales, pero que por prescindir del análisis las desventajas de algunos grupos en el juego social, termina por perjudicar aquellos que atraviesan dificultades estructurales o que se encuentran en una situación de inferioridad en la vida social. En este último caso, el resultado de un curso de acción es la afectación de un grupo discriminado, aunque la asignación y distribución de bienes y oportunidades sociales (…) no se encuentre amparada en un criterio sospechoso o prohibido*."[210]

h. La edad como categoría o criterio semi sospechoso de discriminación

133. El artículo 46 de la Constitución Política establece que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.[211] Al interpretar esta disposición junto con el artículo 13 constitucional, la Corte ha determinado que las personas de la *"tercera edad",* los *"adultos mayores"* o los *"ancianos"*[212] son titulares de una especial protección por parte del Estado.

134. Respecto de estas personas, el Legislador también ha adoptado diferentes normas,[213] dentro de las que se destaca la Ley 1251 de 2008,[214] que tiene por objeto "*proteger, promover, restablecer y defender los derechos de los adultos mayores, orientar políticas que tengan en cuenta el proceso de envejecimiento, planes y programas por parte del Estado, la sociedad civil y la familia y regular el funcionamiento de las instituciones que prestan servicios de atención y desarrollo integral de las personas en su vejez.*"[215] Dentro de las definiciones, señala que por *adulto mayor* se entiende a aquella persona que cuenta con sesenta años de edad o más,[216] y entre sus principios se encuentran los de participación activa,[217] igualdad de oportunidades, dignidad y no discriminación.[218]

135. A su vez, el Estado tiene dentro de sus deberes los de garantizar y hacer efectivos sus derechos; generar espacios de concertación, participación y socialización de las necesidades, experiencias y fortalezas del adulto mayor; eliminar toda forma de discriminación, maltrato, abuso y violencia. Por su parte, la sociedad civil tiene -entre otros- el deber de no aplicar criterios de discriminación y exclusión social en las acciones que adelanten.[219] La Ley también prevé que el Estado debe elaborar la Política Nacional de Envejecimiento y Vejez

---

[210] Sentencia C-671 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 5.5.6.
[211] Sentencia C-177 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamento jurídico N° 3.4.3. *Cfr.* Ley 1251 de 2008, artículos 5 y 11.
[212] Concepto contenido -entre otros- en artículo 59 de la Ley 769 de 2002 ("*Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones*") y que fue declarado exequible en la Sentencia C-177 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. María Victoria Calle Correa. SV. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Alberto Rojas Ríos.
[213] Entre otras, se encuentran las leyes 681 de 2001 ("*por medio de la cual se modifica la Ley 48 de 1986, que autoriza la emisión de una estampilla pro-dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, instituciones y centros de vida para la tercera edad, se establece su destinación y se dictan otras disposiciones*"), 1276 de 2009 ("*a través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida*"), 1315 de 2009 ("*por medio de la cual se establecen las condiciones mínimas que dignifiquen la estadía de los adultos mayores en los centros de protección, centros de día e instituciones de atención*"), y 1850 de 2017 ("*por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones*").
[214] "*Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores*".
[215] Ley 1251 de 2008, artículo 1.
[216] Ley 1251 de 2008, artículo 3.
[217] "*El Estado debe proveer los mecanismos de participación necesarios para que los adultos mayores participen en el diseño, elaboración y ejecución de programas y proyectos que traten sobre él, con valoración especial sobre sus vivencias y conocimientos en el desarrollo social, económico, cultural y político del Estado (…).*"
[218] Ley 1251 de 2008, artículo 4.
[219] Ley 1251 de 2008, artículo 6.

que, entre otras cuestiones, busca construir mecanismos de concertación, coordinación y cooperación en las distintas instancias del poder público y de la sociedad civil en la promoción, protección, restablecimiento y garantía de sus derechos, y transversalizar la política haciendo del adulto mayor parte integral en los planes, programas, proyectos y mecanismos de trabajo de la Administración Pública.[220]

136. De otro lado, la Ley 1251 de 2008 creó el "*Consejo Nacional del Adulto Mayor como órgano consultivo del Ministerio de la Protección Social de carácter permanente*",[221] cuyos fines son los de (*i*) realizar el seguimiento y verificación de la puesta en marcha de las políticas, estrategias y programas que garanticen la protección e integración social de los adultos mayores; (*ii*) apoyar y fortalecer la participación de la comunidad, la familia y el adulto mayor en las acciones necesarias para su desarrollo físico, psíquico, económico, social y político; (*iii*) estimular la atención del adulto mayor por parte de las entidades públicas y privadas con calidad y eficiencia, además de velar por el funcionamiento adecuado de los programas y servicios destinados a este grupo poblacional; y (*iv*) fomentar y fortalecer los derechos del adulto mayor.[222]

137. En esta materia, a nivel internacional, se encuentra la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (CIPM),[223] que también entiende por *"persona adulta mayor"* a aquella de sesenta años de edad o más,[224] y que contiene varios principios como la dignidad, igualdad y no discriminación y la participación.[225] Dentro de los deberes generales de los Estados Parte se encuentran el de salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor sin discriminación de ningún tipo, para lo cual deben -entre otras cosas- adoptar medidas para prevenir sancionar y erradicar prácticas como tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados; adoptar medidas afirmativas; y promover la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación.[226]

138. En cuanto a los derechos protegidos, la Convención menciona, entre otros, (*i*) la igualdad y no discriminación, prohibiendo la discriminación por la edad en la vejez;[227] (*ii*) el derecho a la participación e integración comunitaria, debiendo el Estado crear y fortalecer mecanismos de participación para erradicar prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de los derechos;[228] y (*iii*) la salud, a la cual tienen derecho las personas mayores sin ningún tipo de discriminación, y la que implica para el Estado la adopción, entre diferentes medidas, de promover y fortalecer la investigación y la formación académica profesional y técnica especializada en geriatría, gerontología y cuidados paliativos, así como formular, adecuar e implementar políticas referidas a la capacitación y aplicación de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, en relación con la atención integral de la persona mayor.

139. Ahora bien, retomando lo atinente a las categorías sospechosas y semi sospechosas, en el acápite sobre la igualdad y la prohibición absoluta de discriminación la Sala mencionó que uno de esos criterios es la edad. Sin embargo, la Corte ha diferenciado cuando la edad

---

[220] Ley 1251 de 2008, artículo 7. Dentro de las áreas de intervención se encuentra: "*Protección a la salud y bienestar social. Los adultos mayores tienen derecho a la protección integral de la salud y el deber de participar en la promoción y defensa de la salud propia, así como la de su familia y su comunidad. El Ministerio de la Protección Social atenderá las necesidades de salud y de bienestar social de este grupo poblacional mediante la formulación de políticas y directrices en materia de salud y bienestar social, a fin de que se presten servicios integrados con calidad*." Artículo 17.
[221] Ley 1251 de 2008, artículo 26. La conformación del Consejo se encuentra descrita en el artículo 29, y sus funciones en el artículo 28.
[222] Ley 1251 de 2008, artículo 27.
[223] Aprobada mediante la Ley 2055 de 2020, declarada exequible por la Sentencia C-395 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar; y ratificada el 27 de septiembre de 2022 por el Estado colombiano.
[224] CIPM, artículo 2.
[225] CIPM, artículo 3.
[226] CIPM, artículo 4.
[227] CIPM, artículo 5.
[228] CIPM, artículo 8.

es un requisito mínimo para acceder a derechos, cargos o situaciones jurídicas, a cuando es utilizada como un límite para ese acceso.

140. Inicialmente, la jurisprudencia consideraba que la edad se trataba de un criterio neutro de diferenciación, lo que justificaba un examen de razonabilidad débil.[229] No obstante, a partir de la Sentencia C-093 de 2001 la Corte precisó que (*i*) la exigencia de una cierta *edad mínima* para acceder a derechos, cargos o situaciones jurídicas era un *criterio neutro* de diferenciación, en la medida que bastaba con el paso del tiempo para superar la barrera, además que las edades mínimas exigidas podían consultar criterios razonables como la exigencia de cierto desarrollo, madurez o experiencia, a tal punto que la misma Constitución Política recurre al criterio de las edades mínimas para ejercer derechos o acceder a cargos públicos; y (*ii*) cuando la edad es utilizada como *límite* para acceder a un empleo o para acceder a una prestación o a un beneficio, se convierte en un *criterio semi sospechoso* de discriminación, ya que se convierte en una barrera que, una vez alcanzada, nunca podrá ser superada. Así, la Sala Plena reconoció que con cierta frecuencia las edades límite son utilizadas como instrumento para discriminar -esto es, sin justificación- a las personas que han superado la juventud y, particularmente, a las personas de la tercera edad, lo que resulta contrario al principio de igualdad. Motivo por el cual algunos instrumentos internacionales[230] incluyen la edad como uno de los factores posibles de discriminación (como actualmente ya lo establece la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, tal como la Sala mencionó *supra*).

141. La Corte Constitucional ha seguido el criterio de diferenciación entre las edades mínimas exigidas y las edades máximas, para modular el juicio de igualdad, de manera tal que cuando es un criterio neutro aplica una modalidad débil o leve, mientras que cuando la edad es un criterio semi sospechoso utiliza un juicio de igualdad intermedio que, de no ser superado, supone la inconstitucionalidad de la medida porque la persona es discriminada por no ser suficientemente joven.[231]

142. Un ejemplo reciente de discriminación en razón de la edad lo constituye la Sentencia SU-109 de 2022,[232] en la que la Sala Plena estudió tres acciones de tutela instauradas por varios adultos mayores de 70 años de edad, quienes consideraron vulnerados sus derechos fundamentales a la libertad de locomoción, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, libertad, vida y trabajo digno, con ocasión de las medidas proferidas en el marco de la pandemia de Covid-19 respecto de ese grupo poblacional,[233] consistentes en (*i*) el aislamiento preventivo para esas personas, y (*ii*) condiciones para el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre, en las que se fijaron condiciones particulares y diferenciadas para los personas adultas mayores de 70 años de edad. El inconformismo de las personas accionantes tenía que ver con que esas medidas discriminan a las personas mayores de 70 años, son paternalistas, humillan e infantilizan, y tienen *"efectos en su salud y calidad de vida, por no haber podido salir a hacer ejercicio y porque produjeron sentimientos de incertidumbre, estrés y angustia."*[234]

---

[229] Esto, por (*i*) tratarse de un rasgo no permanente del ser humano y, por el contrario, ser una condición naturalmente cambiante que no constituía, por lo tanto, un elemento que defina al ser humano, ni un obstáculo insuperable; (ii) no ser un criterio tradicionalmente asociado con factores de discriminación negativa o de menosprecio y, por esta razón, no encontrarse caracterizado como sospechoso dentro de la enunciación de formas de discriminación por las normas constitucionales o convencionales ratificadas por Colombia; (iii) ser un criterio racional y equitativo para el reparto de bienes, derechos, o cargas sociales.

[230] Para ese momento, la Sala Plena puso de ejemplo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 21.

[231] Sentencia C-115 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. SV. Alberto Rojas Ríos. AV. Alejandro Linares Cantillo, fundamentos jurídicos N° 27 a 33. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamentos jurídicos N° 27 a 38; C-452 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Jaime Araújo Rentería, fundamento jurídico N° 5; C-811 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.6.; y C-050 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 90.

[232] M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Karena Caselles Hernández (e).

[233] Específicamente, controvirtieron las medidas adoptadas en la Resolución 464 de 18 de marzo de 2020, el numeral 2.2. del artículo 2 de la Resolución 844 de 26 de mayo de 2020 y el numeral 35 del artículo 3 del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, modificado por el artículo 1 del Decreto 847 del 14 de junio de 2020 y prorrogado por el Decreto 878 del 25 de junio de 2020.

[234] Sentencia C-109 de 2022. Fundamento jurídico No. 81. Esta descripción corresponde a uno de los casos abordados.

143. En síntesis, la Sala Plena (*i*) consideró que las acciones de tutela eran procedentes; (*ii*) estableció que en dos expedientes se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado, porque mientras las medidas estuvieron vigentes se produjo un daño definitivo y no actual a los derechos a la libertad de locomoción, libre desarrollo a la personalidad e igualdad de los accionantes y el derecho al trabajo en respecto de una de las personas accionantes;[235] (*iii*) a pesar de la configuración de la carencia actual de objeto, realizó un pronunciamiento de fondo en el que valoró la tensión de derechos y principios que se dio con ocasión de las medidas que motivaron las acciones de tutela, por cuanto en el análisis de la *dimensión objetiva* de los derechos fundamentales procede este tipo de estudio;[236] y (*iv*) reconoció que, aunque las medidas adoptadas por el Gobierno pudieron tener el propósito de proteger los derechos a la vida y a la salud de las personas mayores de 70 años, en la práctica restringieron de forma desproporcionada los derechos fundamentales de los accionantes. En particular, la Sala Plena consideró que el criterio de la edad no podía ser el único factor a tener en cuenta para adoptar ese tipo de medidas restrictivas. En consecuencia, dispuso prevenir al Gobierno nacional para que en futuras ocasiones se abstenga de decretar medidas limitativas de derechos con fundamento exclusivo en un criterio etario.[237]

i. Los derechos a la salud y a la igualdad y no discriminación en el marco de la pandemia por Covid-19. Pronunciamiento de organismos internacionales

144. Como lo refirieron las personas accionantes en la acción de tutela, y también algunos intervinientes en el trámite de revisión, con ocasión de la pandemia por Covid-19 varios organismos internacionales se pronunciaron sobre el alcance de los derechos humanos en ese contexto.

145. Al respecto, es importante advertir que los pronunciamientos a los que la Sala se referirá no fueron proferidos, en general, por los órganos autorizados de interpretación de los instrumentos internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad en sentido estricto (i.e. tratados de derechos humanos ratificados), y que, aunque hay dos pronunciamientos emitidos, uno, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, otro, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos consisten en una resolución y una declaración que fija directrices. Pese a lo anterior, todos los documentos son relevantes para interpretar el alcance de las obligaciones que sí son vinculantes para el Estado porque fueron adquiridas con la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular, derivadas del derecho a la salud y del principio de no discriminación, como las que se expusieron en los acápites precedentes.

---

[235] *Ibidem*. Fundamento jurídico No. 124.
[236] *Ibidem*. Fundamento jurídico No. 128.
[237] Al graduar la intensidad del test integrado de igualdad en esta oportunidad, la Sala consideró que, en principio y dado que se acudía a un criterio semi sospechoso -como era la edad- para prever la medida analizada, la intensidad sería intermedia. No obstante, dado el compromiso intenso de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, se optó por aplicar un juicio en la intensidad estricta: *"193. En este caso se debe aplicar un test de intensidad fuerte o estricta. Si bien las medidas que motivaron las acciones de tutela establecieron un trato diferenciado a partir de la edad como tope máximo para afrontar el aislamiento durante la pandemia de COVID-19, lo cual daría lugar a aplicar un test de intensidad intermedia por ser este un criterio de diferenciación semisospechoso, la Sala Plena considera que es más apropiado dar aplicación a un test de intensidad fuerte o estricta, por las siguientes razones. // 194. Primero, porque las medidas en cuestión supusieron un impacto fuerte al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual constituye el fundamento de cualquier tipo de libertad y es una emanación directa del principio de dignidad humana, y al derecho a la libertad de locomoción, cuyo goce es presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales. Impactaron de forma importante los referidos derechos, habida cuenta de que las medidas interfirieron en decisiones tan básicas e inherentes a las personas, tales como, cuándo salir de su casa para proveerse de alimentos y elementos de primera necesidad, hacer actividad física en su propio beneficio y desarrollar cualquier actividad que en su autonomía desearan acometer. En ese sentido, atendiendo que en la sentencia C-345 de 2019 se estableció que un test de intensidad estricta debe aplicarse cuando la medida "en principio, impacta gravemente un derecho fundamental" y dada la afectación descrita a los derechos al libre desarrollo a la personalidad y la libertad de locomoción, la Sala Plena concluye que lo más apropiado es acudir a un test de proporcionalidad de intensidad estricta. Segundo, por cuanto la Corte de tiempo atrás ha apelado al test de intensidad fuerte o estricta cuando se trata de la afectación a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción (…)."*

146. En particular, la Corte Constitucional ha utilizado como criterio de interpretación, "*tanto en sede de tutela como de constitucionalidad*",[238] *instrumentos internacionales que no tienen carácter vinculante* (instrumentos de *soft law*), cuando estos permiten dilucidar el contenido y alcance de las disposiciones de los tratados.[239] Es decir, estos instrumentos "*no son entendidos con un carácter vinculante directo, como integrantes del bloque de constitucionalidad, sino con una función interpretativa en la medida en que recopilan principios contenidos en tratados internacionales y normas consuetudinarias de derechos humanos, estos sí, disposiciones vinculantes que hacen parte del bloque de constitucionalidad.*"[240] En todo caso, la Corte Constitucional ha precisado que el alcance de esos instrumentos "*en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales (…).*"[241]

Pronunciamientos generales

147. El 6 de abril de 2020, el Comité Internacional de Bioética (CIB) de la UNESCO y la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO emitieron una declaración conjunta sobre el Covid-19 y consideraciones éticas,[242] en la que refirieron -entre otras cosas- que (*i*) es comprensible que las nuevas prácticas se adapten al contexto de la emergencia, pero no deben transgredirse los principios éticos, sino que han de ajustarse a las circunstancias excepcionales; (*ii*) "[*e*]*n el caso de la selección de pacientes cuando hay escasez de recursos, debe primar la necesidad clínica y la efectividad del tratamiento*"; (*iii*) "[*l*]*as personas vulnerables quedan en una situación de aún mayor vulnerabilidad durante una pandemia. Es de especial relevancia tener presente la vulnerabilidad relacionada con la pobreza, la discriminación, el género, las enfermedades, la pérdida de autonomía o de funcionalidad, la edad avanzada, la discapacidad, el origen étnico, el encarcelamiento (presos), la migración indocumentada y la condición de refugiado y de apátrida*"; (*iv*) reafirman el reconocimiento de las responsabilidades colectivas en materia de protección de personas vulnerables y la necesidad de evitar toda forma de estigmatización y discriminación; y (*v*) la información publicada por los políticos, científicos, autoridades y medios de comunicación debe ser oportuna, precisa, clara, completa y transparente.

---

[238] Sentencia C-659 de 2016. M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 3.2.2.1.1.

[239] Sentencias C-035 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV y AV. María Victoria Calle Correa. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV y AV. Alejandro Linares Cantillo. SPV y AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV y AV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Alberto Rojas Ríos. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 41; y C-330 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. SPV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 63.4. En esas providencias la Corte se refirió específicamente a los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (ONU, Consejo Económico y Social, A/RES/60/147 de 21 de marzo de 2006), los *Principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos* ("Principios Pinheiro", ONU, Consejo Económico y Social, Doc. E/CN.4Sub.2/2005/17 de 28 de junio de 2005), y los *Principios rectores de los desplazamientos internos* ("Principios Deng", ONU. Informe del Representante del secretario general, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. ONU Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2. 1998).

[240] Salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la Sentencia C-257 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y Sentencia C-659 de 2016. M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 3.2.2.1.1., nota al pie N° 83. Así, la Corte ha utilizado como criterio interpretativo -entre muchos otros ejemplos- el *Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Sentencia C-555 de 2017. M.P. (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo. AV. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos); las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores* - "Reglas de Beijing"- (Sentencia C-203 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Alfredo Beltrán Sierra. SV. Rodrigo Escobar Gil. SV. Clara Inés Vargas Hernández); y se ha referido a diferentes instrumentos sobre "*igualdad entre hombres y mujeres, eliminación de estereotipos discriminatorios y erradicación de toda forma de discriminación.*" (Sentencia C-659 de 2016. M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado), y para evaluar el lenguaje legal en materia de derechos de personas en situación de discapacidad (Sentencia C-458 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[241] Sentencia C-327 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico N° 26, reiterada en la Sentencia C-659 de 2016. M.P. (e) Aquiles Arrieta Gómez. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico N° 3.2.2.1.2.

[242] "*Declaración sobre el Covid-19: consideraciones éticas desde una perspectiva global*." Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115_spa

148. El 9 de abril de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió una declaración[243] a fin de instar a los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que abordaran los problemas y desafíos con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. Entre otras cosas, destacó que los derechos debían ser garantizados sin discriminación, especialmente frente "*a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad* (…),"[244] y que el derecho a la salud debía garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia.

149. El 16 de julio de 2020, el *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* emitió un Informe[245] en el que destacó que un enfoque basado en los derechos humanos brinda un marco eficaz para tratar los problemas sanitarios y contribuye a hacer efectivo el derecho a la salud en epidemias, pandemias y otras crisis de salud pública, por lo que es necesario promover y proteger esos derechos, especialmente los de las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Así, desde un enfoque de la salud basado en los derechos humanos, la desigualdad y la discriminación se reconocen como factores que contribuyen en gran medida a resultados sanitarios deficientes. Por tanto, las políticas sanitarias, como las respuestas al Covid-19, deben regirse por los principios asociados de igualdad, no discriminación, participación, transparencia y rendición de cuentas. También es esencial que las medidas adoptadas por los Estados para combatir la pandemia "*sean temporales, razonables, proporcionadas, no discriminatorias y basadas en la ley para garantizar la protección de todos los derechos humanos, reconociendo que estos son indivisibles e inalienables*."

150. El 27 de julio de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó la Resolución N° 4/20,[246] con la que recomendó el cumplimiento de las obligaciones de respecto y garantía de los derechos humanos de las personas con Covid-19, con un enfoque que reconozca -entre otras cosas- la eliminación de todas las formas de discriminación.

151. Sobre el derecho a la salud, la CIDH explicó que los Estados debían (*i*) guiar las medidas que adoptaran bajo los principios de igualdad y no discriminación, de conformidad con los estándares de derechos humanos, siendo relevantes también los documentos sobre bioética de organizaciones autorizadas;[247] (*ii*) garantizar la provisión de tratamiento intensivo y prestaciones médicas de hospitalización para las personas con Covid-19 en situaciones de urgencia médica donde se encuentre en riesgo la vida si no se da el soporte vital requerido, garantizando la suficiencia de recursos y la posibilidad del traslado oportuno a centros sanitarios con capacidad;[248] (*iii*) adoptar medidas dirigidas, de forma participativa y

---

[243] https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

[244] "(…) *como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia*."

[245] A/75/163, 16 de julio de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a75163-final-report-special-rapporteur-right-everyone-enjoyment-highest

[246] "*Directrices Interamericanas para la protección de los Derechos Humanos de las personas con COVID-19.*" Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf

[247] "*En este sentido, resultan de relevancia la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, así como los aspectos fundamentales de la ética de la salud pública reconocida por las instituciones especializadas nacionales e internacionales en la materia, las orientaciones técnicas de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sobre este virus, así como de los Comités Nacionales de Bioética, sociedades científicas y médicas, entre otras instancias autorizadas*."

[248] Al respecto, conviene mencionar el caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile* -traído a colación por las personas accionantes- en el que la CorteIDH declaró la responsabilidad del Estado "*por la falta de provisión del tratamiento intensivo que requería en la UCI Médica, con motivo de la falta de disponibilidad de camas en esa unidad, la falta de asistencia, a través de un respirador mecánico, así como la omisión de dispensar al paciente el traslado a otro centro médico que contara con las instalaciones necesarias*." CorteIDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

transparente, al acceso a los medicamentos, vacunas, bienes y tecnologías médicas esenciales; (*iv*) prever medidas paliativas; y (*v*) "*reconocer y garantizar el derecho a recibir una prestación adecuada de los servicios de salud mediante un marco normativo y protocolos de atención y tratamiento con parámetros claros de atención. Asimismo, deben ser constantemente revisados y actualizados, según la mejor evidencia científica, y mantener mecanismos de supervisión y fiscalización de las instituciones de salud y cuidado, facilitando canales sencillos de presentación de quejas y solicitudes de medidas de protección urgente relacionadas, investigando y dando respuestas a las mismas*."

152. En línea con lo anterior, la CIDH resaltó que las decisiones relativas a la salud y cuidado de las personas con Covid-19 debían adoptarse e implementarse "*sin ningún tipo de discriminación arbitraria basado en alguno de los motivos reconocidos en los estándares internacionales de derechos humanos; esto debe ser particularmente considerado respecto a ciertos colectivos, como las personas mayores o las personas con discapacidad. Una diferencia de trato es contraria al derecho internacional cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Ello es aplicable, incluso en el tratamiento médico respecto de las personas que tienen condiciones médicas o enfermedades que hayan sido ocasionadas o se vean agravadas por la propia afectación por el virus*."

Pronunciamientos relacionados con las personas en situación de discapacidad

153. El 17 de marzo de 2020, la *Relatora Especial de sobre los derechos de personas con discapacidad de la ONU* señaló[249] que en el marco de la pandemia por Covid-19 los Estados tienen una responsabilidad mayor con esta población debido a la discriminación estructural que enfrentan, por lo que era necesario establecer protocolos para emergencias de salud pública para garantizar que, cuando los recursos médicos y sanitarios sean limitados, esas personas no sean discriminadas en el acceso a la salud, lo que incluye a las medidas para salvar vidas.

154. El 1 de abril de 2020, el Presidente del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad emitieron una declaración conjunta,[250] llamando la atención sobre la necesidad de que los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad sean garantizados sin discriminación, asegurando el acceso del derecho a la salud en igualdad de condiciones y evitando la denegación discriminatoria de atención médica o servicios vitales. También recomendaron que los Estados garanticen que esas personas, a través de sus organizaciones representativas, sean consultadas y participen activamente en la planificación, implementación y seguimiento de las medidas de prevención y contención del Covid-19.

155. El 30 de abril de 2020, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos profirió un documento de directrices respecto de los derechos de las personas con discapacidad y el Covid-19,[251] en las que advirtió que las personas en situación de discapacidad, además de ser población con mayor en riesgo de contraer Covid-19, enfrentan desigualdades aún mayores en el acceso a la atención en salud debido -entre otros supuestos- a "*directrices y protocolos médicos selectivos que pueden aumentar la discriminación en su acceso a servicios de salud. Esos protocolos revelan, a veces, prejuicios médicos contra las personas con discapacidad respecto de su calidad de vida y su valor social. Por ejemplo, ciertas directrices de triaje para la asignación de recursos escasos excluyen a este colectivo por tener algún 'tipo de deficiencia', por tener 'grandes necesidades de apoyo' para la vida diaria, 'fragilidad', probabilidad de 'éxito terapéutico',*

[249] https://www.ohchr.org/es/2020/03/covid-19-who-protecting-people-disabilities-un-rights-expert?LangID=S&NewsID=25725
[250] https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/statements-declarations-and-observations
[251] https://www.ohchr.org/es/covid-19/guidance

así como presunciones sobre los 'años de supervivencia'" (subrayas no originales). Por eso, recomendó a los Estados que prohíban la denegación de tratamientos por motivos de discapacidad, derogando las disposiciones que impidan el acceso a la atención en salud de las personas en situación de discapacidad, incluyendo las directrices para la asignación de recursos escasos, y consultar estrechamente e involucrar activamente a "*las personas con discapacidad y a las organizaciones que las representan en la elaboración de una respuesta a la pandemia basada en derechos que sea inclusiva de las personas con discapacidad en toda su diversidad*."

156. El 9 de junio de 2020, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió una declaración[252] expresando su preocupación por los efectos del Covid-19 en los derechos humanos de las personas con discapacidad. Indicó que todas las personas deben ser valoradas e incluidas por igual; que aunque algunas personas con discapacidad también tienen condiciones de salud que las hacen más vulnerables al Covid-19, la discriminación y la desigualdad preexistentes hacían que esas personas fueran uno de los grupos más excluidos en el acceso a la salud; y que es necesario que los Estados tomen las medidas necesarias para prevenir y responder a futuras emergencias de salud pública, garantizando que 'nadie se quede atrás'.

Pronunciamientos relacionados con adultos mayores

157. El 27 de abril de 2020, la *Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad* y la *Experta Independiente de Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad* se refirieron al derecho a la vida de las personas con discapacidad y personas mayores infectadas por el Covid-19,[253] subrayando que en ese contexto dichos grupos se ven mayormente expuestos a decisiones que podrían afectar su derecho a la vida.

158. Luego de recordar algunos estándares convencionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores), expresaron que los Estados debían aplicar ciertas recomendaciones bioéticas, tales como: (*i*) "[*t*]*oda persona con discapacidad y toda persona mayor infectada con Covid-19 tiene derecho a acceder a unidades de cuidados intensivos* (…) *en igualdad de condiciones con las demás. La vida de toda persona tiene igual valor*"; (*ii*) "[*l*]*a correcta aplicación del triage,*[254] *no admite criterios de selección o 'racionalización' de las vidas humanas, con vínculo a la discapacidad o edad de una persona*" (subrayas no originales); (*iii*) ser persona con discapacidad o ser persona mayor no será una condición o determinante para negar u omitir su acceso a cuidados intensivos, "[*n*]*inguna normativa nacional podrá amparar estas denegaciones u omisiones*"; y (*iv*) la denegación u omisión puede calificarse como discriminación por motivo de discapacidad o por edad en la vejez, de acuerdo con los tratados internacionales en la materia, y puede calificarse como trato cruel e inhumano.

159. El 21 de julio de 2020, la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de las Naciones Unidas rindió un Informe sobre el *Impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*,[255] en el que comentó que la pandemia ha tenido

---

[252] https://www.ohchr.org/en/news/2020/06/statement-covid-19-and-human-rights-persons-disabilities?LangID=E&NewsID=25942
[253] https://www.ohchr.org/es/2020/04/right-life-persons-disabilities-and-older-persons-infected-covid-19?LangID=S&NewsID=25829
[254] Nota al pie N° 10: "*Definición de triage según UC Christus: Proceso con el que se selecciona a las personas a partir de su necesidad de recibir tratamiento médico inmediato cuando los recursos disponibles son limitados. Representa la evaluación rápida de los pacientes y su ubicación en la lista de espera para la atención médica. Divide los estados de gravedad en varias categorías incluyendo desde estados críticos a situaciones menos urgentes.*"
[255] A/75/205 de 21 de julio de 2020. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/3879146

efectos muy amplios en las personas de edad, en tanto les han negado servicios de salud, han sido aisladas física y socialmente y han sido víctimas de actitudes 'edadistas'.

160. Sobre el *edadismo y la discriminación por edad* explicó que (*i*) si bien el virus afecta a personas de todas las edades, "*las personas de edad y las personas inmunodeprimidas, incluidas las que tienen trastornos médicos preexistentes, como enfermedad cardiovascular, diabetes, enfermedades respiratorias crónicas y cáncer, tienen más probabilidades de que la enfermedad se agrave*"; (*ii*) durante la pandemia se ha producido discriminación porque eran frecuentes las disposiciones que establecían límites de edad para acceder a la atención y el apoyo sanitarios; y (*iii*) durante la pandemia las actitudes edadistas se han manifestado en forma de agresiones verbales e imágenes negativas contra las personas de edad en los medios de comunicación y en los debates públicos de todo el mundo. En relación con esto, destacó que "[*l*]*a OMS ha afirmado que los responsables de la respuesta a los brotes de enfermedades infecciosas deben asegurarse de que a todas las personas se les dé un trato justo y equitativo, independientemente de su condición social o del 'valor' percibido que tengan para la sociedad.*"

161. Respecto del *derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* sostuvo que durante una pandemia, cuando los recursos son limitados y hay que aprovecharlos al máximo, el acceso a la salud puede ser crucial para garantizar el derecho a la vida, y puede suponer un reto importante cuando los Estados Parte tienen que adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades epidémicas. Al respecto, comentó que el DIDH establece que deben garantizarse todos los derechos sin discriminación, por lo que los Estados deben velar porque las políticas de salud pública no sean edadistas ni discriminatorias contra las personas de edad. Esto, porque durante las pandemias estas personas tienen dificultades para acceder a los tratamientos médicos y la asistencia sanitaria, dado que en muchos casos se ven afectadas por una disponibilidad selectiva, relacionada con el racionamiento de la atención médica (la distribución de los recursos de salud y la fijación de prioridades para estos), lo que suele tener como resultado que esas personas no tengan prioridad para recibir atención.

162. Sobre lo último, señaló que "[*l*]*a pandemia ha demostrado que, en la práctica, cuando los hospitales no tienen recursos suficientes, aplican un sistema de triaje. En esas situaciones, los procedimientos de triaje deben estar en consonancia con los principios de derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe implícitamente retener o denegar tratamiento médico en función de la edad o el valor social. En un caso concreto, al hacer el triaje se valoraban dos consideraciones éticas: la probabilidad de supervivencia a corto plazo con los escasos recursos y servicios de cuidados intensivos y la probabilidad de supervivencia a largo plazo. Con esta categorización, se daba la máxima prioridad a los niños y a los adultos de hasta 49 años de edad, mientras que las personas de entre 60 y 85 años se consideraban de menor prioridad*."[256]

163. Por otra parte, indicó que no es válido suspender temporalmente los servicios sanitarios no relacionados con la respuesta al Covid-19, porque ello tiene graves consecuencias para los pacientes con problemas de salud preexistentes (v.gr. personas de edad con trastornos y problemas físicos y mentales). Finalmente señaló que, para lograr la plena realización del derecho a la salud, los Estados deben adoptar y aplicar políticas o estrategias nacionales de salud y planes de acción basados en la evaluación de las necesidades de las personas de edad, las cuales deben adaptarse a las necesidades de las personas de edad y realizarse en consulta con ellas y con su plena participación.

[256] Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de las Naciones Unidas. *Impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*. A/75/205 de 21 de julio de 2020, párr. 36.

j. Análisis del caso concreto

164. La Sala Primera de Revisión considera que el Ministerio de Salud, por omisión, amenazó los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud de las personas accionantes. Lo anterior, porque no dictó un documento vinculante sobre los aspectos esenciales a tener en cuenta para realizar triajes en situaciones excepcionales, aduciendo la inexistencia de criterios normativos legales para desarrollar y la autonomía médica como una barrera. Aunado a lo anterior, la omisión permitió que autoridades de salud en diferentes partes del país adoptaran y aplicaran criterios no unificados en un contexto en el que el Estado tiene que seguir cumpliendo sus deberes; entre ellos, emplearon categorías sospechosas y semi sospechosas para definir el acceso al derecho a la salud.

165. Para sustentar lo anterior, la Sala dividirá su análisis en cuatro apartados. Primero, se referirá al alcance de las *Recomendaciones* del Ministerio (*infra*, acápite "j.1."); segundo, resolverá el ***primer problema jurídico***, para lo cual estudiará el impacto que la omisión en dictar un documento vinculante sobre la materia tiene en los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud (*infra*, acápite "j.2."); tercero resolverá el ***segundo problema jurídico***, para lo cual examinará si las *Recomendaciones* amenazaron directamente los derechos de los accionantes (*infra*, acápite "j.3."). Después, cuarto, la Sala, en caso de que haya lugar, adoptará las órdenes del caso (*infra*, acápite "k"), y también llamará la atención al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en particular, al magistrado Franklin Pérez Camargo, por declarar la falta de competencia para conocer de la acción de tutela (*infra*, acápite "l"). La Sala no desconoce los esfuerzos realizados y los logros alcanzados por el Ministerio de Salud en el manejo de la pandemia por Covid-19, pero no se referirá a esas cuestiones. El análisis de fondo se circunscribirá a los problemas planteados.

j.1. Alcance de las Recomendaciones del Ministerio

166. Previo a abordar el análisis de los problemas jurídicos, la Sala Primera de Revisión considera necesario referirse al alcance de las *Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19*:

Variable	Descripción
Propósitos	- Tener marcos de referencia para la actuación adecuada de los profesionales de la salud, con el objetivo de (*i*) prevenir los sesgos en la toma de decisiones, y (*ii*) promover que estas sean derivadas del balance de las necesidades de los individuos, la población y los miembros de los equipos asistenciales. - Evitar la mayor pérdida de vidas posibles en un escenario donde es necesaria la maximización de beneficios y la reducción de daños. - Establecer un balance entre el cuidado centrado en el paciente y los deberes enfocados en lo público, sin desconocer la igualdad de las personas. - Responder a no hacer daño, beneficiar, actuar con justicia sobre las personas en el contexto de la emergencia frente a la justicia sanitaria de la población, y mantener la integridad profesional.
Recomendaciones generales	- Todas las instituciones deberían contar con reglas claras para el triaje organizado por niveles de cuidado, a partir de protocolos que respondan al "*(i) Nivel de cuidado requerido, (ii) Inicio de soporte vital, (iii) Retiro del soporte vital, (iv) Inicio de medidas paliativas en caso de no iniciar o retirar el soporte vital.*" Esos protocolos deberían ser actualizados progresivamente conforme avanza el proceso de reacción a la pandemia y cambian las condiciones de evidencia científica disponible. - En lo posible, no se deben tomar decisiones de manera individual, "*en especial si la institución no cuenta con la posibilidad de generar*

Variable	Descripción
	recomendaciones específicas o protocolos estandarizados de cuidado, se recomienda además revisar la decisión con otras personas del equipo y dejar claro registro en la historia clínica", pero si cuenta con comité de ética o bioética se debe definir una ruta de consulta que atienda a las recomendaciones generales. - En un escenario de escasez, es recomendable la redistribución de los recursos de forma justa "*prestando atención a que sean ubicados sobre las personas que más se van a beneficiar*", lo que no implica dejar de garantizar alivio y apoyo a quienes no podrán recibir tratamiento específico (en el caso de los pacientes con cuadros severos, pueden ser sujetos de una adecuación de esfuerzos terapéuticos).
Recomendaciones para los escenarios de atención crítica: distribución de recursos limitados o escasos se sugiere	- Ante la necesidad de redistribuir y asignar recursos se debe actuar con parámetros claros y previamente definidos "*que permitan priorizar de forma proporcional la asignación de estos, y que sean respetados por todos, de la misma manera que se establecen reglas específicas para el ingreso a la unidad.*" Esos parámetros permitirían evitar la toma de decisiones individualizadas y heterogéneas que deriven en un conflicto de valores sobre lo que se considera correcto en condiciones de no emergencia, lo que genera más estrés moral sobre los profesionales. - "*Los protocolos deben tener como objetivo tomar decisiones frente al ingreso o no a las unidades a partir de variables predeterminadas como* ***la edad, las comorbilidades, la posibilidad de supervivencia sin enfermedad, la posibilidad de supervivencia con enfermedad****, la gravedad del cuadro y la* ***posibilidad de requerimientos prolongados del soporte****, y en caso de ser necesario hacer referencia al valor instrumental de profesionales de la salud, y ser explícitos en la transparencia de no priorización por indicación administrativa o recomendaciones individuales de terceros.*" (Negrillas de las personas accionantes).
Advertencias	- Ninguna de las variables predeterminadas, en ningún caso, debe ser el *único* elemento de uso para definir la conducta. - Las *Recomendaciones* no deben constituirse en "*la única vía de resolución de situaciones conflictivas o difíciles, debe*[*n*] *ser usad*[as] *como marco de referencia, por lo tanto se reitera que ante un caso particularmente difícil se busque la ayuda de un Comité de Ética, o para aquellos que cuenten con el servicio de Bioética o Ética clínica en sus instituciones se recomienda que de forma inmediata eleven la evaluación del caso de manera formal, siguiendo la recomendación previa de haber generado canales de comunicación continua para la toma de decisiones difíciles o protocolos estandarizados acordados para los equipos llamados a la atención en la institución.*"

167. Del anterior recuento, se extrae que el Ministerio indica claramente que las personas que, después de un ejercicio de priorización, no puedan acceder a recursos médicos o sanitarios escasos deberán seguir siendo atendidas. No obstante, también llama la atención *que las Recomendaciones* (*i*) reafirman su carácter no vinculante -en consonancia con lo expuesto con las partes e intervinientes durante todo el proceso-, (*ii*) determinan que son las instituciones prestadoras de servicios de salud las que deben establecer los protocolos para adelantar los ejercicios de priorización, (*iii*) no establecen criterios uniformes sobre quién debe ni en qué momento se deben realizar los ejercicios de priorización, (*iv*) no contemplan un sistema de registro ni control de la información, y (*v*) disponen que, como criterios para determinar el ingreso o no a las Unidades de Cuidados Intensivos, deben considerarse -entre otros criterios- la edad, las comorbilidades, la posibilidad de supervivencia sin enfermedad, la posibilidad de supervivencia con enfermedad, y la posibilidad de requerimientos prolongados del soporte. Ahora bien, aunque las *Recomendaciones* advierten que esas

variables no deben ser el *único* elemento de uso para definir la conducta a seguir, es importante destacar que, para este documento, de todos modos, sí podrían ser tomadas en cuenta, al menos como parte de los criterios posibles y determinantes para efectuar el triaje.

168. Teniendo en cuenta las referidas características, reconocidas por las personas accionantes, tanto éstas como varios de los intervinientes sostuvieron que la ausencia de un documento vinculante permitió la fragmentación y consecuente adopción de protocolos que, en su concepto, también son problemáticos por emplear categorías como la edad, la situación de discapacidad o enfermedades diferentes al Covid-19 como criterios para definir la priorización frente a recursos médicos y sanitarios escasos.

169. En particular, tomaron como ejemplo (*i*) las *Recomendaciones éticas para la atención y triage de enfermos críticos durante la pandemia por Covid-19*[257] del Grupo de Intensivistas de Antioquia (GIA) y la Alcaldía de Medellín que, entre otras cosas, contemplan la estimación de: elementos vinculados a la supervivencia a *largo plazo* (v.gr. al permitir que se valoren comorbilidades que puedan implicar una posibilidad de sobrevida menor a diez años) y que se dé prioridad a personas con posibilidad de vidas más largas, factores relacionados con el soporte posterior para la garantía de la recuperación y rehabilitación, y la consideración abstracta de la edad -y no la situación clínica específica de la persona- como mayor factor de riesgo de muerte (v.gr. indican criterios preestablecidos en distintos rangos de edad, considerando que personas adultas mayores de 70 años tienen, por ese simple hecho, mayor riesgo de muerte); y (*ii*) la *Guía para la toma de decisiones para Ingreso a UCI durante la pandemia por COVID-19*[258] de la Clínica Foscal Internacional, en la que si bien se advierte que todos los pacientes son elegibles y no existen criterios de exclusión por edad o discapacidad, como criterios de desempate se contemplan, entre otros, el *pronóstico de supervivencia a largo plazo* a partir de variables como la edad, el ciclo vital de la persona, la existencia de enfermedades y comorbilidades diferentes al Covid-19, la funcionalidad de las personas, su cognición y la dependencia de otras personas.

170. De estas referencias preliminares, dos aspectos son significativos para el estudio que se efectuará a continuación. En primer lugar, es indudable para la Sala Primera que las *Recomendaciones* no fueron expedidas con ánimo vinculante, sino como pautas orientadoras; con lo cual, adquiere mayor sentido la acusación realizada por las personas accionantes sobre la *omisión* del Ministerio demandado de expedir, precisamente, un instrumento que sí fijara, para todo el territorio nacional, criterios a ser aplicados de manera imperativa en eventos excepcionales como los ya descritos. En segundo lugar, que, precisamente por tal carácter, la omisión de regular la materia permitió la dispersión de cursos de acción en el país -porque el Ministerio indicó que eran las instituciones prestadoras de salud las encargadas de establecer los parámetros de atención- y la expedición de guías territoriales que incluían, por ejemplo, las categorías de priorización que las personas demandantes cuestionan. Si bien no corresponde a esta Sala efectuar un pronunciamiento sobre tales actos, que solo se toman como referente probatorio, las *Recomendaciones*, se insiste, permitieron la creación de un escenario de salud que, para quienes tutelan, era propicio para la lesión de varios derechos fundamentales.

j.2. Resolución del primer problema jurídico: *el Ministerio de Salud y Protección Social es competente para emitir un acto, con efectos vinculantes, que regule los aspectos fundamentales, con un enfoque de derechos, de las decisiones de priorización ante la escasez de servicios y tecnologías de salud.*[259]

---

[257] Disponibles en: https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/medellin/Temas/Salud_0/Programas/Shared%20Content/Documentos/2020/doc_bioetica%20copia%20triage.pdf

[258] Anexo de la acción de tutela, pág. 81-91.

[259] Para la Sala, el enunciado *"servicios y tecnologías de salud"* comprende de manera amplia todos y cada uno de los elementos que deben ser garantizados por el Estado para la adecuada prestación del servicio de salud y, por tanto, garantizar este derecho. Se toma el enunciado de lo dispuesto en el artículo 6, inciso 1º, literal a) de la Ley 1751 de 2015.

171. Las personas accionantes indicaron que el Ministerio incurrió en una omisión al no expedir, con efectos vinculantes, una regulación que estableciera los aspectos fundamentales a tener en cuenta para efectos de adelantar ejercicios de priorización -triaje- en momentos en los que la *disponibilidad* de servicios y tecnologías de salud es deficitaria respecto a la atención demandada.

172. Para iniciar, se destaca que el Ministerio justificó esta omisión en dos argumentos. De un lado, en la presunta inexistencia de parámetros legislativos que requieran un desarrollo reglamentario a cargo de dicha Cartera, y, del otro lado, en la necesidad de garantizar la autonomía profesional -*lex artis*-. En este sentido, indicó en su respuesta a esta Corporación que "*el legislador no ha determinado parámetros mínimos que requieran reglamentarse para hacer ejercicio de priorización en la distribución de recursos escasos en salud (lo cual depende del acto médico) y que la normativa que rige las funciones y competencias de los Comités de Ética Hospitalaria es escasa en consecuencia este Ministerio estaría en imposibilidad jurídica para hacerlo"*[260] y, agregó que "[s]*in embargo, de acuerdo con el marco legal vigente, es deber de los prestadores de servicios de salud definir los protocolos de atención en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID -19, así como los controles al proceso asistencial de conformidad con las políticas institucionales.*" Esto es, tal como se evidencia del documento *Recomendaciones*, para el Ministerio los protocolos de triaje son competencia, fundamentalmente, de las instituciones prestadoras del servicio de salud y esto, a su turno, se refleja en la expedición de actos normativos en instituciones tales como el Grupo de Intensivistas de Antioquia (GIA) - Alcaldía de Medellín o la Fundación Oftalmológica de Santander (FOSCAL).

173. Varias intervenciones se refirieron a la autoridad competente para regular los criterios de priorización en situaciones de excepcionalidad. Para la Universidad EAFIT, el Ministerio debe, en ejercicio de sus competencias,[261] "*expedir un acto administrativo que coordine, regule y unifique los criterios con fundamento en los cuales se establezca el orden de priorización de acceso a recursos de soporte vital, procurando la protección de derechos tales como la igualdad y la no discriminación*"; mientras que el Congreso de la República, por su parte, debe ser exhortado para que "*en ejercicio de su función legisladora, disponga y unifique los criterios que deberán ser usados en los triajes éticos, al ser esta una materia que determina que una persona pueda acceder de forma oportuna o no a la prestación de un servicio de soporte vital, vinculando así los derechos a la salud, la vida, igualdad y no discriminación*." La ONG Sinergias-Alianzas Estratégicas para la Salud y el Desarrollo Social afirmó, sin un análisis detenido sobre las competencias de orden constitucional y legal, que el Ministerio debía expedir estos lineamientos de cara a fortalecer la confianza en el Sistema de Salud, minimizar la incertidumbre y reducir la carga emocional del personal de salud. Dejusticia afirmó que era el Ministerio el competente para expedir un acto administrativo "*que garantice un marco jurídico general sobre el diseño de reglamentos de triage ético en las instituciones de salud en todo el país.*" Y para el Grupo de Litigio Estratégico Carlos Gaviria Díaz de la Universidad Industrial de Santander la determinación de lineamientos a tener en cuenta para realizar ejercicios de priorización debe estar en manos de un comité técnico.

174. En cuanto al presunto impacto en la autonomía profesional que tendría la expedición de un acto como el solicitado, el director del Instituto de Bioética de la Universidad Javeriana estimó que, contrario a lo afirmado por el Ministerio, un pronunciamiento en dicho sentido no desconocería la autonomía -la cual no puede verse de manera absoluta- sino que, por el contrario, contribuiría al ejercicio mismo de una buena práctica médica en momentos de excepcionalidad. En el mismo sentido, se pronunció también la Universidad EAFIT. Para el Grupo de Litigio Estratégico Carlos Gaviria Díaz de la Universidad Industrial de Santander es posible, sin desconocer la autonomía médica, determinar lineamientos siempre que sean generales y atiendan a los principios de precaución y prevención. El Grupo de Investigación en Ética y Bioética de la Universidad Pontificia Bolivariana indicó que la fijación de un

[260] Ver *infra*, acápite 1 del anexo 1.
[261] Ley 1751 de 2015, artículo 5 y Decreto 4107 de 2011, artículo 2.

marco de criterios éticos, técnicos y de derechos humanos tampoco lesionaría la autonomía médica, en tanto fueran *orientadores*, "*de manera que el médico es quien toma la decisión atendiendo a las condiciones individuales del paciente.*"

175. A partir de lo anterior es preciso indicar, en *primer lugar*, que el Estado está obligado, por virtud de los mandatos constitucionales y de aquellos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ampliamente referidos en esta decisión, a garantizar el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Por lo anterior, a través de una adecuada política pública en la materia, debe propender por satisfacer la *disponibilidad* requerida y necesaria en todos los momentos de la vida en sociedad; deber que es ineludible en virtud de la pretensión de *universalidad*[262] que guía al sistema mismo. En estas condiciones, las situaciones de escasez no son esperables y tampoco admisibles, sino que dan cuenta, en principio, del incumplimiento del Estado respecto de una garantía a su cargo.[263]

176. No obstante, ante situaciones *excepcionales*, como se evidenció con la reciente pandemia del Covid-19, es posible concebir circunstancias en las que la falta de servicios y tecnologías de salud pueda justificarse. Es en estas situaciones en las que, pese a que el Estado ha hecho todo aquello a lo que está obligado, podría admitirse la necesidad de adoptar decisiones difíciles encaminadas a priorizar el *acceso* oportuno, eficaz y con calidad a determinados bienes y servicios. Por supuesto, en este aspecto la Sala debe ser enfática: no hay situación alguna en la que sea posible dejar a una persona sin una atención oportuna y digna, dirigida, por ejemplo, a aliviar el dolor causado por una enfermedad. Así, incluso en situaciones de escasez, la garantía del derecho a la salud no se sacrifica para ninguno de los pacientes.

177. En este escenario, en *segundo lugar*, la Sala repara en que la respuesta dada por el Ministerio para justificar su negativa a tramitar y expedir un acto vinculante que incluyera, entre otros aspectos, los criterios para adelantar triajes en la pandemia del Covid-19, es contradictoria. De un lado, advirtió que no contaba con criterios normativos superiores -legales, que fueran objeto de reglamentación- para pronunciarse, pero, de otro lado, promovió que tales pronunciamientos -protocolos- fueran adoptados por otros actores del Sistema de Salud -de manera dispersa y sin lineamientos generales claros-, desconociendo claramente que, tal como lo establece el artículo 4º de la Ley 1438 de 2011,[264] a dicha Cartera le corresponde la dirección, orientación y conducción del sector salud y que, conforme a los numerales 2 y 3 del artículo 173 de la Ley 100 de 1993, se encuentran dentro de sus competencias la emisión de normas *de obligatorio cumplimiento* que regulen la calidad de los servicios y el control de factores de riesgo, así como los aspectos administrativos referidos al servicio público de salud. Si, como afirmó el Ministerio, requería de criterios legislativos para pronunciarse al respecto, (*i*) ante una situación *excepcional* como la pandemia, y (*ii*) frente a una materia como la planteada en esta tutela, en la que el acceso a unidades de cuidado intensivo, respiradores y otros elementos se constituía en un asunto de vida o muerte, la actuación de esta Cartera va en contravía de la construcción de un sistema de protección de salud que, como indica la Observación General 14, "*brinde a las personas* ***oportunidades iguales*** *para disfrutar del más alto nivel posible de salud*." (Negrilla fuera de texto).

178. También es contradictoria su respuesta cuando indicó que la expedición de un acto vinculante en esta materia iría en contra de la autonomía profesional -*lex artis*-, pues, nuevamente, aunque negó su competencia para la expedición del acto reclamado, la *delegó*

---

[262] Según le Ley 100 de 1993 (artículo 1) la universalidad es "*la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida*." Ver, en el mismo sentido, el artículo 6, inciso 2º, literal a), de la Ley 1751 de 2015.
[263] De conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1751 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social debe realizar evaluaciones anuales de los indicadores de goce efectivo del derecho a la salud, a partir de los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, para, a partir de ellos, diseñar e implementar políticas públicas dirigidas a mejorar las condiciones de salud de la población.
[264] *"Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"*.

en otros actores del Sistema, pues en las *Recomendaciones* precisó que "*[t]odas las instituciones, deberían contar con reglas claras para permitir el triage organizado por niveles de cuidado (…).*" Para la Sala, entonces, no existe -ni el Ministerio aportó- justificación alguna para comprender por qué mientras su actuación sí se consideraba una irrupción en la autonomía profesional, la de los otros actores no es vista con el mismo alcance.

179. Dicho lo anterior, en *tercer y último lugar*, considerando que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, que debe organizar, dirigir y reglamentar, así como establecer políticas para su prestación por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control (Art. 49, CP), es claro que es el mismo Estado quien debe adoptar las *reglas generales* que deben guiar los ejercicios de triaje en momentos *excepcionales*, esto es, en los que es razonable comprender que el elemento de *disponibilidad* no será suficiente para atender -sin requerir la priorización- la demanda existente respecto de algunos servicios y tecnologías de salud.

180. Ahora bien, la primera pregunta que debe absolverse consiste en determinar *quién* es el encargado de expedir tales reglas. Para ello, la Sala Primera de Revisión estima oportuno analizar el uso de competencias previas que ha ejercido el Ministerio de Salud y Protección Social en materias similares. Tal como quedó reseñado, está vigente la Resolución No. 5596 del 24 de diciembre de 2015, que define los criterios técnicos para el sistema de selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencias "Triage". Esta Resolución, destaca la Sala, no tiene por objeto la regulación de situaciones excepcionales de escasez y por ello no suple de forma alguna el vacío alegado por las personas accionantes. No obstante, por regular un asunto cercano, es importante en este estudio.

181. De conformidad con lo establecido en dicho acto administrativo, dirigido a la atención en urgencias,[265] el artículo 10 del Decreto 4747 de 2007 incorporó un sistema de selección y clasificación de pacientes en urgencias, *de obligatorio cumplimiento por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud* y de las entidades responsables del pago de servicios de salud, con el objeto de determinar -con base en las necesidades terapéuticas y los recursos disponibles- la prioridad en la atención, destacándose que "*en ninguna circunstancia el `Triage´ podrá ser empleado como un mecanismo para la negación de la atención de urgencias*." Así, esta Resolución -proferida para atención de urgencias y, en principio, ajena a contextos de escasez- fue emitida por el Ministerio en razón de la competencia de regulación conferida en un decreto ejecutivo.

182. En el caso que ahora se analiza, no existe una delegación expresa para el Ministerio de Salud y Protección Social en tal sentido ni tampoco una ley -estatutaria u ordinaria- que se refiera a la posibilidad de practicar triajes en momentos de escasez, eventos en los que, sin duda, se impacta el derecho a *acceder* a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud (Art. 2, Ley 1751 de 2015). Tampoco puede derivarse tal competencia de la misma delegación reconocida en el Decreto 4747 de 2007, en razón a que el *momento* en el que se justifica su realización, los criterios y demás circunstancias que rodean una situación *excepcional* como la ocurrida en la pandemia del Covid-19 no son equiparables, en términos de derechos humanos.

183. Ahora bien, que tal normativa de orden legal no exista con el grado de particularidad que extraña el Ministerio -razón por la cual, además, en el examen de subsidiariedad de esta acción se indicó que, en principio, la acción de cumplimiento no era procedente-, no conduce a afirmar -como se ha destacado- que sea justificable admitir la existencia de múltiples y disímiles cursos de acción, definidos y promovidos por diferentes instituciones integrantes del Sistema de Salud, dirigidos a decidir a *quién* priorizar en una situación de escasez y *qué garantías* deben ofrecerse a quienes no lo sean de manera inmediata. Esta pluralidad, de hecho, fue puesta en evidencia a partir de las pruebas solicitadas y recaudadas por la Sala

[265] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1751 de 2015, para acceder a servicios y tecnologías de salud, cuando se trate de atención de urgencia, no se requiere de ningún tipo de autorización administrativa.

Primera de Revisión. En este sentido, el *Manual Institucional-Guía para la toma de decisiones para Ingreso a UCI durante la pandemia por COVID-19* de la Clínica Foscal Internacional, y las *Recomendaciones éticas para la atención de triage de enfermos críticos durante la pandemia por COVID-19* del Grupo de Intensivistas de Antioquia (GIA) y la Alcaldía de Medellín, dan cuenta de la situación de disparidad advertida por las personas accionantes. Aunado a ello, según la respuesta de algunas secretarías de salud, quedó claro que sí se realizaron ejercicios de triaje durante la pandemia del Covid-19. En tal sentido, la Secretaría de Salud de Bogotá -según la indagación efectuada para atender el requerimiento probatorio de esta Corporación- advirtió que un 34% de las IPS encuestadas sí realizó acciones de priorización y que un 47% de las IPS consultaron el documento de *Recomendaciones* del Ministerio más otros documentos que tenían en cuenta, como factores determinantes para este tipo de decisiones, la edad, comorbilidades y expectativa de vida.

184. Sin embargo, aunque no se prevean parámetros de orden legal que se refieran a este tipo de triajes, sí existen autoridades a las que, por virtud de la asignación de competencias en un Estado como el colombiano, les es exigible respetar, proteger y garantizar los derechos; bienes constitucionales de los que emanan mandatos constitucionales que vinculan su actuación y que no pueden ser desconocidos bajo la excusa de que no existe una disposición legal que de manera expresa concrete una obligación, pues este no puede ser el sentido y alcance -formal- que se confiera al artículo 6º de la Constitución, en perjuicio de la comprensión del artículo 4º superior y, por tanto, de la fuerza normativa de la Carta.

185. En este sentido es evidente, de un lado, que la estructura de los derechos humanos -en general, de principios- permite afirmar que su colisión, incluso en eventos límite, no es ajena a la práctica jurídica y que, en ese escenario, es imposible que normativamente se espere encontrar una regulación previa para cada una de dichas tensiones. De otro lado, ante situaciones excepcionales, la Constitución ha diseñado una serie de mecanismos que permiten una actuación inmediata y oportuna en defensa, precisamente, del Estado constitucional y democrático de derecho. Por esta última razón, en un entorno como el de la pandemia del Covid-19, el Ministerio, incluso a pesar de considerar que no podía actuar debido a la inexistencia de una competencia para el efecto, **debió promover de manera oportuna y sin generar mayor riesgo para los derechos de las personas que necesitaban atención en salud**, el marco normativo necesario para impartir de manera general y, por tanto, garante del principio de universalidad y de igualdad de trato, directrices claras y vinculantes para todos los agentes del Sistema de Salud involucrados y llamados, en la práctica de la medicina, a adelantar priorizaciones.

186. En este contexto, el rol del Ministerio de Salud no es el de simple ejecutor de una política pública que deba formularse por otras autoridades. El Ministerio está a cargo, según el artículo 4º de la Ley 1438 de 2011, de la dirección, orientación y conducción el Sector Salud; y, conforme al artículo 1º del Decreto 4107 de 2011,[266] tiene como objetivos, "*dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud* (…)." Por lo expuesto, no solo en momentos de *excepcionalidad* sino en los *ordinarios*, **debe promover una política pública** que permita la acción de las instituciones pertenecientes al Sistema de Salud ajustada a los principios de *universalidad, solidaridad, igualdad, prevalencia de derechos,* entre otros.

187. A lo largo de este trámite, algunos de los intervinientes indicaron que los aspectos más generales del triaje en contextos de excepcionalidad debería ser un asunto reservado al Legislador -incluso estatutario- mientras que otros afirmaron que era una competencia o bien del Ministerio de Salud y Protección Social, o de un comité técnico. Para esta Sala de Revisión, es indudable que las decisiones de priorización ante las fallas de *disponibilidad* de servicios y tecnologías de salud constituyen verdaderos dilemas que impactan la faceta de *accesibilidad* a un derecho fundamental, en situaciones que hemos referido como límite; por

[266] *"Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social".*

lo cual, la trascendencia de su regulación no está puesta en duda. No obstante, también es claro que la ausencia de regulación legal no es óbice para dejar de actuar con sujeción al marco constitucional y legal -estatutario-, en escenarios en los que el ordenamiento constitucional y de derecho internacional de derechos humanos otorgan los criterios mínimos que deben guiar este tipo de situaciones.

188. Destaca la Sala que los derechos fundamentales tienen una estructura polifacética, y que, desde dicha óptica, la satisfacción de algunas de sus posiciones -las de protección inmediata- no requieren, ni siquiera, la intervención normativa detallada que regule sus alcances, dado que su eficacia es un compromiso del Estado, derivado de la Constitución y de los instrumentos internacionales que han ingresado a nuestro ordenamiento por virtud del bloque de constitucionalidad (Art. 93, C.P.). Ahora bien, es cierto que, en el marco de nuestra configuración normativa, el Constituyente previó una regulación que, a partir de los elementos estructurales y hasta el desarrollo mucho más detallado, permite la intervención del Legislador -estatutario y, luego, ordinario- y del Ejecutivo -en ejercicio de su potestad reglamentaria-; no obstante, aún sin la intervención del Legislador es imperativo advertir que no puede permitirse –ni generarse- por una autoridad del Estado competente para dirigir la política pública en materia de salud, una dispersión regulativa como la que se evidencia en materia de triaje en situaciones excepcionales, dado que, se reitera, la eficacia de los derechos no da espera, mucho más, cuando compromete facetas de protección inaplazables.

189. Por lo anterior, sí constituyó una *amenaza* a los derechos de las personas accionantes -y en general a los usuarios del Sistema de Salud- el que el Ministerio no promoviera la expedición, en las condiciones de excepcionalidad conocidas, ni adoptara un acto con carácter vinculante dirigido a prever los elementos o criterios necesarios para aplicar triajes o priorizaciones ante la escasez de unidades de cuidados intensivos, respiradores y otros elementos o insumos requeridos para atender a quienes demandaran estos servicios y tecnologías de salud. También destaca la Sala que el documento de *Recomendaciones*, sin fuerza vinculante, constituye una práctica contraria a valores superiores del ordenamiento en tanto dificulta su control judicial, por vías ordinarias previstas por el Legislador, en un escenario, se reitera, crucial para la defensa de los derechos.

190. Además de lo dicho, su *renuencia* contribuye a que en la actualidad no exista, en el marco de la política pública en materia de salud, tal *acto normativo*, pues ha omitido asumir el rol que el ordenamiento le impone y, aunque la pandemia de Covid-19 parece haber dado una tregua, los eventos excepcionales pueden volverse a presentar y, con ellos, la necesidad de que existan reglas claras y uniformes, en virtud de los compromisos del Estado por respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

191. En este sentido, tal como se advirtió, es en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social principalmente en quien se encuentra la formulación de esta política pública y quien debe, por lo tanto, promover -y adoptar- las modificaciones y/o adiciones normativas que estime del caso para prevenir futuras situaciones incompatibles con los derechos fundamentales. En esta promoción, como lo ha dicho la Corte Constitucional en otros casos -tales como *aborto* y *eutanasia*- la actuación del Ministerio debe garantizar que no existan eventos que caigan nuevamente en el vacío regulatorio, por lo cual, **con independencia de aquello que pueda decir el Legislador frente a la priorización en casos extremos**, el ejercicio de triajes debe regularse oportunamente en sus aspectos generales y fundamentales.

192. Así, tal como se precisará más adelante, la Sala ordenará al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie las actuaciones tendientes a promover los ajustes que valore necesarios para adoptar el referido acto normativo. En particular, en razón a que (*i*) el ordenamiento cuenta con una regulación constitucional y estatutaria en materia del derecho a la salud, así como con parámetros del derecho internacional de derechos humanos reconocidos por nuestro ordenamiento, y que (*ii*) es imprescindible contar de manera oportuna con un acto que fije los aspectos generales y fundamentales para garantizar de

manera inmediata la existencia de reglas claras para adelantar ejercicios de priorización en circunstancias excepcionales, (*iii*) dicha orden contempla la necesidad de que se incluya la formulación y adopción de un protocolo dirigido a la finalidad mencionada.

193. Esta solución, advierte la Sala Primera de Revisión, no es *sui generis* en la práctica constitucional de esta Corporación. En situaciones similares, relacionadas por ejemplo con la garantía del derecho a morir dignamente, la Corte ha llamado en varias oportunidades al Ministerio de Salud y Protección Social para que, a través de su intervención, se satisfaga la demanda de protección de derechos requerida. Por ejemplo, en la Sentencia T-060 de 2020,[267] indicó:

> "***Tercero.- REITERAR*** *la orden impartida en la sentencia T-721 de 2017 por parte de la Corte Constitucional al Ministerio de Salud y Protección Social para que, en el término de cuatro (4) meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reglamentar las condiciones de viabilidad del consentimiento sustituto en el ámbito del derecho a morir dignamente, en los eventos en que (i) el paciente se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, y (ii) se carezca de un documento formal de voluntad anticipada, teniendo en cuenta para el efecto las distintas dimensiones del mencionado derecho fundamental, así como las pautas y los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional*."

194. De manera similar, en materia de protección a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos despenalizados, la Sala Plena, en la Sentencia SU-096 de 2018,[268] dispuso:

> "***TERCERO.- ORDENAR*** *al Ministerio de Salud y Protección Social que, en el término de seis (6) meses, contados desde la notificación de esta providencia, emita una regulación única en la cual se garantice la interrupción voluntaria del embarazo en los casos despenalizados en la sentencia C-355 de 2006. Para el efecto, deberá aplicar y desarrollar las reglas extraídas de la jurisprudencia constitucional relacionadas en los numerales 36 al 83 de esta providencia, y los demás aspectos que considere pertinentes para la realización de dicho procedimiento en el sistema de seguridad social en salud, de manera oportuna y segura para la mujer. Dicha regulación deberá ser puesta en conocimiento de todas la EPS e IPS del país, y deberá contener las sanciones correspondientes frente a su incumplimiento*."

195. A partir de lo anterior, en la segunda parte de este análisis -al resolver el segundo problema jurídico- la Sala Primera de Revisión se ocupará de establecer, conforme al marco normativo existente, qué criterios deben atenderse, como mínimo, para efectuar priorizaciones en situaciones excepcionales con un enfoque de derechos, al amparo, entre otros principios fundamentales, del principio de no discriminación.

196. Antes de abordar tal cuestión, resta por analizar un asunto adicional en este acápite. De acuerdo con el plan de trabajo propuesto, es importante abordar si la expedición de un documento como el que se ha venido mencionado contradice o desconoce la autonomía médica -*lex artis*-. En este sentido, pese a la contradicción interna que enfrenta el argumento expuesto por el Ministerio, este es un asunto con relevancia que debe ser abordado.

197. Para ello, la Sala Primera de Revisión retomará de manera relevante lo dicho por esta Corte en la Sentencia C-313 de 2014[269] que, al analizar el principio de autonomía profesional contemplado actualmente en el artículo 17 de la Ley estatutaria de salud, indicó sus características principales. En tal sentido, lo primero que debe advertirse es que este enunciado prevé que la autonomía reconocida para adoptar decisiones sobre diagnóstico y tratamiento deben sujetarse a "*esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la*

---

[267] M.P. Alberto Rojas Ríos. SPV. Carlos Bernal Pulido.
[268] M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SV. Carlos Bernal Pulido. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SV. Cristina Pardo Schlesinger. AV. Alejandro Linares Cantillo.
[269] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. AV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle Correa. AV. Alberto Rojas Ríos. SPV. y AV. Mauricio González Cuervo. SPV y AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

evidencia científica", disposición que en las condiciones indicadas se declaró constitucional, en tanto, la autonomía profesional no es absoluta.

198. Para arribar a dicha conclusión, la Sala Plena recordó que (*i*) el ejercicio de la medicina se adelanta en un escenario en el que existe una relación de médico - paciente, autonomía profesional - autonomía del paciente, en la que el objetivo es que "*cada individuo pueda gozar efectivamente del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*", cuya lectura desde la bioética implica que *"**[e]n relación con el ejercicio médico, se considera que este se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) la capacidad técnica del médico y 2) el consentimiento idóneo del paciente.** La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación*"[270] (énfasis añadido). Agregó que (*ii*) tanto a nivel internacional como nacional, existen regulaciones sobre la autonomía médica. En el primer escenario, destacó lo establecido en la Declaración sobre la autonomía y la autorregulación profesional, expedida por la Asociación Médica Mundial, para quien éste es un principio ético esencial dirigido a garantizar la libertad del médico -de cara a emitir su opinión profesional respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes- en beneficio también del paciente; y, respecto al segundo escenario, resaltó que el artículo 105 de la Ley 1438 de 2011 lo incluía como una garantía en los términos anunciados, inscrita en las normas, principios y valores que regulan el ejercicio de la profesión.

199. A partir de lo expuesto, (*iii*) afirmó que la autonomía médica encuentra fundamento en los artículos 16 y 26 de la Constitución, esto es, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, "*sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*" y en la libertad de escoger profesión u oficio, precisando que "*los límites a esa autodeterminación resultan admisibles en la medida en que ninguno de ellos se evidencia como una intromisión arbitraria. La fuerza de la evidencia científica y la racionalidad, el peso de la ética [y] la necesidad de autorregulación resultan imprescindibles en el ejercicio de la actividad médica*" y, resalta la Sala Primera de Revisión, son presupuestos de garantía para la satisfacción de los derechos de los pacientes que se encuentran de por medio en la prestación del servicio de salud.

200. En los términos expuestos, es claro que la autonomía profesional -médica- no es absoluta y que la adecuación de una práctica -en condiciones excepcionales como las aquí estudiadas- a mandatos constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos, en la que bienes constitucionales tan caros se encuentran comprometidos, no constituye *per se* una afectación a dicho principio. Por el contrario, es una necesidad en beneficio de la misma práctica médica y, como se verá más adelante, condición de posibilidad para que el ejercicio de la medicina no genere tensiones morales indeseables en quienes sostienen directamente una relación con una persona que requiere de servicios de salud. Aunque, de manera general la Sala no puede anticipar si un criterio en particular de los que ahora no están previstos podría constituir una afectación a dicha libertad, lo cierto es que aspectos relacionados con el *cuándo*, por *quién* y *con base en qué criterios no es válido adelantar un ejercicio de priorización* no desconocen la autonomía, y, por el contrario, atienden a finalidades constitucionales superiores e imperiosas, como la garantía del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud en condiciones de igualdad y, por tanto, sin discriminación.

201. Esta conclusión, de hecho, es coherente con la existencia de la Resolución No. 5596 del 24 de diciembre de 2015, que define los criterios técnicos para el sistema de selección y clasificación de pacientes en los servicios de urgencias "Triage"; esto es, claramente para el sistema normativo -en el marco del respeto, protección y garantía de los derechos humanos- ,

[270] Cita tomada de la Sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo, fundamento jurídico N° 3.2.

la regulación de algunos criterios para la atención dl servicio de salud no es *prima facie* lesivo de la autonomía médica sino que se constituye en un imperativo a partir del cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado.

202. Superado el estudio del primer problema jurídico, a continuación, la Sala Primera de Revisión analizará los elementos previstos en las *Recomendaciones* con miras a establecer si aquellos se ajustaron o no al marco normativo que fue expuesto ampliamente.

j.3. Resolución del segundo problema jurídico*: las Recomendaciones no amenazaron directamente los derechos fundamentales invocados; sin embargo, por la relevancia de un pronunciamiento al respecto es importante precisar que la consideración de criterios de priorización fundados en el rango etario de las personas adultas mayores -sin una base científica adecuada- y la situación de discapacidad, así como de otros que de manera indirecta los reproduzcan, desconocerían los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud de grupos de especial protección constitucional.*

203. En este punto, la Sala Primera de Revisión explicará *(i)* si, de conformidad con el efecto orientador que se ha reconocido a las *Recomendaciones* en este caso, es posible afirmar que generaron una *amenaza* inmediata sobre los derechos fundamentales invocados y, *(ii)* si es posible pronunciarse sobre los aspectos que los demandantes reprocharon de las *Recomendaciones* con miras a avanzar en la determinación de la dimensión objetiva de los derechos comprometidos.

204. Parte la Sala Primera por reiterar que, conforme hasta lo aquí indicado, la caracterización de las *Recomendaciones* fue la de ser un documento orientador y no vinculante para autoridades de salud en el orden territorial. Aunado a ello, de las secretarías de salud que intervinieron en este trámite, se encuentra que *(i)* mientras, por ejemplo, las secretarías de Armenia, Barranquilla y Bucaramanga indicaron que en su jurisdicción no se realizaron ejercicios de triaje en los picos de la pandemia, dada, por ejemplo, la ampliación de las unidades de cuidado intensivo; (ii) la Secretaría de Salud de Bogotá indicó que sí se realizaron priorizaciones, precisando que, a partir de un cuestionario enviado a sesenta y ocho (68) Instituciones Prestadoras de Salud - IPS, contestado por cincuenta y ocho (58): el 34% de las IPS encuestadas (20/58) adelantaron acciones de priorización de pacientes que cumplían con determinados criterios. Respecto de la utilización de las *Recomendaciones* del Ministerio de Salud, el 47% de las IPS informó haber consultado dicho documento y utilizar los criterios APACHE 11,[271] SOFA,[272] MEWS,[273] edad, comorbilidades, expectativas de vida y el modelo de cuatro prioridades.[274] Aunado a ello, la Secretaría indicó que tanto las

---

[271] En la intervención se define este criterio de la siguiente manera: "*(Acute Physiology And Cronic Health Evaluation), surge como un sistema que permite cuantificar la gravedad de la enfermedad a través de diferentes variables fisiológicas que expresan la intensidad de la misma.*"

[272] En la intervención se define este criterio de la siguiente manera: "*Sistema de evaluación de la aparición y evolución del Fallo Multiorgánico en enfermos de UCI´s. Se emplean valoraciones de la situación de seis órganos o sistemas, y de algunos esquemas de tratamiento. Distintos trabajos han indicado su utilidad en el pronóstico, mediante evaluaciones secuenciales de la situación, a lo largo de los días de estancia del enfermo en la Unidad de Cuidados Intensivos.*"

[273] En la intervención se define este criterio de la siguiente manera: "*(National Early Warning Score) Sistema de alerta temprana para identificar pacientes agudamente enfermos*."

[274] Este modelo implica calificar el estado de salud de los pacientes en cuatro estados de prioridad, así: "*Pacientes con Prioridad Uno (1): Serán pacientes críticos e inestables. Necesitan monitorización y tratamiento intensivo que no puede ser proporcionado fuera de la UCI (ventilación mecánica invasiva o soporte cardiovascular).// Pacientes con Prioridad Dos (2): Pacientes que precisan monitorización intensiva y pueden necesitar intervenciones inmediatas. Son pacientes que no estarán ventilados de forma invasiva, pero con altos requerimientos de oxigenoterapia con Pa02/Fi02 menor de 200 o menor de 300 con fracaso de otro órgano. // Pueden requerir paliación de síntomas como parte del manejo. Pacientes con Prioridad Tres (3): Se trata de pacientes inestables y críticos que tienen pocas posibilidades de recuperarse a causa de su enfermedad de base o de la aguda. Pueden recibir tratamiento intensivo para aliviar su enfermedad aguda, pero también establecerse límites terapéuticos como, por ejemplo, no intubar y/o no intentar la reanimación cardiopulmonar. Requieren paliación de síntomas y de progresar su enfermedad pueden requerir sedación paliativa. // Pacientes con Prioridad Cuatro (4): Pacientes cuyo ingreso no está generalmente indicado debido a un beneficio mínimo o improbable por enfermedad de bajo riesgo. Pacientes cuya enfermedad terminal e irreversible hace inminente*

entidades que aplicaron criterios de priorización como aquellas que no lo hicieron pero trataron pacientes con Covid-19, sí tuvieron en cuenta la aplicación de los criterios mencionados en el auto de pruebas (como "*la condición de discapacidad, el momento de curso de vida y las comorbilidades como criterios de clasificación de riesgo y para la distribución de recursos tomando en cuenta los principios de bioética"*).[275]

205. De otro lado, por ejemplo, las secretarías de Salud de Medellín y Bucaramanga indicaron que no tenían registro, seguimiento o datos sobre rendición de cuentas por parte de los operadores de salud sobre este tipo de casos; la de Bogotá indicó que cincuenta (50), de las cincuenta y ocho (58) IPS que contestaron su encuesta, cuentan con comités de ética pero no reportan información a ningún ente de control; y otras más destacaron no haber implementado comités de ética o servicios de bioética para la resolución de casos difíciles, como la Secretaría de Salud de Cali.

206. A estos datos se suman los ya mencionados respecto de las *Recomendaciones éticas para la atención y triage de enfermos críticos durante la pandemia por Covid-19* del Grupo de Intensivistas de Antioquia (GIA) y la Alcaldía de Medellín y la *Guía para la toma de decisiones para Ingreso a UCI durante la pandemia por COVID-19* de la Clínica Foscal Internacional, que demostraron que sí consideraron dentro de los criterios de priorización en el marco de la emergencia causada por el Covid 19 algunos de los cuestionados por las personas accionantes por ser, presuntamente, discriminatorios.

207. Con fundamento en lo anterior, la primera conclusión que extrae la Sala es que, si bien los criterios referidos en las *Recomendaciones* fueron consultados, como lo acredita la Secretaría de Salud de Bogotá, la determinación de las categorías relevantes para definir los ejercicios de triaje fue consecuencia de la decisión de la autoridad que en el orden territorial ostenta competencia; por lo cual, en atención a este alcance, no es dable concluir que las referidas *Recomendaciones*, por sí mismas, impactaron los bienes constitucionales cuyo amparo se solicita. Por tal motivo, en relación con ella, que, además el Ministerio de Salud indicó que no está vigente, no se emitirá orden alguna.

208. Con todo, en atención a que *(i)* en este proceso de tutela ha quedado en evidencia el uso de los criterios cuestionados por las personas accionantes como discriminatorios, referidos además como pauta orientadora por un actor clave y principal de la institucionalidad como lo es el Ministerio, y que, en efecto, esto *amenaza* la vigencia de los derechos humanos en el marco de situaciones de emergencia; y a que *(ii)* en esta decisión se ordenará que el Ministerio adelante las actuaciones para proferir un acto, con efectos vinculantes, que regule la materia, es necesario *(iii)* promover un pronunciamiento sobre la dimensión objetiva de los derechos comprometidos, por lo cual, a continuación, se procederá a hacer referencia a la validez o no de tener en cuenta los criterios cuestionados por los accionantes, entre otros asuntos ya anunciados.

209. Respecto a este segundo punto, la Sala examinará, frente a los derechos de las personas accionantes, la sujeción a la Constitución de los criterios referidos -entre otros- en las *Recomendaciones* a través de un juicio integrado de proporcionalidad.[276] Si bien, en principio, el juicio debería operar con dos intensidades diferentes, dado que de por medio está la utilización un criterio semi sospechoso (la edad, que da paso a un juicio intermedio[277])

---

su muerte; requieren paliación de síntomas."

[275] Intervención. Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, pág. 6.

[276] No se aplicará un *juicio de igualdad* (en donde se debe (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*, (ii) definir si existe un tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles; y (*iii*) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado) dado que el problema jurídico no versa sobre la comparación entre dos grupos.

[277] El nivel de intensidad intermedio busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado, efectivamente conducente para alcanzar dicho fin y que la medida no sea evidentemente desproporcionada. Se aplica cuando: 1) la medida puede afectar el ejercicio de un derecho constitucional no fundamental; 2) existe al menos un indicio de arbitrariedad que puede afectar de manera grave la libre competencia; 3) se utilizan criterios sospechosos de discriminación, pero para favorecer a grupos históricamente discriminados. Sentencia C-029 de 2022. M.P. Diana Fajardo

y uno sospechoso (la situación de discapacidad, que implica un juicio estricto[278]), la Sala solo empleará la intensidad estricta del juicio,[279] por cuanto considera que, en el *contexto del caso* y respecto del primer criterio, la edad de las *personas mayores*, sumado a que la medida se dirigió contra un grupo de especial protección constitucional y respecto de la garantía del derecho a salud, en su faceta de accesibilidad a servicios esenciales, exige que el nivel de intensidad del juicio a emplear por esta Corte sea el más fuerte.[280]

210. Al respecto, reitera esta Sala que la Corte Constitucional ha reconocido la edad como un criterio semi sospechoso y que, bajo tal presupuesto, se analiza este asunto. No obstante, es importante advertir que en el marco de la pandemia del Covid-19 dicha calificación genera duda, en razón a que *(i)* la edad se constituyó en un criterio para limitar el acceso a un derecho fundamental y frente a una faceta esencial, y a que, además, el parámetro utilizado constituye un rasgo permanente de la persona –del que no le es posible desprenderse-. Aunado a lo anterior, *(ii)* según se prueba con la información allegada a este expediente por varios órganos de derechos humanos,[281] dicho criterio -la edad- se utilizó con el objeto de discriminar a un grupo en particular, las personas mayores. No obstante, lo cierto es que sin que exista la necesidad de ahondar en esta cuestión, tal como se mencionó previamente, el juicio de igualdad debe realizarse en la intensidad estricta dado que, además del criterio de edad, es necesario ponderar en el contexto los otros elementos enunciados en el párrafo precedente, y que llevan a concluir que, por los bienes inmersos y el sujeto destinatario, la intensidad del análisis es la más fuerte.

211. A partir de las anteriores premisas, se encuentra que, si bien la utilización de los criterios de priorización que en general se han cuestionado -relacionados directa e indirectamente con la edad y la situación de discapacidad- perseguían una *finalidad imperiosa*, consistente en, como lo indicó el Ministerio, "*responder al cambio de paradigma de atención provocado por una circunstancia excepcional de escasez de recursos específicos* (…)", dar un marco general de referencia que permitiera anticipar la deliberación en el marco de la emergencia que se presentaba por Covid-19,[282] y garantizar en mayor medida el acceso a los recursos escasos; lo cierto es que esa *medida no era necesaria* en tanto utilizó, en particular, el rango etario de las personas mayores y la situación de discapacidad como categorías de diferenciación para el acceso a servicios y tecnologías de salud escasos. Es decir, utilizó criterios sospechosos o semi sospechosos frente al acceso a un derecho fundamental como la salud y respecto a grupos de especial protección constitucional, con lo cual se genera un acto discriminatorio de carácter institucional, lo cual está prohibido.[283] A continuación, la Sala profundizará en las razones por las que considera que los criterios referidos como determinantes de la atención en salud en situaciones excepcionales no

---

Rivera. AV. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 187. Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones sobre la edad como categoría o criterio semi sospechoso (ver *supra*, acápite "h"), en ese criterio es empleado corresponde realizar un análisis intermedio.

[278] El nivel de intensidad estricto busca establecer si el fin es imperioso, el medio es necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo y los beneficios de adoptar la medida excedan las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales, valga decir, de una revisión de proporcionalidad en sentido estricto. Debe aplicarse cuando: 1) esté de por medio un criterio sospechoso de discriminación, como los previstos de manera explícita en el artículo 13 de la Constitución, en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2) se afecte a personas en condiciones de debilidad manifiesta o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados; 3) se afecte de manera grave el goce de un derecho constitucional fundamental; o 4) se cree un privilegio. Sentencia C-029 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera. AV. José Fernando Reyes Cuartas, fundamento jurídico N° 188.

[279] Metodología similar se aplicó en la Sentencia SU-109 de 2022. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. AV. Antonio José Lizarazo. AV. José Fernando Reyes Cuartas. AV. Karena Caselles Hernández (e).

[280] La Corte Constitucional ha referido que no todos los criterios de diferenciación pueden clasificarse en neutros o sospechosos, como los *"criterios problemáticos de diferenciación"* o semi sospechosos, los cuales reúnen solamente algunas (no todas) de las características que tornan un criterio sospechoso. Sentencia C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero, fundamento jurídicos N° 36.

[281] Ver *supra*, acápite "i" de las consideraciones. En el mismo sentido, en su Informe anual de 2021, la *Experta Independiente de Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad* señaló que durante la pandemia por Covid-19 se exacerbó el edadismo y la discriminación por edad. Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad. A/HRC/48/53, 4 de agosto de 2021, párr. 27.

[282] Intervención del Ministerio de Salud en sede de revisión. Ver *infra*, acápite 1 del anexo 1, respuesta a la primera pregunta.

[283] *Cfr*. Consideraciones sobre a igualdad y la prohibición absoluta de discriminación (ver *supra*, acápite "f" de las consideraciones).

superan un juicio estricto de proporcionalidad y, en esta dirección, materializan actos discriminatorios y con qué alcance.

212. Aunque se prevea, como sucedió con las *Recomendacione*s, que ninguna de las variables (como la edad, las comorbilidades, la posibilidad de supervivencia sin enfermedad, la posibilidad de supervivencia con enfermedad y la posibilidad de requerimientos prolongados del soporte), en ningún caso, debía ser el único elemento de uso para definir la priorización, lo cierto es que en el marco de la pandemia, y con la información científica disponible, la sola consideración de tales criterios como indicativos se opone a los parámetros de protección de los derechos fundamentales de personas que, por el contrario, son destinatarias de una protección que las ubique en igualdad material de condiciones, esto es, en la misma línea de partida para que sean los criterios exclusivamente médicos, objetivos y respetuosos de la igual dignidad de todas, los que determinen su acceso al servicio.[284] Esto, en consonancia con lo ilustrado por las personas accionantes[285] y la intervención en sede de revisión del *Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas* y la *Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas*;[286] así como con las consideraciones planteadas.

213. De esas consideraciones, la Sala destaca tres aspectos: (*i*) durante la situación de emergencia debe operar un enfoque basado en derechos humanos y la bioética; (*ii*) siguen vigentes los mandatos de igualdad y no discriminación, con especial énfasis en personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; y (*iii*) el acceso al derecho a la salud debe realizarse en condiciones de igualdad, incluidos los triajes o ejercicios de priorización en la asignación de recursos escasos. En este punto es necesario precisar que si bien en esta sentencia se citaron algunos pronunciamientos internacionales que no son vinculantes (específicamente, en el acápite "i", sobre los derechos a la salud y a la igualdad y no discriminación en el marco de la pandemia por Covid-19), estos son útiles para comprender el alcance de las obligaciones del Estado colombiano en relación con las personas en situación de discapacidad y de las personas mayores en ese contexto. Obligaciones que se desprenden -como explicó la Sala en detalle- de obligaciones convencionales, constitucionales y legales que sí son vinculantes.[287]

214. (*i*) *Durante la emergencia debe operar un enfoque basado en derechos humanos y en la bioética*. En su Informe de 16 de julio de 2020, el *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* destacó que un enfoque basado en los derechos humanos brinda un marco eficaz para tratar los problemas sanitarios y contribuir a hacer efectivo el derecho a la salud en epidemias, pandemias y otras crisis de salud pública. En similar sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución N° 4/20, en el entendido que los Estados debían adoptar medidas bajo los principios de igualdad y no discriminación, siendo relevantes también los documentos sobre bioética de organizaciones autorizadas. Esto concuerda con la intervención en revisión del *Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con*

---

[284] Ver *supra*, acápite "j.1." Como explicó la Sala en las consideraciones de las personas en situación de discapacidad como sujetos de especial protección constitucional (ver *supra*, acápite "g" de las consideraciones), la discriminación indirecta es en la que el acceso a los bienes y oportunidades sociales se encuentra condicionado a la evaluación de criterios neutros e imparciales, pero que por prescindir del análisis las desventajas de algunos grupos en el juego social, termina por perjudicar aquellos que atraviesan dificultades estructurales o que se encuentran en una situación de inferioridad en la vida social. En este último caso, el resultado de un curso de acción es la afectación de un grupo discriminado, aunque la asignación y distribución de bienes y oportunidades sociales actuación no se encuentre amparada en uno criterio sospechoso o prohibido.
[285] En el documento allegado el 29 de junio de 2022, durante el trámite de revisión, las organizaciones que prestan apoyo jurídico a las personas accionantes indicaron que la CIDH ha hablado del "efecto contaminador" del uso de categorías prohibidas aún con otros factores, mientras que la CorteIDH ha señalado que para que opere la discriminación, el criterio prohibido no tiene que estar presente como único elemento de la actuación que se alega discriminatoria.
[286] El Relator y la Experta señalaron que, de acuerdo con el DIDH, se viola el derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas con discapacidad y personas mayores, cuando los protocolos de triaje por Covid-19, de manera directa o indirecta, incluyen a la discapacidad, la edad, la expectativa de vida presunta o "años de vida" restantes, o presunciones sobre la calidad de vida.
[287] Ver *supra*, acápites "e", "f", "g" y "h" sobre -respectivamente- el derecho fundamental a la salud, las personas en situación de discapacidad como sujetos de especial protección constitucional y la edad como categoría o criterio semi sospechoso.

Discapacidad de Naciones Unidas y la *Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas*, quienes manifestaron que las personas con discapacidad y las personas mayores gozan de protección especial en situaciones de riesgo, y que la obligación de abstenerse de discriminar por motivos de edad, discapacidad y otros factores, continúa vigente durante una emergencia.

215. (*ii*) *Siguen vigentes los derechos de igualdad y no discriminación, en particular, de las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad*. Dado su carácter absoluto, la no discriminación no puede ser restringida ni limitada, por lo que opera en todo tiempo. Específicamente en relación con las personas adultas mayores y las personas en situación de discapacidad, ello se desprende -según se vio en las consideraciones- de diferentes instrumentos vinculantes y no vinculantes, tales como (*i*) la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Constitución Política (artículo 13), las leyes 1251 de 2008, 1618 de 2013 y 1751 de 2015, así como de (*ii*) los principios de la bioética, contenidos o reiterados en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, la Declaración Conjunta del Comité Internacional de Bioética (CIB) de la UNESCO y la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO (de 6 de abril de 2020), y en las leyes 23 de 1981 y 1164 de 2007.

216. (*iii*) *El acceso al derecho a la salud debe realizarse en condiciones de igualdad, incluidos los triajes o ejercicios de priorización en la asignación de recursos escasos*. En particular, respecto al acceso al derecho en condiciones de igualdad se encuentran las leyes 1618 de 2013 y 1751 de 2015, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

217. Sobre esto, en los pronunciamientos no vinculantes -pero surgidos en el contexto de la pandemia por Covid-19 y relevantes para la comprensión de los derechos- se encuentran los de (iii.1.) la *Relatora Especial sobre los Derechos de Personas con Discapacidad de la ONU* (17 de marzo de 2020), quien sostuvo que los Estados deben establecer protocolos para emergencias de salud pública a fin de garantizar que, cuando los recursos médicos y sanitarios sean limitados, las personas en situación de discapacidad no sean discriminadas en el acceso a la salud; (iii.2.) la *enviada especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad* y la *experta independiente de Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad* (27 de abril de 2020), quienes refirieron que la correcta aplicación del triaje no admite criterios de selección o 'racionalización' de las vidas humanas, con vínculo a la discapacidad o edad de una persona, y que toda persona con discapacidad y toda persona mayor infectada con Covid-19 tiene derecho a acceder a unidades de cuidados intensivos en igualdad de condiciones con las demás, por cuanto "[*l*]*a vida de toda persona tiene igual valor*"; y (iii.3.) la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que con las directrices de 30 de abril de 2020 recomendó a los Estados que prohíban la denegación de tratamientos por motivos de discapacidad, derogando las disposiciones que impidan el acceso a la atención en salud de esas personas, incluyendo los protocolos para la asignación de recursos escasos.

218. Con lo anterior se refuerza la idea inicialmente expuesta, acerca de que en la prestación de servicios y en el acceso a tecnologías de salud escasos no podrían considerarse, frente a ejercicios de priorización y como criterio de acceso, la edad de las personas adultas mayores -sin un criterio científico que acompañe el trato- o la situación de discapacidad de una persona, ya sea de manera directa o indirecta, esto es, en el último caso, a partir de criterios que, en principio neutrales, afectan con especial intensidad a dichos sectores de la población.

219. Las personas accionantes y algunos intervinientes, por el contrario, plantearon que el criterio que podría ser adecuado para el manejo de priorizaciones en situaciones de escasez

es: la ***mayor posibilidad de supervivencia a corto plazo***.[288] No obstante, la Sala precisa que este aspecto lo menciona de cara a destacar algunas de las intervenciones, pero que no le corresponde prever anticipadamente cuál es el que debe primar puesto que esto será definido en el respectivo escenario esencialmente participativo y público, garante también de la autonomía médica. Por ahora, lo que corresponde a la Corte es establecer aquello que, además a partir de la información científica relevante, está proscrito por ir en contravía de los mandatos constitucionales y de derecho internacional.

220. En este orden, el *Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas* y la *Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas*, en la intervención presentada a la Corte Constitucional sostuvieron que (*i*) el criterio de *mayor posibilidad de supervivencia a corto plazo* se justifica porque fundar la decisión de priorización en la suposición, basada sobre la calidad de vida, de que a una persona mayor le quedan menos años de vida que a una más joven es arbitrario e ilegítimo; (*ii*) se desconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas en situación de discapacidad y personas mayores cuando los protocolos de triaje por Covid-19, de manera directa o indirecta, incluyen la discapacidad, la edad, la expectativa de vida presunta o *"años de vida"* restantes, o presunciones sobre la calidad de vida; y (*iii*) las evaluaciones sobre la supervivencia a largo plazo o los años de vida restantes basados en la edad o la discapacidad son arbitrarias, tienen su origen en juicios arbitrarios y erróneos sobre las perspectivas de vida de las personas en situación de discapacidad y las personas mayores y están prohibidas por el DIDH.

221. En el mismo sentido intervinieron el Instituto en Bioética de la Universidad Javeriana[289] y la Universidad EAFIT[290] que expresaron, respectivamente, que varios expertos en bioética han enfatizado la importancia de salvar más vidas, dando prioridad a los pacientes que tienen las mejores posibilidades de recuperación en el corto plazo, y que el uso de criterios como la supervivencia a largo plazo conlleva de manera implícita una discriminación no justificada por la edad o la situación de discapacidad.

222. La Sala comparte que un criterio que se base en la *supervivencia a largo plazo* o similares sí es discriminatorio, porque, impacta de manera diferencial a grupos tales como los adultos mayores -sin tener soporte científico alguno- y las personas en situación de discapacidad.[291]

223. En su intervención, el *Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas* y la *Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas*, además de lo recién expuesto, recomendaron evitar el uso de criterios basados en la visión de un médico sobre la capacidad de supervivencia a largo plazo, ya que estos constituyen un ejercicio inadecuado e ilegítimo de la autonomía médica.

---

[288] Las personas accionantes también se refirieron a la *"supervivencia a corto plazo o inmediata",* mientras que algunos intervinientes o expertos hablan sobre *"mejores posibilidades de recuperación en el corto plazo"* (Instituto en Bioética de la Universidad Javeriana), *"perspectivas de éxito de la intervención sanitaria"* (Luigi Ferrajoli), *"supervivencia en el plazo inmediato"* (Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas), o *"la necesidad clínica y la efectividad del tratamiento"* (Declaración conjunta del Comité Internacional de Bioética (CIB) de la UNESCO y la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO (6 de abril de 2020): "[*e*]*n el caso de la selección de pacientes cuando hay escasez de recursos, debe primar la necesidad clínica y la efectividad del tratamiento.*"

[289] "(…) *diferentes expertos en bioética como Emanuel Ezequiel, Douglas B. White, Nancy Berlinger, entre otras, han brindado pautas y marcos éticos para la asignación de recursos y triage de pacientes durante la pandemia de Covid-19. Sobre la base de marcos éticos anteriores para las crisis de salud pública, la mayoría de estos autores han enfatizado la importancia de salvar más vidas, dando prioridad a los pacientes que tienen las mejores posibilidades de recuperación en el corto plazo. Así, se ha propuesto un enfoque que combina más de un factor, a saber, salvar el mayor número de vidas y dar importancia a todas las etapas de la vida.*"

[290] La supervivencia a corto plazo corresponde al criterio más respetuoso de la igualdad, ya que "*el uso de criterios como la supervivencia a largo plazo conlleva de manera implícita una discriminación no justificada por la edad*."

[291] En este contexto, y dado que antes ya se han mencionado los elementos que permiten desvirtuar el uso de categorías discriminatorias que de manera directa generan impacto en el derecho a la igualdad, no se abundará en mayores razones.

224. De igual modo, la *Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de las Naciones Unidas* en su Informe de 21 de julio de 2020 señaló que el DIDH prohíbe retener o denegar tratamiento médico en función de la edad o el valor social, por lo que los procedimientos de triaje deben estar en consonancia con los principios de derechos humanos. Lo anterior, se desconoce con el criterio de la *supervivencia a largo plazo*, para lo cual puso un ejemplo: cuando se da la máxima prioridad a los niños y a los adultos de hasta 49 años de edad, considerando de menor prioridad a las personas de entre 60 y 85 años se edad. La Universidad EAFIT[292] y Dejusticia[293] también intervinieron en ese mismo sentido.

225. Por lo hasta ahora expuesto, el uso de las categorías que se han venido estudiando, en particular el rango etario y la situación de discapacidad -de manera directa o indirecta, por ejemplo, a través del criterio de *la mayor supervivencia a largo plazo*- son criterios discriminatorios. Ahora bien, las personas accionantes también estimaron que las pautas establecidas en las *Recomendaciones* del Ministerio de Salud, por ejemplo, vulneraban los derechos fundamentales de las personas con condiciones de salud diferentes al Covid-19. No obstante, de acuerdo con los fundamentos de esta providencia y las intervenciones presentadas en sede de revisión,[294] no hay un criterio suficiente que le permita a la Sala establecer que la condición de salud -por supuesto, diferente y alejada de una situación de discapacidad antes analizada- no pueda ser tomada en cuenta al momento de efectuar los ejercicios de priorización o que ello constituya un criterio *per se* discriminatorio, pero estima que esa condición no podría materializar una posición que reproduzca, aunque veladamente, criterios discriminatorios lesivos de la igual dignidad de todas las personas.

226. En conclusión, encuentra la Sala que criterios fundados en la edad -sin evidencia científica alguna- y en la situación de discapacidad, previstos de manera directa o tras medidas aparentemente neutrales, son contrarios a los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación y a la salud.

227. Por otra parte, en relación con la parte final del segundo problema jurídico formulado (la necesidad de que un protocolo en este sentido precise cuándo habría lugar a adelantar ejercicios de priorización y a cargo de quién -*supra*, párrafo 87) la Sala Primera estima lo siguiente.

228. Como fue reseñado en el primer acápite y mencionado al resolver el primer problema jurídico (*supra*, acápites "j.1." y "j.2.", respectivamente), las personas accionantes cuestionaron la omisión del Ministerio al no establecer un protocolo vinculante en la materia, el cual debió ser adoptado de forma participativa y transparente, previendo mecanismos de fiscalización y adoptando criterios no discriminatorios en relación con las directrices de los ejercicios de priorización. Esa omisión, agregaron, ha permitido la aplicación de estándares fragmentados y el uso de categorías sospechosas. Esto también fue advertido de manera expresa por diferentes intervinientes.[295] Sobre el último punto controvirtieron, como ya fue

---

[292] Agregó que de ninguna manera pueden considerarse criterios como "*la edad, mayor esperanza de vida con mayor 'calidad' de vida, supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada, contribuciones a la sociedad de la persona enferma, entre otros*", los cuales terminan por asignar un mayor valor a ciertas vidas que otras y a no considerar a cada ser humano como un fin en sí mismo.

[293] Criterios como la edad o la capacidad de las personas pueden llevar a "*formalizar una visión utilitaria de la vida, donde se prioriza la vida de las personas jóvenes sobre aquellas con discapacidad o mayores.*"

[294] En su intervención, la Coalición Colombiana por la Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sostuvo que también resultaba problemática la existencia de criterios que contengan dictámenes basados en "*que contengan dictámenes basados en, bien sea la existencia de comorbilidades que afecten la expectativa de vida del individuo, o el estudio de la funcionalidad, cognición y dependencia de otras personas para valerse por sí mismos, los cuales ignoran por completo la capacidad del individuo de superar el COVID-19.*" Por su parte, sobre el acceso a la salud, en la Resolución N° 4/20 la CIDH determinó que "[*u*]*na diferencia de trato es contraria al derecho internacional cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Ello es aplicable, incluso en el tratamiento médico respecto de las personas que tienen condiciones médicas o enfermedades que hayan sido ocasionadas o se vean agravadas por la propia afectación por el virus*."

[295] Instituto en Bioética de la Universidad Javeriana, Coalición Colombiana por la Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Grupo de Litigio Estratégico Carlos Gaviria Díaz de la Universidad

mencionado, las guías adoptadas por el Grupo de Intensivistas de Antioquia (GIA) y la Alcaldía de Medellín, y la Clínica Foscal Internacional.

229. La existencia de parámetros disímiles o la aplicación de criterios distintos también se evidencia en las respuestas de algunas de las secretarías de salud que fueron requeridas en sede de revisión y ya se mencionaron en esta providencia. En particular, en cuanto al seguimiento realizado a la aplicación de criterios, traslados o ejercicios de priorización, la Secretaría de Salud de Medellín indicó que no cuenta con mecanismos al respecto, mientras que la Secretaría de Bogotá señaló que en ese Distrito sí existen mecanismos de rendición de cuentas y fiscalización. Sobre si las IPS cuentan con comités de bioética, la Secretaría de Barranquilla respondió que no, mientras que otras secretarías contestaron afirmativamente: Medellín, Bogotá (el 86% de las IPS que atendieron su consulta), y Bucaramanga. Esta última destacó que todas sus IPS cuentan con comités de ese tipo, en cumplimiento del Decreto 1757 de 1994.[296]

230. De esta manera, como enfatizó la Sala al resolver el primer problema jurídico, es necesario que existan parámetros mínimos uniformes para todo el país, lo cual también contribuye a que las personas puedan recibir un trato igualitario, en el sentido de contar con las mismas directrices frente a situaciones de hecho idénticas.

231. En primer lugar, porque el país debe estar preparado frente a nuevos escenarios de la magnitud de la pandemia por Covid-19, en los que surja otra vez la necesidad de realizar ejercicios de priorización en la asignación o en el acceso de servicios y tecnologías de salud escasos. Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Declaración de 9 de junio de 2020) advirtió que es necesario que los Estados tomen las medidas necesarias para prevenir y responder a futuras emergencias de salud pública, garantizando que *'nadie se quede atrás'*.[297] En segundo lugar, porque la escasez y necesidad de priorización puede darse en situación de *"normalidad"*,[298] sin perjuicio de la responsabilidad del Estado de propender por garantizar la disponibilidad de recursos en todo momento.

232. Este mismo tipo de razonamiento fue el que llevó a la Sala Plena a dictar órdenes relacionadas con la política pública en educación en la Sentencia SU-032 de 2022, expuesta en el acápite de la carencia actual de objeto.[299] En particular, la Sala Plena señaló que el Estado tiene el deber de establecer políticas de prevención ante situaciones de calamidad pública como las pandemias, debido al derecho de la sociedad a no padecer los efectos dañosos generados por las calamidades públicas derivadas de las pandemias o de los desastres naturales.[300]

233. Por lo tanto, frente a la omisión del Ministerio de Salud, y el impacto que tiene en los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud de toda la población, la Sala considera necesario que esa entidad expida un documento que contenga los criterios de priorización para la asignación y el acceso a recursos médicos y sanitarios escasos. La

---

Industrial de Santander, Dejusticia y el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad ICESI. En particular, este último interviniente advirtió que la falta de criterios claros en la regulación del "triaje ético" implicó la discriminación de las personas en situación de discapacidad y las personas de la tercera edad, por cuanto algunas IPS incluyeron criterios como la "*funcionalidad social*" o "*la vida más allá de los 10 años*."

[296] Esta norma fue reseñada por la Sala. Ver *supra*, acápite "e" de las consideraciones, sobre el derecho fundamental a la salud.

[297] Ver *supra*, acápite "i" de las consideraciones.

[298] Intervención del Grupo de Litigio Estratégico Carlos Gaviria Díaz de la Universidad Industrial de Santander.

[299] Ver *supra*, acápite "c" de las consideraciones.

[300] Sentencia SU-032 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. AV. Alejandro Linares Cantillo. AV. Alberto Rojas Ríos, fundamentos jurídicos N° 258 a 271. Respecto del caso que estudió, el Pleno de la Corte concluyó que "[*l*]*o acontecido en el marco de la pandemia de la COVID-19 y los déficits de protección que se han generado en distintos ámbitos del derecho a la educación, debido a las dificultades y barreras que se han generado, demuestra la necesidad de que las autoridades formulen la política pública que permita garantizar las condiciones de permanencia, de presencialidad en la educación, y que, simultáneamente, establezca alternativas de educación, como la virtual u otra no presencial, que puedan permitir resolver casos de excepcionalidad y al mismo tiempo de enriquecer el proceso educativo*."

orden y el término para su cumplimiento serán explicados en el siguiente acápite (ver *infra*, acápite "k.").

234. Que el Ministerio de Salud adopte un documento también tiene grandes ventajas, como la claridad que dará a todos los prestadores del servicio y a las personas, quienes también recibirán un trato igualitario, como recién fue explicado. Además, porque contribuirá a reducir el estrés y la carga emocional al que se pueden ver sometidos los profesionales de la salud.[301] Es necesario tener presente, como la Sala lo dilucidó al resolver el primer problema jurídico, que el establecimiento de criterios orientadores de priorización no es contrario a la autonomía médica, la cual no es absoluta y debe guiarse tanto por la ética y la bioética, como por los derechos de las personas[302] (v.gr. en ejercicio de la profesión no podrían cometerse conductas discriminatorias).

235. Ahora bien, el remedio no solo es recomendable, sino que es necesario por cuanto el Estado tiene la obligación de prevenir y erradicar toda forma de discriminación, en particular, respecto de adultos mayores y personas en situación de discapacidad tal como se desprende de diferentes instrumentos o pronunciamientos (vinculantes[303] y no vinculantes[304]). La Sala destaca que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad determina que los Estados deben promulgar normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado, e impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud por motivos de discapacidad.[305] A nivel interno, el ordenamiento también impone que el Estado debe adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud en igualdad de trato. En particular, el acceso a ese derecho sin discriminación y garantizando el acceso a la información, como lo refieren la Ley 1751 de 2015.[306]

236. Ligado a lo anterior, el Estado también tiene el deber de evitar que los particulares (v.gr. las instituciones prestadoras de salud e incluso los profesionales de la salud) discriminen a las personas adultas mayores o a las personas en situación de discapacidad. Así se deriva de las obligaciones internacionales[307] e internas[308] del Estado. Esto es, además,

---

[301] Tal como lo sostuvieron la ONG Sinergias – Alianzas Estratégicas para la Salud y el Desarrollo Social y el Instituto en Bioética de la Universidad Javeriana. Este último interviniente señaló que "*la existencia de guías de práctica clínica o lineamientos específicos y que sean ampliamente discutidos y socializados con la comunidad médica para orientar el actuar médico en momentos de crisis y priorización de recursos no es contrario a la autonomía médica, sino que en realidad orientan la buena práctica médica, en cuanto sean el fruto de un consenso adecuadamente logrado alrededor de un tema particular*."

[302] Tal como refirieron las personas accionantes y varias de las intervinientes: el Instituto en Bioética de la Universidad Javeriana, el Grupo de Investigación en Ética y Bioética de la Universidad Pontificia Bolivariana, la Maestría en Biodereсho y Bioética de la Universidad del Rosario y el Grupo de Litigio Estratégico Carlos Gaviria Díaz de la Universidad Industrial de Santander.

[303] La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos allí reconocidos, lo que incluye modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbre y prácticas que sean discriminatorias. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece que los Estados deben adoptar medidas para prevenir sancionar y erradicar prácticas como tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados.

[304] La Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO señala que los Estados deben "*adoptar todas las disposiciones adecuadas, tanto de carácter legislativo como administrativo o de otra índole, para poner en práctica los principios enunciados* (…)*, conforme al derecho internacional relativo a los derechos humanos.*" En su pronunciamiento de 27 de abril de 2020, la *Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad* y la *Experta Independiente de Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad* se refirieron a que (*i*) ser persona con discapacidad o ser persona mayor no será una condición o determinante para negar u omitir su acceso a cuidados intensivos, por lo que "[*n*]*inguna normativa nacional podrá amparar estas denegaciones u omisiones*"; y (*ii*) la denegación u omisión puede calificarse como discriminación por motivo de discapacidad o por edad en la vejez, de acuerdo con los tratados internacionales en la materia, y puede calificarse como trato cruel e inhumano.

[305] CDPD, artículo 25. *Cfr.* Ley 1346 de 2009, artículo 25.

[306] Ver *supra*, acápite "e" de las consideraciones, sobre el derecho fundamental a la salud.

[307] La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad determina que los Estados deben tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad. Aunque no es un documento vinculante, la Declaración conjunta del Comité Internacional de Bioética (CIB) de la UNESCO y la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO (6 de abril de 2020) llama la atención sobre reconocer las responsabilidades colectivas en materia de protección de personas vulnerables y la necesidad de evitar toda forma de estigmatización y discriminación.

[308] Ley 1251 de 2008 señala que la sociedad civil tiene -entre otros- el deber de no aplicar criterios de discriminación y exclusión social en las acciones que adelanten. A su vez, la Ley 1618 de 2013 determina que las Entidades Prestadoras de

una manifestación de la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales que, esencialmente, hace alusión a la aplicación de esos derechos en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte)*.[309] Por tanto, es indispensable que en la elaboración del documento el Ministerio de Salud tenga en cuenta ciertos criterios que se derivan de obligaciones convencionales, constitucionales y legales del Estado, ligadas a las recomendaciones que los diferentes organismos de derechos humanos profirieron durante la pandemia del Covid-19.

j.3.1. Cuestiones generales

237. El documento debe tener carácter vinculante (i.e. fuerza material de acto administrativo) por dos motivos: (*i*) porque como lo mencionaron las personas accionantes y algunos intervinientes,[310] por carecer de esa característica, las *Recomendaciones* del Ministerio derivaron en la expedición de múltiples protocolos disímiles para reglamentar los ejercicios de priorización; y (*ii*) para que tenga la posibilidad de ser controlado judicialmente.[311]

238. Frente a las preocupaciones expresadas por el Ministerio durante el trámite, es necesario aclarar que el documento no debe prever la solución de todos los casos de manera "algorítmica"[312] ni generar estándares generales vinculantes para patologías específicas o grupos de patologías.[313] El documento, como lo mencionaron las personas accionantes y Dejusticia, no pretende ser una lista de chequeo ni generar criterios rígidos para la toma de decisiones éticas complejas, sino una forma de garantizar "*unos mínimos desde los derechos humanos y desde el método de la bioética, buscando así prevenir toma de decisiones fragmentadas, caprichosas y evitar que se usen criterios que son problemáticos y altamente discriminatorios para poblaciones históricamente discriminadas*",[314] por lo que debe establecer los lineamientos sobre los criterios de priorización en la atención en salud en casos de sobredemanda, respetando garantías mínimas de derechos humanos, y los elementos requeridos para saber cuándo y quién aplica los mismos criterios. En síntesis, el propósito del documento es establecer un marco técnico, ético y jurídico general con enfoque bioético y de derechos humanos en escenarios en los que deban adelantarse ejercicios de priorización por la escasez de recursos.

239. Sobre lo anterior es importante aclarar que la Corte no es, ni debe ser, la competente para establecer ese marco técnico, ético y jurídico general, ya que es necesario un espacio amplio para la ponderación de los dilemas que, si bien parte de esta sede judicial debe dar lugar a reivindicar al máximo la práctica médica y la participación de la institucionalidad y, en el máximo posible atendiendo a la urgencia de contar con dicho instrumento, de las personas que pueden verse afectadas. El papel de la Corte, en este caso, es el de establecer un límite claro: la prohibición de considerar, en particular cuando no se cuenta con criterios técnicos y científicos respecto de la edad, criterios sospechosos o semi sospechosos en los

---

Servicios de Salud deben garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios, y eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad.

[309] Esta es una doctrina alemana -que literalmente traduce "*efecto frente a terceros de los derechos fundamentales*"-, que tuvo origen jurisprudencial a raíz del pronunciamiento del 15 de enero de 1958 del Tribunal Constitucional alemán en el caso Lüth (en 1951 el cineasta Veit Harlan demandó a Erich Lüth -presidente de la Asociación de Prensa de Hamburgo- por boicotear su película "La amada inmortal", debido al apoyo que había prestado al régimen nacionalsocialista. La justicia ordinaria condenó a Lüth al pago de los perjuicios causados, decisión frente a la cual instauró un recurso de amparo, llegando el caso al Tribunal Constitucional alemán, el cual protegió el derecho a la libertad de expresión del Lüth). Sobre de esta doctrina, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. Ver en detalle: Sentencia T-532 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 118, nota al pie N° 237.

[310] Universidad EAFIT y Dejusticia.

[311] Como la Resolución 5596 de 2016, que regula lo atinente a los criterios técnicos para el Sistema de Selección y Clasificación de pacientes en los servicios de urgencias 'Triage'.

[312] Respuesta del Ministerio de Salud a la acción de tutela. Ver *supra*, acápite "c" de los antecedentes.

[313] Respuesta del Ministerio de Salud en sede de revisión. Ver *infra*, acápite 1 del anexo 1.

[314] Pronunciamiento de las personas accionantes de 28 de junio de 2022, pág. 6.

ejercicios de priorización para que no haya actos de discriminación[315] y criterios que, pese a lucir neutrales, reproducen aquellos, dado que también resultan discriminatorios.[316]

j.3.2. Quiénes y en qué momento deben utilizar criterios de priorización

240. En el documento, se deberá establecer quiénes serán las personas encargadas de realizar ejercicios de priorización, y en qué clase de momentos deben hacerlo. También debe propender porque las decisiones no sean tomadas por una sola persona. Sobre eso, varios intervinientes y expertos destacaron que en los casos difíciles debe existir un mecanismo de consulta, como los comités de bioética.[317] En todo caso, como se consignó en las consideraciones sobre el derecho fundamental a la salud,[318] varias normas nacionales ya abordan el asunto.

241. La Ley 23 de 1981 determina que "[*c*]*uando la evolución de la enfermedad así lo requiera, el médico tratante podrá solicitar el concurso de otros colegas en Junta Médica, con el objeto de discutir el caso del paciente confiado a su asistencia* (…)." La Ley 1751 de 2015 dispone que cuando haya "*conflictos o discrepancias en diagnósticos y/o alternativas terapéuticas generadas a partir de la atención, serán dirimidos por las juntas médicas de los prestadores de servicios de salud o por las juntas médicas de la red de prestadores de servicios de salud, utilizando criterios de razonabilidad científica*." De particular importancia es el Decreto 1757 de 1994, que previó la creación de *comités de ética hospitalaria* en las instituciones prestadoras de salud. Por tanto, el Ministerio de Salud debe promover el cumplimiento de esas normas, y anticipar qué deberían hacer los profesionales de la salud cuando deban adelantar ejercicios de priorización y no cuenten con un comité de bioética disponible.

j.3.3. Información y rendición de cuentas

242. El Ministerio de Salud, en el protocolo que deberá proferir, no puede dejar de lado el control de la información sobre la realización de ejercicios de priorización, especialmente para que haya rendición de cuentas. Ello, salvaguardando la reserva de los datos personales y la confidencialidad de la historia clínica.[319] Varios instrumentos internacionales -no vinculantes- destacan la importancia del derecho a la información y rendición de cuentas en relación con el derecho a la salud.[320] Por su parte, en Colombia el Decreto 1757 de 1994 determina que los mencionados comités de ética hospitalaria (que funcionan en las IPS) tienen el deber de "[*l*]*levar un acta de cada reunión y remitirlas trimestralmente a la Dirección Municipal y Departamental de Salud.*" A su vez, la Ley 1751 de 2015 consagra que las personas tienen derecho a obtener información clara, apropiada y suficiente, y que debe existir una política para el manejo de la información en salud.[321]

---

[315] Como considerar, directa o indirectamente, a las personas adultas mayores o a las personas en situación de discapacidad, entre otras categorías sospechosas o semi sospechosas.
[316] Ver *infra*, acápite "j.3.".
[317] Por ejemplo, en la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO se recomienda a los Estados que creen, promuevan y apoyen comités de bioética para evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones, y fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.
[318] Ver *supra*, acápite "e" de las consideraciones.
[319] El Grupo de Investigación en Ética y Bioética de la Universidad Pontificia Bolivariana destacó que si bien es un documento privado, puede ser objeto de auditorías.
[320] La Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO recomienda que los Estados promuevan una evaluación y una gestión apropiadas de los riesgos relacionados con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas. En el Informe de 16 de julio de 2020, el *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* indicó que las políticas sanitarias, como las respuestas al Covid-19, deben regirse por los principios asociados de igualdad, no discriminación, participación, transparencia y rendición de cuentas. En el mismo sentido, la CIDH (en la Resolución N° 4/20) señaló que los Estados deben "*reconocer y garantizar el derecho a recibir una prestación adecuada de los servicios de salud mediante un marco normativo y protocolos de atención y tratamiento con parámetros claros de atención. Asimismo, deben* (…) *mantener mecanismos de supervisión y fiscalización de las instituciones de salud y cuidado, facilitando canales sencillos de presentación de quejas y solicitudes de medidas de protección urgente relacionadas, investigando y dando respuestas a las mismas*."
[321] Ver *supra*, acápite "e" de las consideraciones.

j.3.4. Agotar otras opciones antes de adelantar ejercicios de priorización

243. Sobre este punto, la CIDH recomendó que los Estados garanticen la suficiencia de recursos y la posibilidad del traslado oportuno a centros sanitarios que sí cuenten con capacidad. Esto, implica que los ejercicios de priorización deben ser la última opción. Al respecto, le asiste la razón al Ministerio de Salud[322] al señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano esa posibilidad ya está prevista con el sistema de referencia y contrarreferencia. Incluso, esa entidad explicó que, durante la pandemia por Covid-19, el Decreto legislativo 538 de 2020 (Art. 4) estableció la gestión centralizada de las Unidades de Cuidado Intensivo (UCI) y de las Unidades de Cuidado Intermedio a cargo de las entidades territoriales, por medio de los Centros Reguladores de Urgencias, Emergencias y Desastres (CRUE) los cuales -junto con las EPS- son los que coordinan el traslado de pacientes de acuerdo con la disponibilidad de UCI en los municipios, departamentos o el país.[323] Sobre esa norma, la Corte destacó que la remisión a esas unidades "*no puede dejarse a la libre discreción de los funcionarios o entidades del Estado, como podría llegar a desprenderse del artículo 4º*."[324] También es imperativo advertir que, incluso en aquellos casos en los que una persona no es priorizada, el Estado debe garantizar la prestación de un servicio de salud que le permita, en condiciones de dignidad, afrontar la situación de enfermedad por la que atraviesa.

j.3.5. El documento debe ser revisado periódicamente

244. Una recomendación de los intervinientes[325] y de los organismos internacionales[326] es que el marco normativo y los protocolos de atención sean constantemente revisados y actualizados.

j.3.6. Debe garantizarse la participación de las personas y organizaciones. También es recomendable acudir a los órganos consultivos y a los expertos

245. (*i*) *El Ministerio debe garantizar, al máximo de las posibilidades en atención a la necesidad de contar oportunamente con el protocolo, un proceso participativo y, por supuesto, transparente*. Dentro de las obligaciones del Estado también se encuentran la de hacer efectiva la participación de las personas en relación con el derecho a la salud (Ley 1751 de 2015), lo que se acentúa tratándose de personas adultas mayores y de las personas en situación de discapacidad, así como de las organizaciones que las representan.[327] En la elaboración del documento, el Ministerio debe cumplir al máximo de las posibilidades con esa garantía de participación, de acuerdo con las siguientes observaciones.

---

[322] De acuerdo con la Ley 100 de 1993 (parágrafo 5° del artículo 162), las EPS deben establecer un sistema de referencia y contrarreferencia "*para que los accesos a los servicios de alta complejidad se realicen por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias*." Ver *infra*, acápite 1 del anexo 1, respuesta a la séptima pregunta.
[323] Ver *supra*, acápite "c" de los antecedentes, respuesta del Ministerio de Salud a la acción de tutela.
[324] "(…) *la Sala comprende que, en el nivel territorial y en caso de alta demanda de camas en unidades de cuidados intensivos e intermedios, sean los Centros Reguladores de Urgencias, Emergencias y Desastres -CRUE- los que tengan a su cargo la coordinación centralizada de la oferta correspondiente, permitiendo que el CRUE del caso defina el prestador a donde deben remitirse los pacientes que requieran de servicios de salud en dichas unidades de cuidado, sin la necesidad de acudir a la autorización ordinaria por parte de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) o las Entidades Obligadas a Compensar (EOC). Para la Sala, la coordinación centralizada por parte de las CRUE territoriales propende porque la asignación de camas en unidades de cuidados intensivos e intermedios se rija por criterios de razonabilidad y eficiencia en un momento en donde la infraestructura hospitalaria aún no se encuentra en el nivel necesario para atender con holgura la demanda que, según se estima, requerirá la atención de pacientes contagiados de COVID-19*." Sentencia C-252 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. SPV. Antonio José Lizarazo Ocampo. SPV. Cristina Pardo Schlesinger, fundamento jurídico N° 37.4.
[325] Maestría en Bioderecho y Bioética de la Universidad del Rosario.
[326] CIDH, Resolución N° 4/20 de 2020.
[327] Este aspecto fue puesto de presente por varios intervinientes: El Instituto en Bioética de la Universidad Javeriana, la Coalición Colombiana por la Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Dejusticia y Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de Naciones Unidas. En particular, el Relator y la Experta expresaron que cuando los protocolos se promulgan de manera no transparente, en ausencia de aportes de las partes interesadas, lesionan los estándares establecidos en el DIDH. Esto, porque la toma de decisiones con respecto a la adopción de protocolos de triaje médico está sujeta a notificación, información, consulta y transparencia en el proceso. En particular, debe consultarse a las personas particularmente afectadas por los estándares de atención de crisis.

246. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone que, en la elaboración y aplicación de legislación y políticas, y en los "*procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad (...) a través de las organizaciones que las representan.*" La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores determina que los Estados deben promover la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación de ese tratado. Reitera que las personas adultas mayores tienen derecho a la participación e integración comunitaria, debiendo el Estado crear y fortalecer mecanismos de participación para erradicar prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de los derechos.[328] En el mismo sentido se refieren otros documentos no vinculantes.[329]

247. El ordenamiento jurídico colombiano también prevé una amplia garantía de participación en asuntos de salud y sobre la participación de las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad.

248. La Ley 1751 de 2015 contempla el derecho de las personas a participar en las decisiones adoptadas por los agentes del Sistema de Salud que la afectan o interesan, lo que incluye su participación en la formulación de la política de salud así como en los planes para su implementación, las instancias de deliberación, veeduría y seguimiento del Sistema, las decisiones de inclusión o exclusión de servicios y tecnologías, los procesos de definición de prioridades de salud, las decisiones que puedan significar una limitación o restricción en las condiciones de acceso a establecimientos de salud, y la evaluación de los resultados de las políticas de salud.[330]

249. Sobre las organizaciones que representan a las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad, las leyes 1251 de 2008 y 1618 de 2013 establecen la creación de, respectivamente, el Consejo Nacional del Adulto Mayor (como órgano consultivo del "*Ministerio de la Protección Social*" de carácter permanente), y de un mecanismo independiente para la promoción, protección y supervisión del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Adicionalmente, la Ley 1618 de 2013 consagra que el Ministerio de Salud y Protección Social, como líder del Sistema Nacional de Discapacidad (*Cfr*. Ley 1145 de 2007), debe establecer el enlace de los mecanismos gubernamentales con el mecanismo independiente de Promoción, Protección y Supervisión del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad previsto en esa norma.[331]

250. (*ii*) *El Ministerio de Salud debe acudir a algunos de sus órganos consultivos y a expertos*. Como la Sala mencionó en las consideraciones sobre el derecho fundamental a la salud,[332] el Decreto 1101 de 2001 creó la Comisión Intersectorial de Bioética (CIB) "*como órgano consultivo y asesor del Gobierno Nacional adscrito al Ministerio de Salud*" y la Ley

---

[328] Ver *supra*, acápites "g" y "h" de las consideraciones.
[329] La Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO refiere que en la adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas se debe entablar un diálogo permanente entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto, así como promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado, en el que se expresen todas las opiniones pertinente. En el marco de la pandemia, también se manifestaron de manera similar el Presidente del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Enviado Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad (declaración conjunta de 1 de abril de 2020), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (directrices de 30 de abril de 2020), y la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de las Naciones Unidas (*Informe* de 21 de julio de 2020). Ver *supra*, acápite "i" de las consideraciones.
[330] Ley 1751 de 2015, artículo 12.
[331] De igual manera, la Ley 1618 de 2013 prevé el funcionamiento de organizaciones que representen a las personas con discapacidad ante instancias locales, nacionales e internacionales para su efectiva participación de todas las decisiones que las afectan, las cuales tienen "*el derecho y el deber del control social a todo el proceso de la gestión pública relacionada con las políticas, los planes, los programas, los proyectos y las acciones de atención a la población con discapacidad Para tal efecto, podrán constituir veedurías ciudadanas*", veedurías que deben ser promovidas por el Gobierno Nacional a través de sus Ministerios.
[332] Ver *supra*, acápite "e" de las consideraciones.

1164 de 2007 creó el Consejo Nacional del Talento Humano en Salud, como un organismo asesor del Gobierno Nacional, de carácter y consulta permanente, para la definición de políticas, encaminadas al desarrollo del talento humano en salud, el cual estará apoyado por varios comités, dentro de los que se encuentra el comité de ética y bioética, el cual debe articularse con el Comité Intersectorial de Bioética (creado por el Decreto 1101 de 2001). En la elaboración del documento, el Ministerio también contar con la participación de estos organismos.

251. En concordancia con lo expuesto, y dado que el tema sobre el que debe elaborar el documento requiere de expertos en derechos humanos, bioética y medicina (sin perjuicio de solicitar el concepto de expertos en otras áreas del conocimiento), y que -como ya se ha dicho- es necesario un espacio amplio para la ponderación de los dilemas que no se agote en sede judicial sino que reivindique al máximo la práctica médica, la Sala considera que el Ministerio de Salud también debe contar con la participación más amplia posible en el escenario existente, en particular, de los profesionales de la salud interesados y miembros de la sociedad civil que considere pertinentes.[333] De la misma manera, el Ministerio podría (i.e. esto es facultativo) incluir a algunas de las personas y organizaciones que intervinieron en el trámite de revisión ante la Corte, considerando también a las secretarías de Salud de las diferentes entidades territoriales.[334]

k. Las órdenes

252. Retomando lo expuesto en el anterior acápite sobre el análisis de los dos problemas jurídicos, la Sala Primera de Revisión concluye que el Ministerio de Salud amenazó, exclusivamente por la omisión examinada, los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud de las personas accionantes, razón por la que revocará las sentencias de instancia, que declararon la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, declarará la carencia actual de objeto por situación sobreviniente. Adicionalmente, ordenará al Ministerio de Salud que, en el término de diez (10) días, inicie las actuaciones tendientes a promover los ajustes normativos que valore necesarios para adoptar un acto de carácter general y vinculante que contenga el marco técnico, ético y jurídico general, con enfoque bioético y de derechos humanos,[335] sobre los ejercicios de priorización en situaciones excepcionales. En la elaboración del documento, el Ministerio debe respetar y garantizar las obligaciones constitucionales, del derecho internacional de derechos humanos y legales del Estado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. En particular, deberá garantizar el principio de no discriminación en sus contenidos, y promover y garantizar, en el máximo de sus posibilidades de acuerdo a la necesidad de expedir este protocolo, la participación e información en la construcción de tal acto. El Ministerio de Salud y Protección Social, junto a los intervinientes públicos y privados del proceso público y transparente de construcción del acto normativo indicado, debe fijar un cronograma que permita contar con la expedición de dicho acto en un plazo que no supere el año siguiente a la notificación de esta decisión.

---

[333] La Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO refiere que en la adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas se debe entablar un diálogo permanente *entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto, así como promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado*, en el que se expresen todas las opiniones pertinentes.

[334] Al respecto, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece el deber del Estado de promover la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales.

[335] El enfoque de derechos "*es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos*." De esta manera, cuando se formulen políticas y programas, su objetivo principal debe ser el de realizar los derechos. El enfoque comprende -entre otras cosas- (*i*) un planteamiento holístico (tener en cuenta la comunidad, sociedad civil y las autoridades locales y nacionales), (*ii*) un proceso participativo con las personas titulares de los derechos y las personas o entidades que tienen el deber de actuar al respecto, y (*iii*) la transparencia y rendición de cuentas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. HR/PUB/06/8, págs. 15 a 18. Para este caso, el enfoque de derechos incluye, por lo menos, el mandato de no discriminación, las medidas diferenciales para grupos y sujetos de especial protección constitucional, y la consideración de las diferentes facetas de los derechos, tal como ha sido comprendido por la jurisprudencia constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sobre el enfoque de derechos para realizar el derecho a la salud, ver: *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* de 2 de abril de 2015 (A/HRC/29/33), párrs. 37 a 48.

253. En este punto, es importante advertir que, si antes de la expedición del documento por parte del Ministerio es necesario adelantar nuevamente ejercicios de priorización, deben seguirse los estándares constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos expuestos en esta providencia. En particular, en la priorización no podrán considerarse criterios sospechosos o semi sospechosos -sin evidencia científica alguna- para que no haya actos de discriminación, ni otras categorías que, pese a lucir neutrales, reproducen los primeros, dado que también resultan discriminatorias.[336]

254. Por otra parte, de manera similar a lo dispuesto por la Sala Plena en la Sentencia SU-032 de 2022, y dada la relevancia del asunto, la Sala Primera de Revisión solicitará a la Procuraduría General de la Nación[337] y a la Defensoría del Pueblo[338] que, en el marco de sus respectivas competencias, acompañen al juez de tutela de primera instancia en la verificación del cumplimiento de esta sentencia. Lo anterior, porque son organismos que pueden, respectivamente, vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes y las decisiones judiciales, así como orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.

l. Cuestión final

255. Por último, la Sala Primera de Revisión encuentra necesario llamar la atención al magistrado Franklin Pérez Camargo, integrante del Tribunal Administrativo de Cundinamarca porque, después de que le fuera asignada la acción de tutela, mediante Auto de 23 de junio de 2021, decidió declarar la falta de competencia funcional y remitirla a los juzgados administrativos para que fuera repartida de nuevo.[339] Al respecto, es necesario recordar que las disposiciones contenidas en el Decreto 1069 de 2015,[340] modificado por los decretos 1983 de 2017[341] y 333 de 2021,[342] no constituyen reglas de competencia de los despachos judiciales, sino únicamente pautas de reparto de las acciones de tutela. Ello implica que no pueden ser usadas por las autoridades judiciales para declarar su falta de competencia. Esta forma de proceder se opone, principalmente, al derecho de acceso a la administración de justicia, dado que no existe fundamento alguno para asumir este conjunto normativo como un mandato procesal del que dependa la resolución del asunto en sede de instancia.[343]

m. Síntesis de la decisión

256. Correspondió a la Sala Primera de Revisión estudiar la acción de tutela presentada por veintiséis (26) personas que afirmaron ser mayores de 60 años de edad y/o encontrarse en alguna situación de discapacidad o enfermedad crónica, en contra del Ministerio de Salud y Protección Social. Por una parte, controvirtieron que en el documento denominado "*Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19*" el Ministerio no estableció el momento en el que se deben activar ejercicios de priorización, no contempló que estos no deben realizarse sin haber agotado todas las posibilidades de remisión de pacientes a otros lugares con disponibilidad, no previó un mecanismo de rendición de cuentas y porque, en su criterio, habría incluido criterios discriminatorios, como la edad, la situación de discapacidad o el estado de salud.[344]

---

[336] Ver *infra*, acápite "j.3.".
[337] Constitución Política, artículo 277, numeral 1.
[338] Constitución Política, artículo 282, numeral 1. Según el Decreto 25 de 2014 (artículo 5, numeral 3), el Despacho del Defensor del Pueblo también tiene competencia para "[*h*]*acer las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación a los Derechos Humanos y velar por su promoción y ejercicio*."
[339] Ver *supra*, acápite "c" de los antecedentes.
[340] "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*".
[341] "*Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.*"
[342] "*Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 Y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela*".
[343] Auto 1165 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, fundamento jurídico N° 7.
[344] "(…) *la edad, las comorbilidades, la posibilidad de supervivencia sin enfermedad, la posibilidad de supervivencia con enfermedad,* (…) *y la posibilidad de requerimientos prolongados del soporte*."

De otro lado, consideraron que el Ministerio incurrió en una omisión al no establecer un protocolo vinculante en la materia, el cual debió ser adoptado de forma participativa y transparente, previendo mecanismos de fiscalización y adoptando criterios no discriminatorios en relación con las directrices de los ejercicios de priorización. Esa omisión, agregaron, permitió la aplicación de estándares fragmentados y el uso de categorías sospechosas. Sobre lo anterior, las personas accionantes señalaron que, para el momento en que presentaron la acción de tutela (22 de junio de 2021), era previsible que las autoridades sanitarias realizaran ejercicios de priorización y ellas se vieran sometidas a la aplicación de esos criterios que estimaban discriminatorios.

257. En sede de revisión, la Sala solicitó información a las personas accionantes y al Ministerio de Salud, e invitó a intervenir a varias organizaciones. En total recibió veintiún (21) respuestas.

258. A continuación, al examinar su competencia, la Sala se pronunció sobre una solicitud para que el caso fuera asumido por la Sala Plena, determinando que no era necesario, de conformidad con el artículo 61 del Reglamento interno de la Corporación, por cuanto cuando al tratarse de un *asunto de trascendencia*, los magistrados y magistradas sustanciadoras tienen la facultad o potestad de valorar los asuntos que por su relevancia ameritan ser conocidos por la Sala Plena, mientras que sí es obligatorio poner en conocimiento del Pleno -para que decida si asume o no la revisión- cuando se presente un caso de cambio de jurisprudencia, se requiera la adopción de un fallo de unificación de jurisprudencia o se trate de tutelas contra providencias judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado.

259. Después, tras verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia, la Sala determinó que se configuró la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, puesto que la amenaza que enfrentaban las personas accionantes varió sustancialmente, de manera tal que ya no enfrentan el mismo nivel de riesgo de ser sometidas a ejercicios de priorización para el acceso a recursos médicos y sanitarios escasos. Esto, debido a la baja ocupación de camas UCI, la reducción de los contagios y las menores tasas de mortalidad por Covid-19. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala consideró necesario emitir un pronunciamiento de fondo para avanzar en la comprensión de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la igualdad y la salud en contextos en los que los recursos médicos y sanitarios son limitados y es necesario realizar ejercicios de priorización para su acceso y asignación.

260. A partir de todo lo anterior, la Sala planteó dos problemas jurídicos: **(1)** ¿Amenaza o vulnera el Ministerio de Salud y Protección Social los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud de las personas mayores de 60 años de edad, con comorbilidades o en situación de discapacidad al negarse a emitir un documento, *con efectos vinculantes*, que determine los criterios jurídicos necesarios y suficientes para adelantar ejercicios de *priorización* en eventos excepcionales, en los que la insuficiencia de *disponibilidad* impacta la *accesibilidad* plena del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud?; y **(2)** Amenaza o vulnera el Ministerio de Salud y Protección Social los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud de personas mayores de 60 años de edad, con comorbilidades o en situación de discapacidad, al proferir las *Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Ética en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19* (*i*) por incluir dentro de los criterios determinantes para la *priorización* en la asignación de recursos médicos y sanitarios escasos criterios tales como la edad, las comorbilidades, la posibilidad de supervivencia sin enfermedad, la posibilidad de supervivencia con enfermedad y la posibilidad de requerimientos prolongados del soporte, y (*ii*) por no precisar, según lo afirman las personas accionantes, cuándo habría lugar a su aplicación y a cargo de quién?

261. Para abordar el estudio de los problemas jurídicos, la Sala presentó unas consideraciones sobre (*i*) el derecho fundamental a la salud, (*ii*) la igualdad y la prohibición absoluta de discriminación, (*iii*) las personas en situación de discapacidad como sujetos de

especial protección constitucional, (*iv*) la edad como categoría o criterio semi sospechoso, y (*v*) los derechos a la salud y a la igualdad y no discriminación en el marco de la pandemia por Covid-19.

262. Al analizar el caso concreto, la Sala Primera empezó por referirse al alcance de las *Recomendaciones Generales para la Toma de Decisiones Éticas en los Servicios de Salud durante la Pandemia Covid-19*, proferidas por el Ministerio de Salud, y luego abordó el estudio de los dos problemas jurídicos.

263. Respecto del **primer problema jurídico**, la Sala determinó que el Ministerio de Salud y Protección Social es la autoridad competente para emitir un acto, con efectos vinculantes, que regule los aspectos fundamentales, con un enfoque de derechos, de las decisiones de priorización ante la escasez de servicios y tecnologías de salud, lo cual no se opone a la autonomía médica.

264. Al respecto, destacó que el Estado está obligado a garantizar el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, por lo que la política pública en la materia debe propender por satisfacer la *disponibilidad* requerida y necesaria en todos los momentos de la vida en sociedad y que, en situaciones *excepcionales*, como la derivada de la pandemia por Covid-19, la falta de servicios y tecnologías de salud pueda justificarse, por lo que serían admisibles las decisiones para *priorizar* el acceso a determinados bienes y servicios, sin dejar de atender a las personas que no puedan ser priorizadas. Por otra parte, la Sala resaltó que, de acuerdo con el marco normativo colombiano, al Ministerio de Salud le corresponde la dirección, orientación y conducción del sector salud, por lo que, sin perjuicio de la competencia del Congreso de la República para definir los aspectos esenciales del derecho a la salud y la manera en que debe procederse frente a la priorización en casos extremos, esa Entidad debe promover una política pública que permita la acción de las instituciones pertenecientes al Sistema de Salud ajustada a los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, prevalencia de derechos, entre otros, en escenarios en los que el ordenamiento jurídico interno (v.gr. la regulación constitucional y estatutaria en materia del derecho a la salud) y de derecho internacional de derechos humanos, otorgan los criterios mínimos que deben guiar el tipo de situaciones derivadas de la escasez de recursos.

265. En relación con la autonomía médica, la Sala reiteró la Sentencia C-313 de 2014, que estudió la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de salud (posterior Ley 1751 de 2015), en la que la Corte determinó que aquella no es absoluta en tanto debe sujetarse a esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica. En particular, en escenarios excepcionales como el de la pandemia por Covid-19, la Sala Primera de Revisión subrayó que esa autonomía no se ve afectada por la adecuación de una práctica a los mandatos constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos y que, por el contrario, esa es una necesidad en beneficio de la misma práctica médica y condición de posibilidad para que el ejercicio de la medicina no genere tensiones morales indeseables en quienes sostienen directamente una relación con una persona que requiere de servicios de salud.

266. Sobre el **segundo problema jurídico**, la Sala Primera concluyó que, dado el alcance no vinculante de las *Recomendaciones*, el Ministerio de Salud y Protección Social, por esta precisa razón, no amenazó los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, en atención a las condiciones que aquí se acreditan la Sala procedió a pronunciarse, entre otros aspectos, sobre la inconstitucionalidad de incluir dentro de protocolos de triaje en momentos excepcionales criterios tales como la edad y la situación de discapacidad.

267. La Sala destacó que la omisión del Ministerio de emitir un acto, con carácter vinculante, sobre la materia resultaba contraria a los derechos a la igualdad y no discriminación y a la salud, por cuanto su ausencia permite la aplicación de estándares fragmentados, por lo que es necesario que existan parámetros mínimos uniformes para todo el país, lo cual también contribuye a que las personas puedan recibir un trato igualitario. En

este punto reiteró la Sentencia SU-032 de 2022, según la cual el Estado tiene el deber de establecer políticas de prevención ante situaciones de calamidad pública como las pandemias, debido al derecho de la sociedad a no padecer los efectos dañosos generados por las calamidades públicas derivadas de las pandemias o de los desastres naturales.

268. Sobre la aludida discriminación, la Sala Primera refirió que para el ejercicio de priorización frente al acceso y asignación de servicios y tecnologías de salud escasos no pueden considerarse categorías sospechosas o semi sospechosas -como el criterio de edad que, durante la pandemia y contando con el estado actual del conocimiento técnico y científico, no era admisible-. En concreto, ninguna persona puede ser discriminada por su edad, en las referidas condiciones, o por encontrarse en una situación de discapacidad para el acceso al derecho fundamental a la salud. Al respecto, la Sala subrayó, a partir de las consideraciones y las intervenciones, que (*i*) durante la emergencia debe operar un enfoque basado en derechos humanos y la bioética; (*ii*) siguen vigentes los mandatos de igualdad y no discriminación, con especial énfasis en personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; y (*iii*) el acceso al derecho a la salud debe realizarse en condiciones de igualdad, incluidos los triajes o ejercicios de priorización en la asignación de recursos escasos. Ligado a lo anterior, la Sala concluyó que un criterio que se base en la *supervivencia a largo plazo* tampoco es admisible en el contexto de pandemia analizado, en tanto llevó implícita una discriminación por la edad o la situación de discapacidad. En todo caso, la Sala precisó que la Corte no es, ni debe ser, la competente para establecer el marco técnico, ético y jurídico general que debe existir para adelantar criterios de priorización en escenarios en los que la escasez de recursos afecte la disponibilidad del derecho a la salud, ya que es necesario un espacio amplio para la ponderación de los dilemas que no se agote en sede judicial sino que reivindique al máximo la práctica médica, el estado del conocimiento técnico y científico en atención a las diferentes situaciones médicas que pueden presentarse, y la participación de las personas que pueden verse afectadas.

269. Como resultado del análisis de los dos problemas jurídicos, la Sala concluyó que, exclusivamente por la conducta omisiva, el Ministerio de Salud amenazó los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y a la salud, razón por la que decidió revocar las sentencias de instancia, que declararon la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, declarar la carencia actual de objeto por situación sobreviniente. Adicionalmente, resolvió ordenar al Ministerio de Salud que, en el término de diez (10 días), inicie las actuaciones tendientes a promover los ajustes normativos que valore necesarios para adoptar un acto de carácter general y vinculante que contenga el marco técnico, ético y jurídico general, con enfoque bioético y de derechos humanos, sobre los ejercicios de priorización en situaciones excepcionales.

270. La Sala advirtió que, en la elaboración del documento, el Ministerio debe respetar y garantizar las obligaciones constitucionales, del derecho internacional de derechos humanos y legales del Estado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. En particular, deberá garantizar el principio de no discriminación en sus contenidos, y promover y garantizar, al máximo posible y en atención a la necesidad de contar con oportunidad con el protocolo mencionado, la participación e información en la construcción de tal acto. Adicionalmente, la Sala especificó que el Ministerio de Salud y Protección Social debe fijar un cronograma que permita contar con la expedición de dicho acto en un plazo que no supere el año siguiente a la notificación de la sentencia.

271. Además, la Sala solicitó a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que, en el marco de sus respectivas competencias, acompañen al juez de tutela de primera instancia en la verificación del cumplimiento de la sentencia.

272. Finalmente, la Sala llamó la atención del magistrado Franklin Pérez Camargo, integrante del Tribunal Administrativo de Cundinamarca porque después de que le fuera asignada la acción de tutela decidió declarar la falta de competencia funcional y remitirla a los juzgados administrativos para que fuera repartida de nuevo. La Sala recordó que las

normas reglamentarias en materia de tutela constituyen tan solo pautas de reparto, por lo que no pueden ser usadas por las autoridades judiciales para declarar su falta de competencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 13 de septiembre de 2021 por la Subsección "E" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual confirmó la providencia dictada el 8 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, que declaró la improcedencia de la acción de tutela. En su lugar, **DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por situación sobreviniente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que, en el término de diez (10 días), contado a partir de la notificación de esta sentencia, inicie las actuaciones tendientes a promover los ajustes normativos que valore necesarios para adoptar un acto de carácter general y vinculante que contenga el marco técnico, ético y jurídico general, con enfoque bioético y de derechos humanos, sobre los ejercicios de priorización en situaciones excepcionales. En la elaboración del documento, el Ministerio debe respetar y garantizar las obligaciones constitucionales, del derecho internacional de derechos humanos y legales del Estado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. En particular, deberá garantizar el principio de no discriminación en sus contenidos, y promover y garantizar, al máximo de las posibilidades, la participación e información en la construcción de tal acto. El Ministerio de Salud y Protección Social deberá fijar, en dicho escenario, un cronograma que permita contar con la expedición de dicho acto en un plazo que no supere el año siguiente a la notificación de esta decisión.

TERCERO-. SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que, en el marco de sus respectivas competencias, acompañen al juez de tutela de primera instancia en la verificación del cumplimiento de esta sentencia.

CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes -a través del juzgado de primera instancia-, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- REMITIR al juez de tutela de primera instancia el expediente digitalizado del proceso de tutela de la referencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12
Código de verificación: **bc5149bd367c9dff412640f2d64287ecac9aec8c4b5769c7296d824716271281**
Verifique este documento electrónico en: https://siicor.corteconstitucional.gov.co/firmaelectronica/validararchivo.php