

Bogotá, marzo de 2012

Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional
M.P. Jorge Pretelt Chaljub
E.S.D.

Ref: Concepto en acción de tutela presentada por *Julián*
contra el Laboratorio Clínico Higuera Escalante
Expediente: T 3277032

Honorables Señores Magistrados y señora Magistrada:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y Paula Rangel Garzón, director e integrantes del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, obrando en calidad de ciudadano y ciudadanas colombianas, en respuesta a la invitación de la Corte Constitucional para rendir concepto en el proceso de tutela de la referencia, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes este escrito con nuestro análisis del caso.

La Corte nos ha solicitado rendir nuestro concepto sobre la tutela instaurada por un ciudadano colombiano contra el Laboratorio Clínico Higuera Escalante de la ciudad de Bucaramanga. Los hechos se remontan al 12 de septiembre de 2011 cuando el accionante fue a dicho laboratorio a donar sangre y le preguntaron si había tenido relaciones sexuales con personas del mismo sexo y si era homosexual. Él respondió afirmativamente las dos preguntas por lo que el encargado de recibir las donaciones le dijo que de acuerdo con la normatividad vigente para los bancos de sangre las personas homosexuales tienen prohibido donar sangre.

El accionante afirma que le vulneraron su derecho a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad y solicita que le permitan donar sangre, aunque tenga que someterse a estudios adicionales. Agrega que en otras ocasiones ha donado sangre aunque ha dicho que es homosexual. En respuesta, el laboratorio expone que la recolección de sangre es una actividad reglada y la decisión que tomó el funcionario para rechazar al donante está respaldada en la normatividad que señala que un criterio para descartar la infección por VIH es que el donante no haya tenido relaciones homosexuales en los últimos 15 años. El laboratorio afirma que no está obligado a recibir donaciones ni a realizar pruebas costosas para descartar todas las afecciones que pueda tener la sangre.

Afirma también que cada profesional hace una valoración del riesgo para decidir si recibe la donación de sangre, así que puede que en otras ocasiones le hayan recibido la donación, pero eso no significa que en esta ocasión se genere un trato discriminatorio. En única instancia, el juzgado negó por improcedente la tutela argumentando que el laboratorio actuó conforme a la ley y no se generó ningún trato discriminatorio.

En nuestro concepto, en el presente caso se constata un trato diferenciado basado en la orientación sexual del accionante. Por esta razón, desde el punto de vista constitucional, debe presumirse la existencia de un trato discriminatorio y opera la inversión de la carga de la prueba. Se trata entonces de un caso en el cual quien debe probar que la distinción no constituyó una forma de discriminación es el accionado. Ahora bien, con el fin de aportar a la Corte elementos relevantes para el análisis, la presente intervención aplicamos un test estricto de proporcionalidad, que es el que procede en casos como este. Al hacerlo, mostramos que más allá de la presunción, en este caso se presentó un trato discriminatorio, que en consecuencia vulnera los derechos fundamentales invocados en la tutela. El presente documento tiene tres partes principales. En la primera explicamos por qué es posible hablar en el presente caso de un trato diferenciado en razón a la orientación sexual, y mostramos que frente a dicho tipo de tratos debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad. En la segunda desarrollamos el test procedente en el que determinamos que la medida tiene una finalidad constitucional imperiosa, pero no es adecuada, necesaria, ni proporcional. Y en la tercera nos referiremos brevemente a los remedios constitucionales que resultan procedentes en el presente caso, teniendo en cuenta sus características.

1. Existencia de un trato diferenciado en razón de la orientación sexual y el deber de aplicar un test de proporcionalidad estricto

En el caso concreto existió un trato diferenciado en razón de la orientación sexual, pues al accionante se le impidió donar sangre por el hecho de ser homosexual y haber tenido relaciones sexuales homosexuales, pues en caso de haber manifestado no tener una orientación sexual diversa, no habría sido excluido de la posibilidad de ser donante de sangre.

Ahora bien, de acuerdo con los accionados, esta distinción de trato se fundamentó en el Manual de Normas Técnicas y Administrativas y de Procedimientos para Bancos de Sangre (Resolución 901 de 1996), expedido por el Ministerio de Salud de conformidad con la facultad concedida en el Decreto 1571 de 1993¹ de fijar criterios científicos para la

¹ Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados, se crean la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional de Bancos de Sangre y se dictan otras disposiciones sobre la materia.

aplicación de los requisitos y condiciones para donar sangre². El Manual referido contiene una serie de disposiciones que restringen la posibilidad de que las personas homosexuales donen sangre. Así, entre los criterios de autoexclusión de donantes se incluyen las relaciones homosexuales³. En este sentido, la orientación sexual homosexual –masculina o femenina– constituye un primer filtro de los posibles donantes.

Adicionalmente, al establecer los requisitos para donar sangre orientados a la protección del receptor, uno de los criterios que se establecen para diferir por posible infección por VIH/SIDA es el de haber tenido relaciones homosexuales masculinas en los últimos 15 años. Este tipo de criterios se determina en función de situaciones que se consideran más riesgosas bajo la idea de que incrementan las probabilidades de adquirir el virus. De acuerdo con esto, además de las relaciones homosexuales masculinas, se incluyen como criterios para diferir: la evidencia clínica o por laboratorio de la infección; la drogadicción; el haber tenido enfermedades venéreas, o haber sido víctima de violación en los 12 meses anteriores, entre otros.⁴ Cabe anotar además que para casos de emergencia en los que exista una gran necesidad de recolección de sangre, se acepta variación en las normas técnicas, pero la homosexualidad persiste como un criterio de exclusión de donantes⁵.

² Cfr. Decreto 1571 de 1993, artículo 28.

³ Ministerio de Salud (1996). Manual de Normas Técnicas y Administrativas y de Procedimientos para Bancos de Sangre Resolución 901 de 1996: “3.5 CRITERIOS DE AUTOEXCLUSION PARA DONANTES DE SANGRE: // - Antecedentes de violación sexual, anal u oral // - Relaciones homosexuales, bisexuales promiscuas, casuales o con personas diferentes a su pareja y sin protección (Sin condón) // -Drogadicción - Enfermedades venéreas con o sin tratamiento en el último año cronológico. // - Presencia de uno o más de los siguientes síntomas, sugestivos de SIDA: fiebre, diarrea, astenias mayores de un mes, odinofagia, sudoración profusa nocturna, pérdida de peso inexplicable de 10 kilogramos o más en los dos últimos meses, tos persistente o disnea de mediano esfuerzo. // - Compañeros (as) sexuales de pacientes politransfundidos (Hemofílicos-renales crónicos y otros)”.

⁴ *Ibidem*: “3.2 REQUISITOS PARA SER DONANTE ... // 3.2.2 PARA PROTEGER AL RECEPTOR. // - INFECCION POR VIH/ SIDA: // Para diferirse se debe basar en los siguientes criterios: // - Evidencia clínica o por laboratorio de la infección.// - Relaciones homosexuales masculinas en los últimos 15 años. // - Drogadicción // - Enfermos con discracias sanguíneas que hayan recibido transfusiones de componentes sanguíneos o concentrados de factores hemostáticos.// - Receptores de sangre total sus componentes y derivados en los 12 meses anteriores. // - Donantes con historias de enfermedades venéreas en los 12 meses anteriores, así hayan recibido tratamiento. // - Víctimas de violación en los 12 meses anteriores.// - Accidentes de trabajo en los que haya habido contacto con sangre u otros líquidos orgánicos en los 12 meses anteriores. // - Relaciones sexuales con las personas incluidas en los anteriores numerales o con los trabajadores sexuales. // - Infecciones por HTLV 1-2 cuando se manifiesten clínicamente o por laboratorio, los donantes deben ser diferidos indefinidamente”.

⁵ *Ibidem*: “9.1.8 VARIACIONES TECNICAS DE LA NORMA PARA CASOS DE EMERGENCIA: // Durante las emergencias los bancos de sangre y servicios de transfusión efectuarán el siguiente ajuste a las normas usuales para el uso terapéutico de la sangre: // Evaluación de donantes. Sólo se considerarán los siguientes aspectos: // - Nombre, dirección y teléfono. // - Se utilizan como criterios de exclusión la edad, el peso, la Hepatitis, la malaria y otros factores de riesgo como la promiscuidad sexual, toxicomanía, homosexualidad.” (Subrayado propio).

En el caso concreto efectivamente se tuvieron en cuenta las disposiciones anteriores, y por esta razón la orientación sexual constituyó el factor que determinó la exclusión del accionante dentro de los donantes de sangre. Aunque el accionante no se autoexcluyó por su orientación homosexual, fue la respuesta afirmativa a las dos preguntas sobre su orientación sexual y sus relaciones sexuales en los últimos 15 años, la que determinó su rechazo como donante. Ello implica que estas medidas autorizan un trato diferenciado, pero para saber si este resulta ajustado a la Constitución, es necesario determinar si se ajusta a los principios de razonabilidad constitucional.

Tal como lo ha señalado la Corte, la orientación sexual constituye un criterio sospechoso de distinción que amerita, en consecuencia, la aplicación de un test estricto de igualdad. Desde la sentencia C-481 de 1998 que declaró la inexecutable de la disposición del Estatuto Docente que definía el homosexualismo como causal de mala conducta, la Corte ha justificado la aplicación de la teoría de los criterios sospechosos o las categorías prohibidas de clasificación en aquellos casos que involucran un trato desigual en virtud de la orientación sexual. Según la Corte, existen tres razones que justifican un control judicial estricto de todo trato diferente de las autoridades contra un homosexual:

*“(i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, que si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas -los homosexuales- el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual”.*⁶

Siguiendo este criterio, en todos los casos que involucran un trato desigual fundado en la homosexualidad, la Corte colombiana ha partido de la presunción de que este trato es discriminatorio. Esta presunción solo puede desvirtuarse si se satisfacen todos los pasos del test estricto, es decir, si se demuestra que el tratamiento diferenciado (i) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado e indispensable para cumplir con ese objetivo, y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos.

Es importante destacar que el juicio de igualdad se aplica frente a todo trato distintivo, con independencia de que este se refiera a una diferencia en el reconocimiento o garantía de un derecho. El derecho a la igualdad es autónomo, de tal modo que no es necesario demostrar una afectación adicional a otro derecho para denunciar un trato discriminatorio, pues el solo trato distinto injustificado constituye una violación de la igualdad. En este sentido, aunque

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

donar sangre es un acto de solidaridad social y no un derecho, el trato diferenciado de los donantes en razón de la orientación sexual es un factor suficiente para someter el caso al test estricto de igualdad.

2. La prohibición de donar sangre por ser un hombre homosexual vulnera el derecho a la igualdad

Existen varias disposiciones de la normatividad que regulan el funcionamiento de los bancos de sangre que otorgan un trato diferente a las personas homosexuales. En el caso concreto, el accionante fue rechazado como donante, de acuerdo con el Laboratorio, en virtud de la regulación que difiere a donantes que hayan tenido relaciones homosexuales masculinas en los últimos 15 años. Es decir, fue excluido por ser un hombre homosexual que había ejercido su sexualidad en ese período de 15 años.

El primer elemento a determinar es entonces si dicha medida persigue un fin constitucional imperioso. Considerando que el tener relaciones homosexuales masculinas está incluido como un factor de exclusión en la categoría de criterios para diferir por VHI/SIDA, puede inferirse que el objeto de la medida es proteger a los receptores, minimizando el riesgo de que la sangre donada esté infectada con VIH. De acuerdo con el mencionado Manual de bancos de sangre, los criterios en él incluidos pretenden “ayudar al mejoramiento para disminuir los riesgos a donantes y receptores y en esta forma entregar una sangre y derivados de óptima calidad, según el lema ‘Sangre segura para todos’”⁷. La protección a la salud de los receptores es un fin constitucional e imperioso de conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política que pone en cabeza del Estado la protección de la vida de todas las personas residentes en Colombia, y de acuerdo con los artículos 49 y 366 que fijan obligaciones del Estado en materia de salud,⁸ pues en el presente caso el Estado tiene

⁷ Manual de normas técnicas, administrativas y de procedimientos para bancos de sangre: Resolución 901 de 1996 del Ministerio de Salud.

⁸ El artículo 49 de la Constitución dice: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de

su comunidad”. El artículo 366 constitucional señala: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de

la responsabilidad de asegurar que la sangre que se usa para transfusiones no pone en riesgo la salud y vida de los receptores, y además, debe evitar la propagación del VIH, como vía para erradicar su epidemia.

El siguiente paso exige que la medida sea adecuada e indispensable para cumplir el fin pretendido. Para esto, debe demostrarse que la prohibición de donar conlleva efectivamente una garantía de que la sangre recolectada no tiene VIH, pero además, debe acreditarse que es la única forma posible de alcanzar el objetivo. A este aspecto nos referiremos a continuación.

La exclusión de los hombres que han tenido sexo con hombres se funda en la idea de que estos constituyen un grupo poblacional de alto riesgo en relación con el VIH/SIDA, al igual que las personas que se inyectan drogas por vía intravenosa y los trabajadores sexuales. Esta idea tiene su origen en la década de los ochentas, cuando se presentó el brote de VIH en Estados Unidos y los primeros casos reportados correspondían a hombres homosexuales, al punto que en un principio llegó a creerse que se trataba de una enfermedad que no afectaba a los heterosexuales. Sin embargo, pronto se reportaron casos de niños o personas sometidas a transfusión de sangre que habían contraído el virus, con lo cual comenzó a derrumbarse el mito de que el VIH/SIDA era una enfermedad exclusiva de los homosexuales. En todo caso, de conformidad con los casos reportados, la prevalencia de la enfermedad resultaba alta en este grupo y por eso desde los primeros reportes al respecto se consideró que los hombres homosexuales o bisexuales sexualmente activos y con múltiples parejas constituían un grupo de alto riesgo frente a la enfermedad.⁹

En la actualidad, los hombres que tienen sexo con hombres continúan siendo considerados como un grupo de alto riesgo dadas las tasas de prevalencia de la enfermedad en esta población¹⁰. Para el caso colombiano, un reporte del Ministerio de Protección del 2010

la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”

⁹ Al respecto ver: History of AIDS up to 1986, disponible en: <http://www.avert.org/aids-history-86.htm>.

¹⁰ Por ejemplo, en su reporte global del 2010, ONU SIDA se refiere específicamente a hombres que tienen sexo con hombres, a personas que se inyectan drogas y a trabajadores sexuales para evaluar la situación de la enfermedad en los distintos países, precisamente bajo el criterio de que se trata de poblaciones en alto riesgo. Del mismo modo, al indicar las acciones que deben ser emprendidas para evitar la extensión del VIH, advierte que “*los programas de prevención deben llegar a los hombres que tienen sexo con hombres, a trabajadores sexuales y sus clientes, y a las personas que se inyectan drogas*”. UNAIDS (2010). *Global report, Unaided report on the global aids epidemic*, disponible en http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2010/20101123_globalreport_en.pdf (traducción propia).

advierte que según los estudios de seroprevalencia realizados, este grupo es el más afectado con VIH/SIDA.¹¹

Ahora bien, la pregunta que debe resolverse es si la exclusión como donantes de sangre de los hombres que han tenido relaciones sexuales masculinas constituye una medida adecuada para evitar que a los receptores de sangre se les transfiera sangre infectada con VIH/SIDA. Lo anterior, considerando que los hombres que tienen sexo con hombres son considerados como un grupo de alto riesgo frente a esta enfermedad.

Lo primero que es preciso advertir es que las relaciones sexuales entre hombres no constituyen *per se* un factor que incremente el riesgo de contraer el VIH. El mecanismo más usual de transmisión del VIH es el contacto sexual, con independencia de que este se realice entre personas del mismo o de diferente sexo. Además de la evidencia científica disponible, las cifras existentes en Colombia en relación con los casos reportados de VIH desde 1983 hasta 2009 corroboran que no existe un riesgo particular asociado a las relaciones sexuales entre hombres. En efecto, en el 97% de los casos de VIH reportados en el período indicado y sobre los cuales se conoce el mecanismo probable de transmisión (la cifra equivale al 61.6% de los casos reportados), la transmisión se produjo por vía sexual, de la cual “el 63% corresponde al comportamiento heterosexual [27.861] y el 34% homosexual y bisexual [14.802]”¹². En relación con los hombres infectados, el informe señala que “De los 31.738 hombres con dato de Mecanismo Probable de Transmisión (MPT), 16.962 reportaron prácticas heterosexuales y 14.776 prácticas homo/bisexuales”¹³. Estas cifras sugieren que se han presentado cambios importantes en las dinámicas de la prevalencia de la infección, que muestran que no es posible asociar la infección con la orientación sexual y, en consecuencia, que la razón inicialmente utilizada para sustentar la exclusión ha demostrado ser inadecuada.

Lo que sugiere la evidencia científica reciente es que el factor determinante que permite explicar una inicial prevalencia mayor del virus en los hombres que tienen sexo con hombres (HSH) no es la homosexualidad, ni ninguna característica de la misma, sino los comportamientos sexuales riesgosos. Esto es, el comportamiento sexual riesgoso para contraer VIH es no usar condón en una relación sexual con una persona que tiene VIH, en

¹¹ El reporte advierte al respecto que: “El grupo que ha sido más afectado es el de Hombres que tienen Sexo con Hombres - HSH, que mediante los estudios de seroprevalencia realizados, se han encontrado tasas de que fluctúan entre el 10,18% y el 19,5% lo cual evidencia que la epidemia está aún concentrada en HSH”. Ministerio de Protección Social (2010) *Informe UNGASS. Seguimiento de la Declaración de compromiso sobre el VIH/Sida*, disponible en <http://www.unaids.org/es/dataanalysis/monitoringcountryprogress/2010progressreportsubmittedbycountries/file,57840.es..pdf>.

¹² Ministerio de Protección Social (2010). Op. Cit.

¹³ *Ibíd.*

consecuencia, el criterio más importante que determina el contagio es la protección. En este punto la medida ya está omitiendo este elemento fundamental pues no diferencia entre la relación sexual en la que se usa condón de la que no se usa. Ahora bien, aunque tanto en parejas heterosexuales como homosexuales lo que determina la probabilidad de infección es la protección, en el caso de las parejas del mismo sexo, se omite preguntar por este aspecto y se rechaza la donación por la pertenencia al grupo. Esta situación desconoce las transformaciones recientes de las relaciones de estas parejas del mismo sexo, que han reducido las prácticas sexuales inseguras, por cuenta, entre otros elementos, de la conformación de parejas estables con protección constitucional y legal. El criterio que debería entonces fundamentar la exclusión de las personas no debería ser su orientación sexual, sino los factores de riesgo que pueden estar además presentes entre diferentes tipos de relaciones sexuales. Al hacer énfasis en estos factores y no en la pertenencia a un grupo poblacional con una orientación sexual diversa, se evitaría el efecto estigmatizante que tiene señalarlos como un grupo de riesgo, y al tiempo se garantizaría adecuadamente que la sangre es segura. Este criterio resulta además más adecuado si se tiene en cuenta que incluiría a personas que sin pertenecer a los grupos tradicionalmente considerados como de mayor riesgo, tienen prácticas sexuales riesgosas.

Teniendo en cuenta esto, es necesario concluir que el riesgo no se configura por la orientación sexual, sino que surge de prácticas sexuales de alto riesgo como, por ejemplo, el sexo sin protección con personas distintas a la pareja estable o con personas que tienen VIH. En consecuencia, es necesario concluir que la medida resulta inadecuada para alcanzar el fin constitucionalmente imperioso que persigue, pues no se fundamenta en el verdadero criterio al que debería responder, que es el factor de riesgo.

La inadecuación de la medida que se utilizó en este caso resulta aún mayor si se tiene en cuenta que la restricción de donación opera respecto de aquellos que han tenido relaciones sexuales masculinas en un período de 15 años. La razón de estipular un plazo para rechazar la donación cuando se está en presencia de un factor de riesgo es que existe un periodo después de la relación sexual en el cual no es perceptible el virus. Por el mecanismo de acción del VIH existe un periodo de “ventana inmunológica” que va desde que el virus entra al sistema vascular hasta que libera los anticuerpos. Durante este tiempo el virus no es detectado y la sangre puede dar un resultado de VIH negativo, siendo positivo. La liberación de los anticuerpos para la detección del virus puede ser rápida o puede demorar algunos meses. Sin embargo, los expertos aseguran que después de un período de 12 meses contados a partir del momento del contacto sexual riesgoso, la probabilidad de que el VIH no sea detectado es menos de uno en tres millones.¹⁴

¹⁴ Según señala el experto Jihane Joseph Hajj en su trabajo *The ethical implications of the lifetime blood donation ban policy on homosexual and bisexual men: Exploration in the context of professional doctorat*, “Having such advanced technology renders the risk of releasing an infected unit of blood, or transfusing a contaminated unit as very minimal. In a relatively recent presentation in Germany, sponsored by the World

En todo caso, la evidencia empírica señala que el periodo de ventana inmunológica no tarda más de 6 meses,¹⁵ por eso algunos países restringen las donaciones de sangre de HSH solo 6 meses después del último contacto sexual, entre ellos Sudáfrica. Otros han optado por establecer un plazo de un año para tener mayor seguridad de que el virus será percible, tal es el caso de Argentina, Australia, Hungría, Japón, Suecia e Inglaterra, que el 7 de noviembre del año pasado pasó de tener una restricción indefinida a una de 12 meses.¹⁶

El cambio de política en Inglaterra tuvo en cuenta un estudio de SaBTO (Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs) en el que se demostraba que la restricción de por vida a hombres que han tenido sexo con hombres es innecesaria y que basta con fijar un criterio en el que se prohíba la donación únicamente de HSH durante los últimos 12 meses. La restricción del año en dicho país, es para quienes hayan tenido sexo anal u oral, con o sin protección. De acuerdo con los estudios, la recepción de sangre en buen estado, se mantiene con el cambio de criterio.¹⁷ En Australia también se demostró que con la reducción de 5 años a 1 año, se mantenía el nivel de seguridad de la sangre.¹⁸

Así mismo, los estudios especializados en Inglaterra afirman que con la restricción de 12 meses las donaciones pueden incrementar un 60%.¹⁹ Esto es especialmente relevante

Health Organization (WHO), the assessed Residual Risk of releasing an HIV contaminated blood is less than one in 3 million products. Similarly, during the 2006 FDA workshop, the residual risk of transfusion contamination was discussed. FDA experts stated that the residual risk is ‘so low that they cannot be measured directly, hence we rely on models to estimate’. El autor retoma los estudios de Lower, J. (2006). “Improving world health through regulation of biological medicines. Safety assessment and regulatory issues in blood products. WHO Collaborative Centre for Quality Assurance of Blood Products and in vitro Diagnostic Devices. Paul-Ehrlich-Institut: Federal Agency for Biological Medicinal Products. Seoul. Y de Epstein, J. (2006). “Introduction to the workshop on behavior-based donor deferrals in the NAT era. Paper presented at the Behavior-based donor deferrals in the NAT era, Washington, D”

¹⁵ La definición de periodo de ventana que hace info SIDA señala: “La demora típica oscila entre 14 y 21 días,

pero varía en cada persona. Casi todas las personas infectadas por el VIH tendrán anticuerpos detectables al cabo de 3 a 6 meses de producirse la infección” Disponible en: http://www.aidsinfo.nih.gov/ContentFiles/SpanishGlossary_sp.PDF. También el CDC de Estados Unidos dice que la ventana inmunológica no excede de 6 meses “Ninety-seven percent of persons will develop antibodies in the first 3 months following the time of their infection. In very rare cases, it can take up to 6 months to develop antibodies to HIV” Disponible en: <http://www.cdc.gov/hiv/topics/testing/resources/qa/index.htm> ONU SIDA también dice que lo común es que a los 3 meses se pueda detectar la infección. http://data.unaids.org/pub/FactSheet/2008/20080527_fastfacts_testing_en.pdf

¹⁶ Recopilado por el informe de SaBTO en Inglaterra. Disponible en :

http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_129909.pdf

¹⁷ El informe que propició el cambio de medida se encuentra en: http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_129909.pdf

¹⁸ Paul Sendziuk “Bad Blood: The Contamination of Australia’s Blood Supply and the Emergence of Gay Activism in the Age of AIDS”

¹⁹ <http://www.tht.org.uk/binarylibrary/blloodonationsbypeopleathigherriskofhiv.pdf>

teniendo en cuenta que se necesita sangre y limitar innecesariamente los donantes no contribuye a recolectarla. En Colombia, la Cruz Roja Colombiana hace llamados permanentes a donar sangre, pues aunque la donación ha incrementado desde 1993, según la Organización Panamericana de Salud aún es insuficiente para los niveles que se necesitan.²⁰

Puede entonces concluirse que un periodo tan extenso como el de 15 años no tiene ninguna justificación científica en la actualidad. Al inicio de la epidemia pudo haber sido aceptado por el desconocimiento de la enfermedad y la precariedad de las pruebas. Pero hoy día hay total certeza de que el VIH puede ser detectado con total seguridad mucho antes de transcurridos 12 meses después de la relación sexual. En consecuencia, este plazo es completamente irrazonable e inadecuado como medida preventiva para evitar que la sangre donada esté infectada de VIH. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que de conformidad con el artículo 42 del Decreto 1571 de 1993 los bancos de sangre deben realizar pruebas obligatorias a la sangre recolectada, dentro de las que se encuentra una para la identificación de anticuerpos de VIH.²¹

Esta inadecuación de la medida deriva entonces del hecho de que la exclusión de la posibilidad de donar sangre de quienes han tenido prácticas homosexuales en los últimos quince años es una clasificación excesiva o demasiado amplia pues excluye a personas que no presentan ningún riesgo, como i) aquellos que tuvieron prácticas homosexuales en el último año, pero en forma segura, o ii) aquellos que tuvieron prácticas homosexuales insguras pero hace más de un año, ya que en ese caso el virus de VIH, si la persona es portadora, ya podría ser detectado. En ese sentido, y con criterios que esta Corte Constitucional ha adoptado casi desde sus primeras sentencias, estamos freten a una una "clasificación demasiado amplia" (overinclusive statute)⁷, esto es, "una situación en la cual la ley prohíbe a una determinada categoría de personas efectuar ciertas labores, incluyendo

²⁰ <http://www.col.ops-oms.org/noticias/donarsangre.asp>

²¹ El artículo 42 del Decreto 1571 de 1993 dice: "Los bancos de sangre, cualquiera que sea su categoría, deberán obligatoriamente practicar bajo su responsabilidad a todas y cada una de las unidades recolectadas las siguientes pruebas:

- * Determinación Grupo ABO (detección de antígenos y anticuerpos).
- * Determinación Factor Rh (antígeno D) y variante Du, en los casos a que haya lugar.
- * Prueba serológica para sífiles.
- * Detección del antígeno del virus de la hepatitis C.
- * Detección del antígeno de superficie del virus de la hepatitis B.
- * Detección de anticuerpos contra el virus de la Inmunodeficiencia Humana Adquirida (HIV) 1 y 2.
- * Otros que de acuerdo a los estudios de vigilancia epidemiológica se establezcan para una región determinada por parte del Ministerio de Salud."

⁷ Tussman y Ten Broek. "The equal protection of the laws" citado por Enrique Alonso García. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1984, pp 208 y ss.

en tal grupo no sólo a las personas que efectivamente ocasionan un riesgo social sino también a personas que no causan tal riesgo”²².

En relación con la necesidad de la medida, la evidencia científica disponible y la experiencia de otros países señalan en conjunto que existen medidas que garantizan la seguridad de la sangre y que no implican aplicar criterios sospechosos de diferenciación de manera irrazonable, esto demuestra que la medida no es indispensable. En particular, la prohibición legal de 15 años no solo es inadecuada, sino que es innecesaria pues un plazo menor puede obtener el mismo fin con los mismos resultados, así que la prohibición tiene otras formas de cumplir su objetivo constitucional.

Como se señaló anteriormente, una medida alternativa y menos lesiva de los derechos en juego es asumir como criterio de exclusión los factores de riesgo y no la pertenencia al grupo poblacional “homosexual” o al grupo de HSH, pues este criterio tiende a ser estigmatizante, al asociar el riesgo con la orientación sexual y no al verdadero elemento relevante que son las prácticas riesgosas. Pero además, las regulaciones existentes en otros países muestran que una exclusión de 15 años se ha convertido en injustificable y que es posible establecer plazos menos lesivos y estigmatizantes, que respondan auténticamente a la evidencia empírica y al avance de la ciencia.

En consecuencia, para asegurar que la sangre sea segura el criterio debería estar fundamentado en los comportamientos sexuales riesgosos, ya que la posibilidad de contagio radica en el mecanismo de transmisión y no en la pertenencia a cierto grupo. Además, con el fin de garantizar la seguridad de la sangre es posible establecer un periodo de exclusión, pero este no debería ser nunca de 15 años, pues este no encuentra justificación científica clara.

Para finalizar con la aplicación del test vale señalar que la medida es desproporcionada, entre otras razones, porque genera un efecto estigmatizante de la población homosexual. Los efectos de una medida que categoriza la sangre de hombres homosexuales como riesgosa para asegurar la salud de los receptores de sangre son completamente desafortunados pues se vincula la enfermedad de VIH a este grupo y se contribuye a la estigmatización de una población históricamente discriminada que la Constitución se comprometió a proteger.

La medida que tiene la normatividad colombiana es producto de un contexto histórico de hace 30 años cuando apareció la epidemia del SIDA y las primeras políticas públicas las asociaron a la población homosexual. Sin embargo, después de tres décadas, el conocimiento sobre los modos de transmisión de la enfermedad ha aumentado

²² Sentencia C-226 de 1994. Fundamento 3.

considerablemente. Igualmente, las pruebas que se utilizan para examinar la sangre y determinar la presencia del virus son más precisas, así que conocer la orientación sexual no aporta en nada a la disminución del riesgo de recolectar sangre infectada. Además, el riesgo que existe durante el periodo de ventana inmunológica puede abordarse con medidas menos lesivas, como la restricción de 12 meses.

Así mismo, las prohibiciones siguen fundadas en la creencia de promiscuidad de este grupo sin tener en cuenta que muchos casos son parejas monógamas con las mismas características de una pareja heterosexual estable.

Estas suposiciones que califican de riesgosa la homosexualidad causan una vulneración a la dignidad de las personas, especialmente en su dimensión de vivir sin humillaciones. Esta dimensión de la dignidad significa tener una garantía de que sus bienes no patrimoniales, la integridad física y la integridad moral, son intangibles. Esta dimensión de la dignidad humana es tutelada siempre que, a causa de una acción u omisión del Estado, una persona se ve afectada en su integridad personal o física, lo cual a su vez influye en la percepción que los demás tienen de ella. En este caso, claramente, la apreciación de la sociedad a las personas homosexuales será negativa pues se conecta con el VIH. También hay un daño a la integridad moral de una persona que ve afectado su honor y buen nombre cuando se le cataloga su orientación sexual como un alto riesgo de infección de una de las enfermedades más graves del mundo.

Por otro lado, los beneficios que se obtienen con la medida son menores a la estigmatización que sufre la población de hombres homosexuales pues no indaga por el criterio que efectivamente representa una mayor probabilidad de infección de VIH y al usar la orientación sexual como determinante deja por fuera otras situaciones en las que es más clara la probabilidad de infección.

En síntesis, la medida no supera el test de igualdad y se torna inconstitucional. Persigue un fin constitucional legítimo como es la seguridad de la sangre para transfusiones y la vida de sus receptores, pero es inadecuada cuando establece un plazo de 15 años, y aún con un plazo adecuado de 12 meses, es innecesaria pues existen otras formas para evitar la donación de sangre de personas con riesgo de infección de VIH sin hacer uso de la categoría prohibida de distinción. Además, la medida es desproporcionada.

3. Las consecuencias que deberían derivarse de las constataciones realizadas

De acuerdo con los elementos expuestos a lo largo del presente concepto, resulta claro que se presentó un trato discriminatorio, y en consecuencia debería proceder el amparo respecto del accionante. Por lo tanto, además de declararse la vulneración a los derechos invocados, y en particular al derecho a la igualdad y a la dignidad humana, la Corte podría ordenar al

Laboratorio tomar las muestras de sangre para la donación, y proceder a realizar las verificaciones correspondientes.

Además, dado que en el presente caso el trato discriminatorio se fundamenta en una regulación, es importante que se procure su modificación, con el fin de que esta no siga produciendo efectos estigmatizantes y tratos discriminatorios. En esa medida, este caso ameritaría la adopción de remedios constitucionales adecuados, que permitan modificar la regulación analizada. Al respecto, la Corte Constitucional podría hacer un llamado para que las autoridades competentes analicen las regulaciones existentes y, utilizando criterios constitucionales y basándose en la evidencia empírica disponible, se lleven a cabo las modificaciones que resulten necesarias para evitar que este tipo de casos se vuelvan a presentar. El análisis que deberían hacer las entidades competentes debería tomar en consideración la necesidad de evitar efectos estigmatizantes, centrándose en los verdaderos factores de riesgo que justifican las restricciones adoptadas.

Adicionalmente, es importante llamar la atención sobre las disposiciones discriminatorias del Manual. Conjuntamente con la norma revisada en el caso concreto, existen dos más que son completamente discriminatorias: la que fija como criterio de autoexclusión la homosexualidad y la que estipula como conducta de alto riesgo la homosexualidad para limitar a los donantes en caso de emergencia que amerite una recolección de sangre en mayores proporciones. Por esta razón consideramos conveniente que la Corte exhorte al Ministerio para que revise su normatividad y la ajuste de acuerdo al mandato constitucional de igualdad y no discriminación, atendiendo también a la protección de la salud de receptores de sangre.

Respetuosamente,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaqué
Director
Centro de Estudios DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia

Diana Esther Guzmán Rodríguez
C.C. No. 52.886.418 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia

Paula Rangel Garzón,
C.C. 1032401057 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia