

Sentencia T-248/12

Referencia: expediente T-3.277.032

Acción de Tutela instaurada por *Julián*,
contra Laboratorio Clínico Higuera
Escalante.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil doce (2012).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Humberto Antonio Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2011, por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Bucaramanga, que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor Julián.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Bucaramanga, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección No. 11 de la Corte, el 30 de noviembre de 2011, eligió para efectos de su revisión el asunto de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD

Julián¹ solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad, y en consecuencia, se ordene al Laboratorio Clínico Higuera Escalante le permita donar sangre con todos los estudios científicos que se requieran, e imponga las sanciones establecidas por la ley al Laboratorio, debido al trato discriminatorio.

¹ El nombre del peticionario ha sido suprimido con el fin de proteger sus derechos a la intimidad y al habeas data.

1.1.1. Hechos en que sustenta la demanda

1.1.1.1.Relata el accionante que el 12 de septiembre de 2011, se presentó al Laboratorio Clínico Higuera Escalante con el fin de donar sangre.

1.1.1.2.Manifiesta que al llegar, la recepcionista le solicitó la cédula de ciudadanía y lo hizo seguir a una sala donde llenó un formulario.

1.1.1.3.Señala que la persona que lo acompañó a llenar el formulario, le preguntó si él había tenido o tenía relaciones sexuales con personas del mismo sexo y si era homosexual, sobre lo cual respondió afirmativamente a ambas preguntas.

1.1.1.4.Afirma el actor, que una vez respondió dichas preguntas, la persona a cargo le informó que no podía donar sangre, toda vez que el Decreto 1571 de 1993 hace alusión expresa a que las personas homosexuales tienen prohibido donar sangre.

1.1.1.5.Menciona que él cuenta con carnet de donante y en tres oportunidades anteriores había donado sangre aun informando sobre su orientación sexual.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado Trece (13) Civil Municipal, mediante auto de 27 de septiembre de 2011, admitió la demanda y concedió tres días a la parte demandada para pronunciarse sobre los hechos en que se fundamenta la acción.

La abogada Carolina Soto Méndez, en calidad de representante legal de la Sociedad Escalante y Cia. Ltda., se pronunció el 3 de octubre de 2011, y solicitó al juez de tutela negar las pretensiones del accionante con base en las siguientes razones:

En primer lugar, señala que “El Banco de Sangre Higuera Escalante y Cia. Ltda.” es una entidad de carácter privado que cumple con las exigencias y requisitos establecidos en la ley para los establecimientos que suministran hemocomponentes a diferentes centros clínicos. Afirma que la sangre suministrada por el Banco de Sangre está dirigida a atender las necesidades de pacientes de urgencias que “(...) *requieren de transfusiones para conjurar hemorragias creadas por trauma o eventos no programados quirúrgicamente (...)*” (fl. 17 exp.). De esa manera, el banco consigue la sangre a través de campañas de donación, de donantes voluntarios o, en otros casos, de forma previamente reservada para quienes van a ser sometidos a una intervención quirúrgica programada con antelación.

En segundo lugar, la demandada aclara que toda la actividad del Banco de Sangre es “*eminentemente reglada*” por normas del Ministerio de Salud y del INVIMA, y procede a citar el artículo 49 de la Constitución Política y lo pertinente del Decreto 1571 de 1993 y el “Manual de Norma Técnicas, Administrativas y de Procedimiento de Bancos de Sangre” emitido por el Ministerio de Salud. Resalta que, según estas disposiciones, la recepción de las donaciones sanguíneas se da en cumplimiento de todas las normas impuestas para estas actividades, y precisamente una de las obligaciones que tienen los bancos de sangre, es la de realizar un “tamizaje”.

Así, indica que cada posible donante diligencia una encuesta previa a la donación “*(...) con el fin de que el profesional que lo atienda pueda **decidir si resulta conveniente desde el punto de vista científico** recibir esta donación, de allí que precisamente la encuesta es la base para que el profesional tome decisiones (...) orientadas a efectuar un tamizaje (...)*”(subrayado fuera de texto). (fl. 20 exp.) Agrega la representante, que el numeral 3.2.2 del manual antes citado dispone como criterio aplicable para descartar infección por VIH/SIDA, el que el donante no haya tenido relaciones homosexuales en los últimos 15 años, siendo éste uno de los parámetros que el profesional debe considerar para tomar la decisión.

En tercer lugar, manifiesta que el Laboratorio no puede ser obligado a recibir donaciones, ni tampoco “*(...) a efectuar costosas pruebas para descartar las innumerables afecciones que puedan atacar a un posible donante (...)*” (fl. 22). En el mismo sentido, señala que es precisamente con la información suministrada en la encuesta previa, que los profesionales de la salud valoran el riesgo para aceptar o no la donación.

Sostiene que es por esa razón que en el caso del tutelante, en otras ocasiones se había aceptado su donación voluntaria, porque la evaluación profesional del bacteriólogo que lo entrevistó y evaluó en su momento, consideró que no había ningún riesgo, lo que no sucedió en esta ocasión, pero asegura que esta decisión no genera un trato discriminatorio. En palabras de la parte demandada:

“Los criterios profesionales de cada uno de los médicos o bacteriólogos de la sociedad que represento, pueden variar, dentro del ámbito de la norma. Son estos profesionales los que definen frente a la encuesta del donante, según su criterio profesional y científico si reciben una donación o no, y son ellos los que de conformidad con la norma, responden frente la toma de decisiones” (fl. 22).

Sobre lo expuesto, considera la demandada que no existe una vulneración a los derechos fundamentales alegados por el demandante,

en razón a que la valoración emitida por el profesional de la salud fue sustentada en criterios legales, siendo las relaciones sexuales con personas del mismo sexo, uno de ellos.

Finalmente, afirma que el laboratorio clínico está dando cumplimiento a lo establecido en la ley para el ejercicio de una actividad de interés general y, por ende, el tutelante debe enfocar su acción contra el marco normativo, es decir, ejercer una acción de constitucionalidad, y no atacar al Laboratorio.

1.3. DECISIONES JUDICIALES

1.3.1. Decisión de única instancia – Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Bucaramanga

Mediante sentencia proferida el 11 de octubre de 2011, el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Bucaramanga decidió negar por improcedente la acción de tutela.

Consideró el a-quo que la negativa del Laboratorio Clínico Higuera Escalante a recibir la donación del tutelante, se encuentra conforme a los criterios sanitarios establecidos por el Ministerio de Salud y de modo alguno existe un trato discriminatorio “(...) *a su sexualidad ni menos aun violando el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto no vulnera derecho fundamental alguno asociado*”.

1.4. PRUEBAS

1.4.1. Pruebas que obran en el expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Julián. (fl. 9)
- Copia del carnet de donante de sangre del Laboratorio Higuera Escalante. (fl. 10)
- Decreto 1571 de 1993. (fl. 28)
- Manual de Normas Técnicas Administrativas y de Procedimientos de Bancos de Sangre, emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social. (fl. 59)

1.4.2. Pruebas solicitadas por la Corte en sede de Revisión

1.4.2.1. Mediante Auto del 7 de febrero de 2012, la Sala Séptima de Revisión consideró pertinente poner en conocimiento de la presente tutela al Ministerio de Salud y Protección Social, para efectos de dar respuesta a los siguientes interrogantes:

“a) ¿Existe algún protocolo que deban seguir los bancos de sangre para ejercer su actividad? En caso de ser afirmativa la respuesta, favor allegar copia de dicho protocolo a la Corte Constitucional.

b) Con base en las normas jurídicas que regulan los bancos de sangre, ¿existe alguna disposición que prohíba recibir la sangre voluntariamente ofrecida por una persona de orientación sexual diversa?

c) Teniendo en cuenta que el numeral 3.2.2 del Capítulo 3 del “Manual de Norma Técnicas, administrativas y de procedimiento en bancos de sangre” dispone que para proteger al receptor de una transfusión de una infección por VIH/SIDA, uno de los puntos a tener en cuenta son las “relaciones sexuales homosexuales masculinas en los últimos 15 años”, explicar: ¿Qué origen y por qué motivos existe dicho criterio dentro de esta regulación?

d) Al momento de recibir a un donante voluntario que diligencia el formato entregado en el banco de sangre, con fundamento en la información suministrada, ¿qué margen de discrecionalidad tiene el profesional de la salud para negar o aceptar la donación?

e) ¿En todas las entrevistas previas a realizar la donación, se debe preguntar sobre las relaciones sexuales del donante?

f) ¿Es siempre necesaria la pregunta sobre la orientación sexual?

g) ¿A qué procesos o pruebas científicas se debe someter la sangre donada para confirmar su idoneidad y calidad? ¿Existen casos en los que no sea necesario realizar tales pruebas? ¿En qué razones se fundamentan las excepciones?”

De la misma manera, la Sala consideró conveniente poner en conocimiento de la presente acción a la Secretaría de Salud de Santander, con el objeto de que enviara copia de los protocolos que deben seguir los bancos de sangre bajo su jurisdicción para garantizar la adecuada obtención de sangre de los donantes y su idoneidad desde el punto de vista científico y médico.

La Sala también invitó a las siguientes instituciones para que rindieran un concepto técnico acerca de los problemas jurídicos presentados en el caso:

- Asociación Colombiana de Bancos de Sangre y Medicina Transfusional –ACOBASMET-
- Organización Panamericana de la Salud
- Asociación Colombiana de Medicina Interna

- Cruz Roja Colombiana – Seccional Santander
- Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana
- Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario
- Facultad de Medicina de la Universidad de Los Andes
- Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia
- Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional - Escuela de Estudios de Género
- Organización no gubernamental “Colombia Diversa”
- Centro de Estudios de Derecho y Justicia –“DeJusticia”

Finalmente, la Sala ordenó oficiar a la Asociación Colombiana de Bancos de Sangre y Medicina Transfusional para que allegara lo siguiente:

- “a) Allegue los formularios que deben diligenciar los donantes voluntarios de sangre o informe las directrices que deben seguir los bancos para diseñar tales formularios*
- b) Informe cuál es el protocolo que deben seguir los profesionales médicos, teniendo en cuenta la información suministrada por los donantes voluntarios, para rechazar o aceptar la donación ofrecida.*
- c) Indique si la orientación sexual diversa o las relaciones sexuales con personas del mismo sexo son consideradas por la entidad un factor de riesgo frente a las donaciones voluntarias de sangre; y en caso de que la respuesta sea afirmativa, señale cuáles son las razones en las que se fundamenta este criterio.*
- d) Precise cuáles son las preguntas rutinarias que deben formular los bancos de sangre a los posibles donantes para evaluar su idoneidad desde el punto de médico y cuáles son las razones médicas y científicas que respaldan tales preguntas”.*

1.4.2.2. Sobre lo solicitado a cada entidad y las respuestas allegadas a la Secretaría General de la Corte Constitucional, se hará referencia a lo largo de las consideraciones y el análisis del caso concreto.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe estudiar si el Laboratorio Clínico Higuera Escalante le está vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana a *Julián*, persona homosexual, al no permitirle donar sangre de forma voluntaria debido a su orientación sexual.

En ese orden, la Sala, en **primer lugar**, reiterará la jurisprudencia de esta Corporación sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestan servicios públicos; en **segundo lugar**, establecerá el marco normativo que regula la actividad de los bancos de sangre y las disposiciones que hacen alusión a los criterios de exclusión de donantes; en **tercer lugar**, hará referencia brevemente al marco histórico en el cual surgió la prohibición de recibir sangre de aquellos donantes hombres homosexuales; en **cuarto lugar**, reiterará la jurisprudencia de esta Corporación sobre el principio de igualdad y no discriminación, concentrándose en la constitucionalidad de los tratos diferenciados basados en la orientación sexual; y **finalmente**, pasará a realizar el análisis del caso concreto.

2.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE PRESTAN UN SERVICIO PÚBLICO

2.3.1. Como en el presente caso la entidad demandada es un particular – Laboratorio Clínico Higuera Escalante- es preciso establecer la legitimación pasiva para interponer la acción de tutela en su contra.

2.3.2. De esa manera, el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es procedente contra particulares que presten un servicio público, que afecten de manera grave y directa un interés colectivo o aquellos frente a los cuales el demandante se encuentra en estado de subordinación o de indefensión. La misma disposición confía al legislador el desarrollo de dichos supuestos, encargo cumplido por medio del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, precepto que desarrolla las causales de procedencia de la acción de tutela contra las actuaciones u omisiones de los particulares.

El numeral primero de la norma mencionada dispone que la acción de tutela procede “*Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación*”. En sentencia C-134 de 1994², la Corte Constitucional aclaró que dicho numeral debía entenderse en el sentido en que la acción de tutela procedía “*siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional*”

² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

fundamental” (subrayado fuera de texto).

Con fundamento en estos preceptos, la Corte Constitucional ha precisado que *“Son tres las hipótesis previstas por el Constituyente respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de acciones u omisiones de particulares, a saber: a) Cuando el particular presta un servicio público; b) Cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; y c) Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular”*³. (subrayado fuera de texto).

2.3.3. La jurisprudencia constitucional ha justificado la procedencia contra particulares que prestan servicios públicos, en la posición de supremacía que asume ese particular, lo cual rompe el plano de igualdad propio de las relaciones entre particulares⁴.

2.3.4. Igualmente, en un estudio de constitucionalidad reciente en el que se demandaba el concepto de “domiciliarios” de los servicios públicos, de la tercera causal del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la Corte advirtió que la acción de tutela procedía frente a particulares encargados de la prestación de *cualquier* servicio público⁵. En sus palabras, estableció:

“En suma, la noción de servicios públicos, tema verdaderamente complejo en el Derecho público, no corresponde sólo a una definición de orden formal o desde una perspectiva organicista, sino que en ella subyacen también aspectos materiales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados, ya sea de manera directa por las autoridades estatales o bien con el concurso de la empresa privada.

³ Cfr. Sentencia C-378 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ En palabras de la Corte: *“Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria”*. Sentencia T-251 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver entre otras, sentencias T-720 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-558 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1091 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Ver sentencia C-378 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En este fallo la Corte decidió que; *“siguiendo los lineamientos del artículo 86 de la Carta Política y de acuerdo con los parámetros fijados en la jurisprudencia constitucional, particularmente de la Sentencia C-134 de 1994, la Corte debe declarar inexecutable la expresión “domiciliarios” del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, a fin de asegurar, de una vez por todas, que la acción de tutela proceda siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental”*.

Por ejemplo, apelando a criterios materiales, esta Corporación ha considerado que la actividad bancaria⁶ y la cedulación⁷ son servicios públicos, aún cuando no existen normas que así lo reconozcan expresamente. De la misma forma la jurisprudencia ha sostenido que la definición por parte del Legislador de un servicio público como “esencial”, debe responder a criterios materiales que así lo demuestren.

(...)

En efecto, el operador que brinda un servicio público, cualquiera que sea, dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana que le sitúa en una instancia de poder y evidente asimetría frente al usuario, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión. De esta manera, la acción de tutela representa el mecanismo de control a la arbitrariedad, como es lógico con independencia de que los servicios públicos prestados sean o no domiciliarios.

(...)

Sin embargo, como ha sido explicado, esta suerte de limitación implícita a la procedencia de la tutela contra particulares que brindan servicios públicos no domiciliarios resulta contraria a los artículos 4 y 86 de la Carta Política, pues se trata de una regla de exclusión que desdibuja la supremacía de la Constitución, su carácter expansivo, y resulta incompatible con la naturaleza misma de la acción de tutela como medida de protección contra la violación de los derechos fundamentales”.

La Corte en dicha ocasión, al igual que en la sentencia C-134 de 1994, afirmó que las causales previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, analizadas en los fallos mencionados,

⁶ “Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público”. Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1999.

⁷ “Esos ámbitos funcionales de la cédula de ciudadanía y su vinculación a la realización del principio democrático como fundamento de legitimidad, son los que explican que el Estado se encuentre especialmente comprometido a su trámite, expedición, renovación y rectificación y que todo ese proceso, entre otros, se haya encomendado a una órbita especializada de la función pública como la Organización Electoral. De allí por qué la cedulación constituya un servicio público que debe prestarse con especial interés pues no se trata sólo de la expedición de un documento público cualquiera sino de la concreción, para el ciudadano, de sus posibilidades de acceso a los derechos civiles y políticos reconocidos por el ordenamiento”. Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 2001.

consagraban limitaciones al ejercicio de la acción de tutela contra particulares, puesto que ésta sólo se podría intentar cuando se pretendía la protección de los derechos fundamentales enunciados, configurándose una distinción arbitraria por parte del solicitante de la protección. En ese sentido, el legislador desconoció el verdadero alcance de la acción de tutela dispuesta por el mismo Constituyente⁸.

2.3.5. Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales expuestos, la parte demandada en el presente caso resulta ser un particular que ejerce un servicio público, toda vez que se trata de un Laboratorio Clínico que dispone de un banco de sangre, el cual, como participante del Sistema de Seguridad Social en Salud, se enmarca dentro de la lógica de un servicio público que implica el control y mantenimiento de la salubridad general⁹.

En ese sentido, el Decreto 1571 de 1993 dispone que un Banco de Sangre es: “todo establecimiento o dependencia con Licencia Sanitaria de Funcionamiento para adelantar actividades relacionadas con la obtención, procesamiento y almacenamiento de sangre humana o de sus componentes separados, a procedimientos de aféresis y a otros procedimientos preventivos, terapéuticos y de investigación. Tiene como uno de sus propósitos asegurar la calidad de la sangre y sus derivados”.

En ese orden, los bancos de sangre son instituciones -privadas o públicas- que tienen una responsabilidad con la salud pública, por cuanto actúan como filtro para evitar que, a través de la extracción y donación de sangre, se diseminen enfermedades infecciosas¹⁰. Además, tienen la obligación de garantizar que la sangre y sus hemocomponentes cumplan con un máximo de calidad adecuado para las instituciones prestadoras de salud que requieran del suministro de sangre para

⁸ En sentencia C-134 de 1994 y reiterado en el fallo aludido de la C-378 de 2010, la Corte Constitucional afirmó “Al respecto, cabe preguntarse: ¿Acaso no procede la acción de tutela cuando se pretenda proteger, por ejemplo, el derecho fundamental a la honra (Art. 21 C.P.), o los derechos fundamentales de los niños (Art. 44 C.P.) frente a los particulares que presten el servicio público de educación? ¿Acaso no procede la acción de tutela cuando se pretenda proteger, por ejemplo, el derecho fundamental a la integridad física (Art. 12 C.P.), o el derecho fundamental de petición (Art. 23 C.P.), o el derecho fundamental a la igualdad (Art. 16 C.P.), frente a los particulares que presten el servicio público de salud? ¿Acaso no procede cuando el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación y pretenda que se le ampare, por ejemplo, su derecho fundamental a la igualdad (Art. 16 C.P.), a la libertad de expresión (Art. 20 C.P.) o a la circulación (Art. 24 C.P.)? La respuesta a estos interrogantes es una sola: la acción de tutela no puede ser un instrumento discriminatorio respecto de la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, así sea frente a otras personas particulares”.

⁹ Ministerio de Salud y de la Protección Social, Instituto Nacional de Salud, Circular 0082 de 16 de agosto de 2011.

¹⁰ De la misma manera, el decreto 1571 de 1993 en el artículo 5 consagra que la obtención de la sangre humana y la práctica de cualquiera de las actividades que menciona el artículo 2 de la misma norma, es decir, obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y de sus componentes o hemoderivados, sólo puede hacerse en instituciones médico – asistenciales, servicios de medicina transfusiones y bancos de sangre que hayan obtenido Licencia Sanitaria de Funcionamiento para tal fin, expedida por la autoridad competente.

salvaguardar, principalmente, los derechos a la salud y a la vida de quienes tienen a su cargo.

2.4. MARCO NORMATIVO DE LA ACTIVIDAD EJERCIDA POR LOS BANCOS DE SANGRE¹¹

2.4.1. La actividad ejercida por los bancos de sangre es de interés público, y en esa medida, se trata de una labor que es estrictamente reglada por el Estado, ya que implica cuestiones tan relevantes como la preservación de la salud y la salubridad pública.

2.4.2. La Ley 9a de 1979 “Por la cual se dictan medidas sanitarias”, hace las veces de Código Sanitario Nacional. Dicha normativa aún vigente y con algunas modificaciones, regula en su Título IX todo lo relacionado con las “Defunciones, traslado de cadáveres, inhumación y exhumación, trasplantes y control de especímenes”. El artículo 516, ubicado dentro del título mencionado, dispone:

“Además de las disposiciones del presente título, el Gobierno por intermedio del Ministerio de Salud, establecerá las normas y procedimientos para:

(...)

g) Controlar la obtención, conservación y utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres o proporcionados por seres vivos para fines terapéuticos, y

h) Que todos los especímenes quirúrgicos obtenidos con fines terapéuticos o de diagnóstico sean sometidos a examen anatomopatológico, con el objeto de que los estudios epidemiológicos de morbilidad sean completos”.

En el mismo sentido consagra:

“ARTICULO 543. Para efectos de donación o traspaso de órganos, tejidos o líquidos orgánicos por parte de una persona viva, el Ministerio de Salud establecerá qué certificaciones deberán presentarse para acreditar científicamente que el acto no constituye un riesgo distinto del que el procedimiento conlleve, para la salud del donante ni para la del posible receptor.

ARTICULO 544. Únicamente podrán funcionar los establecimientos dedicados a la extracción, transfusión y

¹¹ El marco normativo que se presenta en este título fue corroborado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante escrito de 15 de febrero de 2012 y por la Secretaría de Salud de Santander por escrito del Secretario de Salud Departamental, Ricardo Flórez Rueda, del 28 de febrero de 2012, ambos recibidos por la Secretaría de la Corte Constitucional como prueba en sede de revisión.

conservación de sangre total o de sus fraccionados, cuando reúnan las condiciones de orden sanitario, científico y de dotación que se establecen en la presente Ley y sus reglamentaciones.

ARTICULO 545. Se prohíbe la exportación de sangre o de sus fraccionados, salvo en los casos de excepción que establezca la presente Ley. (...)

ARTICULO 546. El Ministerio de Salud deberá:

- a) Determinar los requisitos mínimos de orden científico y técnico que deberán llenar las personas y los establecimientos que practiquen los estudios anatómo-patológicos;*
- b) Establecer las normas sobre preservación, transporte, almacenamiento y disposición final de órganos, tejidos y líquidos orgánicos o de seres vivos para trasplantes en otros casos terapéuticos a fin de eliminar cualquier riesgo para la salud o el bienestar de la comunidad;*
- c) Los resultados de los estudios anatómo-patológicos realizados en establecimientos distintos de aquel en que se haya practicado la intervención quirúrgica deberán hacerse conocer del médico tratante y de la institución remitente;*
- d) Establecer sistemas de información necesarios para que los diagnósticos logrados mediante estos estudios anatómo-patológicos, sean puestos oportunamente en conocimiento de las autoridades sanitarias y cumplan adecuadamente el objetivo enunciado”.*

2.4.3. En cumplimiento de lo ordenado por el Código Sanitario, el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto 1571 de 1993 “*Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto al 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*”. En su artículo 2 dispone que:

“La salud es un bien de interés público. En consecuencia son de orden público las disposiciones del presente Decreto, mediante las cuales se regulan las actividades relacionadas con la obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y de sus componentes o hemoderivados, así como su distribución y fraccionamiento por parte de los establecimientos aquí señalados”.

La reglamentación de dicho decreto, aplica a todos los establecimientos o dependencias dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre, es por ello que su contenido se concentra en establecer definiciones generales, entre las que se encuentra el “banco de sangre”, y determina los principios y directrices sobre la obtención y conservación de la sangre humana. Por otra parte, crea instituciones básicas en esta área, como la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional, y clasifica los bancos de sangre y los servicios de transfusión, entre otros temas que regulan la actividad mencionada de acuerdo a parámetros de salubridad.

En el marco de dicha regulación, y a propósito del problema jurídico que trae el caso bajo estudio, debe resaltarse el Título III sobre “De los donantes de sangre”, en el que se dispone:

ARTICULO 28. Por ser la salud un bien de interés público, donar sangre es un deber de solidaridad social que tienen las personas y, por ningún motivo, podrá ser remunerado. Para la donación deberán acreditarse los siguientes requisitos y condiciones:

- a) Ser mayor de 18 años y menor de 65 años.*
- b) Que el acto de donación sea consciente, expreso y voluntario por parte del donante.*
- c) Que tenga un peso mínimo de 50 kilogramos.*
- d) Practicar valoración física con el fin de verificar: que la temperatura, la presión arterial y el pulso se encuentren dentro de rasgos normales.*
- e) Ausencia de signos, síntomas o antecedentes de enfermedades infecciosas que se transmitan por vía transfusional.*
- f) Ausencia de embarazo.*
- g) Que no haya donado sangre total durante un lapso no menos de cuatro (4) meses.*
- h) Que previa determinación posea valores de hemoglobina y de hematocrito dentro de los rasgos normales.*
- i) Que no haya recibido dentro del último año, transfusiones de sangre o de sus componentes.*

j) No haber sido vacunado dentro de los 15 días anteriores a la donación.

k) No estar utilizando medicamentos contraindicados para la donación señalados en el manual de normas técnicas que expida el Ministerio de Salud.

l) Ausencia de signos, síntomas o antecedentes de alcoholismo, drogadicción, de enfermedades infecciosas transfusionales, así como también de enfermedades crónicas o degenerativas que comprometan la salud del donante y/o del receptor, establecidos por interrogatorio y/o por examen físico.

m) Y otras que determine el Manual de Normas Técnicas que expida el Ministerio de Salud.

PARAGRAFO PRIMERO. Todos los donantes potenciales deben recibir materiales educativos referentes a los riesgos de enfermedades transmisibles por transfusión, con el fin de darles la opción de autoexcluirse de donar sangre.

PARAGRAFO SEGUNDO. El Ministerio de Salud emitirá las normas técnicas que regulen en lo pertinente al presente artículo y fijarán los criterios científicos para la aplicación del mismo.

ARTICULO 29. Los donantes deberán ser seleccionados y clasificados con sujeción a los requisitos establecidos por este Decreto y demás medidas indispensables para la preservación de su salud.” (negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, tal como lo mencionó el Ministerio de Salud en el concepto enviado al Magistrado Sustanciador para efectos de bien resolver, el decreto ordena que en todo procedimiento de transfusión de sangre total o de cualquier componente que contenga eritrocitos, es obligatorio realizar previamente las pruebas de compatibilidad correspondientes definidas en el Manual de Normas Técnicas y Procedimientos que expida el Ministerio de Salud¹². Dicha regla general es exceptuada por la misma normativa, en los casos en los que se presentan situaciones de extrema urgencia o emergencia que pone en

¹² De acuerdo con el Decreto 1571 Artículo 42 se deben efectuar en una muestra de sangre de cada donante, bajo la responsabilidad del Director del Banco de Sangre cualquiera que sea su categoría las siguientes pruebas obligatorias: Determinación Grupo ABO (detección de antígenos y anticuerpos), **Detección de Anticuerpos para HIV 1-2** , Anticuerpos para HVC , Detección anticuerpos del virus de hepatitis C, Antígeno de superficie para Hepatitis B (HbAgS), Serología de Sífilis, Anticuerpos contra el Tripanosoma cruzi (Enfermedad de Chagas), Determinación factor Rh y variante Du en los casos a que haya lugar.

peligro la vida de una persona y no existe la posibilidad de cumplir con los procedimientos necesarios prescritos en el mismo decreto¹³.

2.4.4. Como consecuencia de las órdenes emitidas por el decreto expuesto, el Ministerio de Salud emitió el “Manual de normas técnicas, administrativas y de procedimiento en bancos de sangre” a través de la Resolución 901 de 1996. Las normas de dicho Manual son de aplicación y observancia obligatoria para todos los establecimientos que presten el servicio de banco de sangre dentro de sus servicios de salud, en cualquier nivel de atención y grado de complejidad. En ese sentido, regula los objetivos, infraestructura y requisitos de los bancos de sangre, así como las entidades que ejercen su control e inspección, y las actividades de transfusión sanguínea, recolección y pruebas de la sangre donada, entre otros temas, de manera detallada. De esa forma, los bancos de sangre del territorio nacional deben cumplir con las disposiciones contenidas en el Decreto 1571 de 1993 y con la Resolución 901 de 1996 como marco normativo básico.

2.4.5. En lo referente a los donantes de sangre en esta normativa, el capítulo 3 se introduce afirmando que “*Donar sangre es un deber y un derecho de la solidaridad social que tienen las personas*”. Luego de mencionar los requisitos para proteger al donante, todos ellos basados en circunstancias de salud física, edad, peso, etc., el Manual consagra un apartado en el numeral 3.2.2 en el que se dispone los requisitos para proteger al receptor. Es allí donde se afirma:

“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.*

¹³ Ver artículos 45 a 47 del Decreto 1571 de 1973.

- Relaciones sexuales con las personas incluidas en los anteriores numerales o con los trabajadores sexuales.

- Infecciones por HTLV I-II cuando se manifiesten clínicamente o por laboratorio, los donantes deben ser diferidos indefinidamente. (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Como puede evidenciarse, es en dicha Resolución, la primera vez en la que se nombran *las relaciones sexuales con hombres homosexuales* como criterio para diferir la donación de sangre. De la misma manera, la homosexualidad es también nombrada como un criterio de autoexclusión y de riesgo en los casos de urgencia y emergencia, como se transcribe a continuación:

“3.5 Criterios de autoexclusión para donantes de sangre: (...) Relaciones homosexuales, bisexuales promiscuas, casuales o con personas diferentes a su pareja y sin protección (sin condón.

(...)

9.1.8. Variaciones técnicas de la norma para casos de emergencia:

Durante las emergencias los bancos de sangre y servicios y servicios de transfusión efectuarán el siguiente ajuste a las normas usuales para el uso terapéutico de la sangre: Evaluación de donantes:

(...)

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”

2.4.6. Además de la normativa señalada anteriormente, existen otras leyes y resoluciones del Ministerio de Protección Social y Salud, que regulan la actividad de los bancos de sangre en materias más especializadas como: el Decreto 1543 de 1997 “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)”, la Ley 919 de 2004 “Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por estos componentes”, el Decreto 2323 de 2006 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 9ª de 1979 en relación con la Red Nacional de Laboratorios y se dictan otras disposiciones, integra a Bancos de sangre

en la Red de laboratorios”, el Decreto 3518 de 2006 “Por el cual se crea y reglamenta el Sistema de Vigilancia en Salud Pública y se dictan otras disposiciones”, el Decreto 3355 de 2009 “Por el cual se conforma el Comité Nacional de Promoción de la Donación Voluntaria y Habitual de Sangre”, entre otras. No obstante, para efectos del presente caso no se hace necesario detenerse sobre sus disposiciones.

2.4.7. Ahora bien, de todo el marco normativo expuesto sobre los bancos de sangre y de la actividad que desempeñan dentro del sistema de salud, se puede concluir lo siguiente: i) la donación de sangre es una decisión voluntaria e individual que se sustenta en el deber de solidaridad social; ii) en circunstancias de normalidad, los bancos de sangre tienen la obligación de realizar las pruebas de VIH a la sangre donada en todos los casos, es decir, la información registrada en la encuesta del donante está sujeta a vigilancia por parte de la unidad; iii) como criterio para proteger al receptor, las personas que tienen relaciones sexuales promiscuas o los hombres homosexuales son sujetos considerados como “de riesgo potencial”, ya que se considera que están expuestos a riesgos de infección transmisible por la sangre, factor que contraindica la donación ofrecida¹⁴; y iv) la clasificación como donante de riesgo genera, para el profesional médico responsable de valorar la entrevista o encuesta, entre otros, el deber de excluir al donante o verificar su riesgo con las pruebas científicas pertinentes y realizar los procedimientos necesarios para la protección de la salud pública¹⁵.

2.5. ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN DE DONACIÓN DE SANGRE POR PARTE DE HOMBRES HOMOSEXUALES – CONTEXTO HISTÓRICO

2.5.1. La tendencia de consagrar normativamente una prohibición de donación de sangre para los hombres homosexuales, tuvo sobretodo un origen

¹⁴ Esta interpretación deviene de lo preceptuado en la Resolución 0901 de 1996 en su numeral 12.3.2., el cual dispone que el producto sanguíneo con riesgo potencial es aquel producto considerado nocivo para el receptor, en función de la ficha del donante o del resultado de los marcadores del laboratorio. Uno de los casos que se sugiere ser de riesgo potencial es aquel en el que el donante presenta una encuesta que sugiere exposición potencial de VIH o que sea reactivo a cualquiera de las pruebas de tamizaje del banco de sangre. En ese orden, y como se mencionó anteriormente, uno de los criterios previstos por la normativa para diferir la donación para proteger al receptor del VIH, es que el donante haya tenido relaciones con hombres homosexuales en los últimos 15 años, considerándose éste como agente de riesgo potencial.

¹⁵ Resolución 901 de 1996, Manual de normas técnicas, administrativas y de procedimientos en bancos de sangre: **12.3.1 Donante De Riesgo:** El donante se considerará “de riesgo” cuando la encuesta o los análisis de laboratorio de su sangre, sugieran que está expuesto a riesgos de infección transmisible por la sangre o de enfermedad que contraindique la donación. La clasificación como “donante de riesgo” genera las siguientes decisiones: Exclusión del donante; Cancelación de la flebotomía si ésta no se ha producido. Confirmación del riesgo del donante en el banco o en un laboratorio de referencia; Clasificación del producto sanguíneo (si se hubiese obtenido), como “producto sanguíneo de riesgo potencial”; Notificación precisa y oportuna al sistema de vigilancia; Captación del donante por parte del sistema de vigilancia y remisión a la institución competente para la atención adecuada de su riesgo. La captación y atención del donante de riesgo o del caso detectado en el banco, se consideran procedimientos específicos de especial importancia para la salud pública y deben ser realizados por personal competente.

En términos generales no se considera conveniente que el banco realice la captación y atención de casos ni de donantes de riesgo.

histórico a partir la década de los años 80, desde la detección del Virus de Inmunodeficiencia Humana –VIH, en personas en su mayoría homosexuales. Existen diversas teorías acerca del origen y propagación de la enfermedad, una de las cuales afirma que los primeros casos, no documentados, aparecieron en África en los años 70¹⁶.

Concretamente, en el año de 1981, diversos centros para el control de enfermedades en Estados Unidos dieron a conocer un primer reportaje sobre un tipo de neumonía denominada *Pneumocystis carinii* combinada con un tipo de cáncer de piel de manchas rosadas –*sarcoma de kaposi*– en cinco hombres homosexuales residentes de Los Ángeles¹⁷. Las pruebas sanguíneas de estos pacientes mostraron que carecían del número adecuado de un tipo de células sanguíneas, concretamente linfocitos, llamados T CD-4, que desempeñan un papel primordial en la regulación del sistema inmunológico. Como consecuencia de la disminución de dichos linfocitos, los pacientes se convirtieron en seres vulnerables ante cualquier infección causada por agentes que en circunstancias normales no producirían efectos nocivos en una persona sana¹⁸.

¹⁶ “Desde el descubrimiento de SIDA en el año 1981, han surgido varias teorías, acerca de su origen. Muchas de estas teorías han sido descartadas por no tener una base científica; hasta que ahora solo circulan dos hipótesis. Los dos partes del origen del VIH, que ahora es generalmente aceptado, que el virus ha tenido su origen en el VIS (Virus de Inmunodeficiencia Símica), transmitió al hombre por el chimpancé. Un grupo de científicos del Laboratorio Nacional de Los Álamos (Nuevo México) han rastreado el origen del virus que causa el SIDA utilizando una sofisticada computadora, capaz de hacer billones de combinaciones matemáticas, se ha podido recomponer las mutaciones que ha sufrido el VIH y calcular cuando pasó de un chimpancé a un hombre por primera vez. El resultado es que el VIH se originó en 1930 en algún lugar de África central. El primer caso conocido del virus VIH en África se remonta al año 1959, en la sangre almacenada en un laboratorio de un individuo de sexo masculino del Congo.(...) Un estudio epidemiológico realizado por un equipo de investigadores del IRD (Instituto de investigación para el desarrollo) en Montpellier, Francia, revela la enorme variabilidad de las cepas virales que circulan en la República democrática del Congo (antes Zaire). Estos resultados confirman que el virus está presente desde hace largo tiempo en esta región y que África Central podría ser efectivamente el epicentro de la pandemia. Dicho estudio cuestiona la controvertida hipótesis de una transmisión del VIH 1 al hombre a consecuencia de una campaña de vacunación contra la poliomieltis lanzada en Zaire a principios de los años 1960: el hombre era portador de la cepa viral que originó la pandemia mucho antes de esta fecha”. “Infecciones de transmisión sexual ITS-VIH SIDA; El origen del VIH – SIDA”. Organización Panamericana de la Salud. Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud. <http://www.ops.org.bo/its-vih-sida/?TE=20040628161702> Consultada el 1 de marzo de 2012.

¹⁷ Tomado de diferentes artículos científicos allegados a la Corte Constitucional por Colombia Diversa, entre los cuales se encuentra, “Blood donation, deferral and discrimination: FDA donor deferral policy for men who have sex with men”. Galarneau, Charlene. The American Journal Bioethics (feb 2010). Además, “El tratamiento jurídico de los portadores del VIH y pacientes con SIDA en Colombia. UN estudio sobre derechos y obligaciones”. Coral Pabón, Manuel Antonio. Universidad de Nariño, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.(2010). Pgs. 12, 13 y 14.

¹⁸ Ibidem. El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia, mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2012 a la Secretaría General de la Corte Constitucional, como concepto técnico, afirmó; “La exclusión de los hombres que han tenido sexo con otros 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 (...) 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”.

2.5.2. En 1982, la enfermedad fue denominada por los científicos y la comunidad médica como “Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida” (SIDA), y en los años posteriores se presentaron casos variados que llegaron a concluir que una de las formas más frecuentes por las que el VIH es transmitido, es a través de las relaciones sexuales, es decir, por transmisión sexual. En razón de lo anterior, se ha generado un gran acopio de datos básicos en el análisis de la sexualidad con preguntas dirigidas a conocer prácticas sexuales, frecuencia, preferencias, actividad sexual, conocimiento de métodos anticonceptivos y de prevención de enfermedades de transmisión sexual, entre otros factores, siendo éstos los principales.

2.5.3. Dado que los primeros casos se presentaron en hombres homosexuales, se dedujo inicialmente que la epidemia era selectiva y afectaba casi de manera exclusiva a este grupo de población. En respuesta a esta situación, varios países a nivel mundial incluyeron en sus normativas la prohibición –definitiva o temporal- de que los hombres homosexuales fueran donantes de sangre, debido a la creencia sobre el riesgo potencial de infección de VIH que tenía estas personas. Por ejemplo, países como Canadá, Dinamarca, Alemania, Estados Unidos, Suiza, entre otros, prohíben de manera permanente a los hombres que han tenido sexo con hombres desde 1977, donar sangre; otros como Argentina, Australia, Brasil, Suecia y Gran Bretaña difieren la donación para aquellos hombres que han tenido sexo con otros hombres en los últimos 12 meses; y otros, como España, Italia y Polonia, no mencionan las relaciones sexuales entre hombres como criterio de selección de donantes.¹⁹

2.5.4. No obstante lo anterior, con el avance de los diferentes estudios científicos se notó, posteriormente, que similares disfunciones de tipo inmunológico se presenta también en otros grupos de personas como: i) heterosexuales adictos a las drogas de inoculación intravenosa; ii) heterosexuales no adictos que han tenido relaciones sexuales sin protección; y iii) quienes han recibido una transfusión sanguínea reciente²⁰, lo que desvirtuó el mito de que el VIH/SIDA era una enfermedad exclusiva de los homosexuales.

¹⁹ Tomado de los estudios y artículos científicos allegados por Colombia Diversa en su concepto técnico; entre varios, “Bad Blood”. Hurley, Richard. Vol. 338 (march 2009) (sin más referencias); “Blood donation, deferral and discrimination: FDA donor deferral policy for men who have sex with men”. Galarneau, Charlene. The American Journal Bioethics (feb 2010); “Donor understandig and attitudes about current and potencial deferral criteria for high – risk sexual behavior”. Goldman, Mindy. Yi, Qi-Long. Ye, Xibiao. Tessier, Lorna and O'Brien, Sheila F. Transfusion., 51, (8) 1829-1834 (2011); y el escrito allegado el 9 de marzo de 2012 a la Secretaría General de la Corte Constitucional, como concepto técnico del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia.

²⁰ “Guía práctica del sida. Clínica, diagnóstico y tratamiento” J.M. Gatell, B.C Lotet, D. Podzamczar, JM. Miró y J. Mallolas. Ed. Masson (2005). Pgs. 66 y 67. “El tratamiento jurídico de los portadores del VHI y pacientes con SIDA en Colombia. UN estudio sobre derechos y obligaciones”. Coral Pabón, Manuel Antonio. Universidad de Nariño, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (2010). Pgs. 12, 13 y 14. Pagina web. Artículo “La Dimensión Psicológica del SIDA”. Organización SIDA – AIDS. <http://www.sida-aids.org/informacion/65-que-es-el-vihsida.html?start=2> . Consultada el 1 de marzo de 2012. “Donor

En ese sentido, por ser esta medida discriminatoria, por fortalecer el estigma contra la población homosexual y porque no es la orientación sexual en sí un factor de riesgo de infección, varias organizaciones han solicitado cambiar estas medidas y encausarlas sobre factores distintos²¹.

Una muestra de lo anterior sucedió recientemente en Inglaterra. Este país tenía una prohibición indefinida para los donantes hombres que tuvieran relaciones sexuales con otros hombres, y el 7 de noviembre de 2011, pasó de tener dicha restricción a una de 12 meses, es decir, estableció un criterio temporal más reducido orientado en la conducta sexual y no en la identidad sexual del posible donante. El cambio de política se sustentó en un estudio realizado por “SaBTO” (“Advisory Comitee 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”*²². En ese mismo reporte se resalta la importancia de tener como criterio el “comportamiento sexual riesgoso” de los posibles donantes, y no la orientación sexual en sí misma²³.

Otro caso importante es Argentina, país en el que el año pasado se presentó una iniciativa ante el congreso, que actualmente se encuentra en debate, de organizaciones civiles y entidades del Estado para reevaluar el criterio de la orientación sexual para la selección de donantes. En efecto, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo adscrito al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, ha establecido en sus dictámenes, que la restricción de donar sangre por parte de homosexuales discrimina a esta población, y en esa medida, las situaciones de riesgo deben referirse a las prácticas sexuales del posible donante, sin tener en cuenta la orientación sexual que tenga el individuo; *“(…) se considera que a la hora de establecer limitaciones basadas en el potencial riesgo, éste nunca debe ser medido por las características personales del/la donante, sino que debe tenerse en cuenta el hecho de haber realizado conductas que –no siendo riesgosas en sí mismas- se han llevado a la práctica de un modo riesgoso, es*

understandig and attitudes about current and potencial deferral criteria for high – risk sexual behavior”. Goldman, Mindy. Yi, Qi-Long. Ye, Xibiao. Tessier, Lorna and O’Brien, Sheila F. *Transfusion.*, 51, (8) 1829-1834 (2011).

²¹ Por ejemplo, el Consejo de ética y asuntos judiciales de la Asociación Americana de Médicos en el reporte de noviembre de 2011, hace referencia al aplazamiento de la donación de sangre por hombres que han tenido sexo con hombres (MSM, en sus siglas en inglés). Además la ONG Colombia Diversa allegó a este proceso los escritos de 23 de febrero y 9 de marzo de 2012, afirmando que la negación *“de recibir donaciones de sangre de personas homosexuales o que realicen actos homosexuales constituye un acto discriminatorio y vulnera los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad del donante en este caso”*. La Universidad Nacional, por medio de concepto realizado por el investigador Franklin Gil Hernández de la línea de biopolítica y sexualidades de la Escuela de Género de la Facultad de Ciencias Humanas, allegado a esta Corporación el 20 de febrero de 2012, afirma que es una perpetuación del estigma social.

²² Escrito allegado el 9 de marzo de 2012 a la Secretaría General de la Corte Constitucional, como concepto técnico del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia

²³ El estudio puede encontrarse en: http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_129909.pdf

decir, sin las medidas preventivas que cada caso exige (preservativos, barreras de látex, jeringas descartables, etc.)”²⁴.

2.5.5. En conclusión, el criterio de la homosexualidad en hombres para diferir la donación de sangre, es un criterio que tiene su origen en un marco histórico específico, el cual ha sido reevaluado en diferentes legislaciones con fundamento en información científica más reciente sobre las causas del VIH. En efecto, estudios científicos han mostrado que una de las formas de transmisión de la enfermedad son las prácticas sexuales inseguras, y no la orientación sexual de las personas en sí misma. La restricción de donar sangre a los hombres homosexuales constituye por tanto una medida que no es conducente para lograr identificar a los donantes que configuran un riesgo, ya que va dirigido, no a los comportamientos sexuales riesgosos que son los que realmente están expuestos a una transmisión de VIH, sino a una calidad íntima de la identidad del donante, que *per se* no identifica riesgo alguno.

2.6. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN – TEST DE PROPORCIONALIDAD – CRITERIO SOSPECHOSO

2.6.1. El derecho a la igualdad y no discriminación es uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho, y una de las garantías de protección de los grupos tradicionalmente discriminados y marginados en la sociedad. En virtud de este principio, a las autoridades estatales se les impone el deber de abstenerse de incentivar o de realizar tratos discriminatorios, por una parte; y por otra, el deber de intervenir, sobre el cual el Estado debe tomar las medidas necesarias tendientes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan los grupos poblacionales discriminados²⁵. En el mismo sentido, en cabeza de las autoridades estatales se encuentra el deber especial de protección, el cual implica la obligación de salvaguardar a los grupos minoritarios –o tradicionalmente discriminados- de actuaciones o prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias²⁶.

²⁴ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos INADI. Buenos Aires, Argentina, 03-06-08. Dictamen No. 137/08. Pág. 27. <http://inadi.gob.ar/uploads/dictamenes/137-08-ME2026-07.pdf> Documento allegado como anexo al concepto técnico de la organización Colombia Diversa el día 9 de marzo de 2012.

²⁵ Ver sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁶ “El deber de protección se expresa en diferentes conductas. En cumplimiento de su deber protector el Estado no sólo tiene la obligación de abstenerse de vulnerar o amenazar, a través de sus agentes, los derechos reconocidos por las normas internas y por las normas internacionales. También se halla obligado a tutelar y guardar la vida, la libertad, la honra, la intimidad y las demás cosas justas de las cuales son titulares las personas sujetas a su jurisdicción. Para ello, por medio de los hombres y mujeres que ejercen su autoridad, dicta leyes, profiere actos administrativos y desempeña un enorme conjunto de actividades cuya realización permite a quienes en su territorio habitan poner en práctica, dentro de condiciones de igualdad, seguridad y libertad, los derechos a ellos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Ponencia del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 15 de mayo de 2005 ante el Congreso de la República de Colombia. <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=19&cat=24>

2.6.2. Siendo Colombia estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es posible traer a colación lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo referente al principio de igualdad y no discriminación. En ese orden de ideas, la Corte ha declarado que dicho principio debe considerarse como perteneciente al *ius cogens* internacional, ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público y es un principio fundamental sobre el cual se basa todo ordenamiento de un Estado democrático.

Así mismo, ha mencionado que hoy en día no pueden admitirse actos o decisiones que entren en oposición con dicho principio, por ende, no se admiten actos discriminatorios contra ninguna persona por razones 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. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben: a) abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*; b) adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas, y; c) establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana²⁷.

2.6.3. Por su parte, la Corte Constitucional en desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia ha anotado que dicha disposición concreta tres tipos de reglas; a) en el inciso 1° se establece el principio de *igualdad formal o igualdad ante la ley*, o en general ante el Derecho, el cual le es consustancial la *prohibición de discriminación* que obliga evitar establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica; b) en el inciso 2° se establece el deber del Estado de promover condiciones de igualdad real para la protección de grupos discriminados o marginados, haciendo referencia concreta a *la igualdad material o igualdad de trato*; y c) en el inciso 3° se impone al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, y la responsabilidad de sancionar los abusos o maltratos que se hagan contra estas personas.

Los deberes antes mencionados imponen al Estado “*adoptar medidas positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una compensación transitoria para lograr la igualdad de*

²⁷ Corte IDH. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Párr. 100 y 101; Caso Velez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 152.

oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad”²⁸.

2.6.4. Ahora bien, el principio de igualdad y no discriminación no implica que en toda circunstancia deba darse el mismo trato a todas las personas; hay casos en los que puede aplicarse un trato diferencial, pero éste debe estar sustentado en justificaciones objetivas y razonables. Imponer medidas que no tengan la debida justificación sobre la distinción o la diferencia de trato, implicaría un trato discriminatorio. En efecto, cuando se pretenda implementar alguna regulación que cause la diferenciación de personas o de un grupo de personas, el trato diferente debe ser razonable, lo que significa que debe i) tener un fundamento, es decir, estar justificado, y ii) debe obedecer al principio de proporcionalidad, de tal manera que no termine por afectar otros derechos fundamentales²⁹.

2.6.5. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, para determinar si un trato, actuación o medida es o no discriminatoria, ha aplicado el juicio de proporcionalidad. De acuerdo con este método de escrutinio, el juez u operador jurídico debe estudiar si la medida “(i) *es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de **proporcionalidad** en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada*”³⁰.

²⁸ Al respecto, por ejemplo ver sentencias C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-388 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, SU-389 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao.

²⁹ Ver sentencia T-493 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁰ “Para que sea admisible el trato diferente y por lo mismo constitutivo de una **diferenciación constitucionalmente legítima**, deben existir los siguientes requisitos: “- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en diferente situación de hecho; - En segundo lugar, que el trato diferente que se les otorga tenga una finalidad; - En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; - En cuarto lugar; que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga-, sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden racionalidad interna; - Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Por esta vía se transita hacia la distinción entre discriminación y diferenciación, que es el elemento fundamental para calibrar el alcance del principio de igualdad. Dicho principio, en efecto, veta la discriminación, pero no excluye que los poderes públicos otorguen tratamientos diversos a situaciones distintas -la diferenciación-. El artículo 13 de la Constitución no prohíbe, pues, tratamientos diferentes a situaciones de hecho distintas. La distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta está constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable.” Sentencia T-330 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Entre otras, sentencias T-848 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-493 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2.6.6. Además, la Corte ha considerado conveniente introducir diferentes grados de rigor al realizar el examen, según la disposición legal o administrativa que se estudia en cada caso determinado, los criterios de diferenciación empleados por la normativa y los derechos o principios en pugna. Para lo anterior, esta Corporación ha establecido tres grados de rigor:

*“Con referencia particular a la ley, se ha dicho entonces que (i) por regla general se aplica un **control débil o flexible**, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución; (ii) el **juicio intermedio** se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover; (iii) por último, el **examen estricto** que se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo”³¹. (Subrayado fuera del texto).*

2.6.7. Con base en los grados mencionados, la Corte ha establecido que tratándose de medidas que sustentan el trato diferenciado en la orientación sexual³² de las personas, aquellas merecen ser estudiadas bajo el juicio de proporcionalidad estricto, toda vez que se trata de una categoría sospechosa. En la sentencia C-371 de 2000³³, señaló la Corte:

*“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.(...) Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas **categorías que se consideran sospechosas**, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr.*

³¹ Cfr. Sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³² Según los Principios de Yogyakarta –“Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual la identidad de género”- la orientación sexual es “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

³³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros” (resaltado fuera del original).

Este carácter sospechoso, con reiteración ha dicho la jurisprudencia, representa “*categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales*”³⁴.

La escogencia de una orientación sexual diversa, hace parte de la identidad que cada persona desea darle al desarrollo de su existencia, constituyéndose como una calidad inherente a su vida, y en ese orden de ideas, dicha categoría se funda en rasgos permanentes de la persona sobre los cuales no puede prescindir por voluntad propia.

2.6.8. La Corte Constitucional ha aplicado el test de proporcionalidad estricto a casos donde hay un trato diferenciado con base en la orientación sexual de las personas, como se verá a continuación.

En sentencia T-301 de 2004³⁵, el actor interpuso acción de tutela contra el Departamento de Policía de Santa Marta, toda vez que, en varias ocasiones, mientras se encontraba compartiendo con varios amigos en un sector de la ciudad, fueron insultados y “desalojados” por agentes de la policía que afirmaban que la mala imagen de un grupo de homosexuales reunidos afectaba la moral pública. El accionante fue detenido y retenido por los auxiliares de policía una de las varias ocasiones que los insultaron y hostigaron. La Corte amparó los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, y en consecuencia, ordenó al comandante del Departamento de Policía impartir las instrucciones necesarias para cesar los hostigamientos contra el grupo de homosexuales. La Corte consideró que:

“Para la Sala es claro, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia (i) que en el caso de la referencia es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad por cuanto (a) el fundamento del trato discriminatorio es un criterio sospechoso –condición sexual -, y (b) el fin perseguido con la actuación administrativa es la salvaguarda de la moral pública (concepto extremadamente

³⁴ Ver sentencias T-098 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-410 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-112 del 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-964 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-898 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

vago). De la aplicación de esta evaluación surge fácilmente que las preferencias homosexuales de ciertos ciudadanos hacen parte de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación, tan sólo excepcionalmente restringible por parte del Estado. En ese sentido, no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido –la guarda de la moral social- con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía”.

En sentencias T- 499 de 2003³⁶ y T-848 de 2005³⁷, la Corte analizó dos casos que tenían que ver con centros penitenciarios en los cuales se había realizado algún tipo de discriminación por orientación sexual. En el primero de ellos se examina el caso de una interna a la que el Director de la cárcel le negó la visita íntima de la pareja del mismo sexo. La Corte ordenó permitir la entrada y asegurar las visitas íntimas de parejas homosexuales, considerando que resultaba ser un criterio sospechoso de discriminación. Así, la Corte consideró que:

“(...) la orientación sexual de las personas privadas de su libertad, no constituye una justificación razonable y proporcional a la luz de la Constitución y las leyes, para impedir la visita íntima. En consecuencia, a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los reclusos y de sus visitantes, particularmente de su derecho fundamental a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las autoridades penitenciarias y carcelarias deben garantizar el ejercicio del derecho a la visita íntima de las parejas homosexuales”.

En el segundo caso, se revisaron varias tutelas interpuestas por mujeres que se quejaban por las requisas abusivas a las que eran sujetas tanto las reclusas como las mujeres visitantes en la Cárcel Villahermosa de Cali. El Director argumentó que el hecho de que las guardianas no eran lesbianas demostraba que las requisas a las cuales eran sometidas las mujeres que visitaban la Cárcel no eran morbosas. La Corte rechazó enfáticamente este criterio, y afirmó:

³⁶ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“Ser heterosexual no es sinónimo de ‘inocencia’ y ser homosexual no es sinónimo de ‘culpabilidad’. ¿Acaso saber que una guardiana es lesbiana implica demostrar que sí se practican requisas ilegales en la cárcel? ¿Acaso prueba que las requisas se hacen con ‘morbo’? No es admisible que el Director de una cárcel del país considere que ‘ser lesbiana’ demuestre o sea un indicio de que una guardiana somete a las mujeres que visitan la cárcel a requisas degradantes. El ejercicio de una libertad fundamental, como lo es la libertad sexual, la cual, entre otros ámbitos, protege la orientación sexual de toda persona, no puede ser considerado una prueba o un indicio de una conducta ilegal. Los Directores de los centros carcelarios del país tienen el deber de respetar y proteger el goce efectivo de la libertad sexual de los miembros de la comunidad carcelaria, no desconocerlos”.

En sentencia C-075 de 2007³⁸, la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 *“Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*. El demandante alegaba que las normas acusadas excluían a las parejas homosexuales y esto implicaba una violación a la dignidad humana y a los derechos de asociación. La Corte estableció que la discriminación por sexo está prohibida por el ordenamiento constitucional, y que la discriminación por orientación sexual puede entenderse como una clase de discriminación por sexo, y en ese sentido, todo trato diferenciado basado en la orientación sexual se presume inconstitucional³⁹. Afirmó lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias

³⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ Resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que se señaló que; a) en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría ‘orientación sexual’, la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación; y b) se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto. Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37 y Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941/2000, respectivamente.

para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente”.

Los criterios establecidos en el fallo anterior fueron reiterados en la sentencia C-029 de 2009⁴⁰, en la que esta Corporación tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad de las disposiciones de varias leyes, que según los demandantes, configuraban un trato discriminatorio para las parejas homosexuales, toda vez que a pesar de tener en su contenido las expresiones “*compañero y compañera permanente*”, en la realidad se mantenía una diferencia de trato con las parejas homosexuales, incumpliendo lo establecido por la sentencia C-075 de 2007. La Corte aplicó el test de proporcionalidad, y recordó que éste es un instrumento “*valioso para el análisis de los problemas de igualdad que surgen en aquellos eventos en los cuales determinadas disposiciones incorporan razones para dar un tratamiento distinto a supuestos de hecho que son asimilables*”. La Corte decidió declarar exequibles las disposiciones demandadas, en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplicarán en relación a los integrantes de parejas del mismo sexo⁴¹.

Finalmente, en la sentencia de T-492 de 2011⁴², la Corte Constitucional declaró que el despido unilateral de una mujer que tenía una orientación sexual distinta, debido a que le exigían ponerse falda, resultaba ser un trato que vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En sus palabras, indicó:

“(...) el derecho al libre desarrollo de la personalidad está encaminado a que se respeten las decisiones que adopte una persona sobre sí misma, inherentes a la determinación autónoma de su modelo de vida, siempre que no afecte derechos ajenos ni el orden jurídico; recuérdese que los reglamentos y ordenamientos “deben estar acordes, en su contenido, con los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución”, y no se puede desatender el libre desarrollo de la personalidad sin un sustento constitucional que necesaria y proporcionalmente justifique la limitación”.

2.6.9. Los fallos citados demuestran que la orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía

⁴⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴¹ Se declaró inhibida en aquellas disposiciones en las que se demandaron las expresiones “familia”, “familiar” o “grupo familiar”.

⁴² M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

individual y que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. En tal sentido, todo trato desigual que se funde en móviles de opción sexual, en principio, está constitucionalmente prohibida, y por ende, toda distinción sustentada en esta condición constituye una categoría sospechosa que implica aplicar el test de proporcionalidad en su grado de escrutinio más estricto.

Con base en los criterios jurisprudenciales antes expuestos y teniendo en cuenta el origen de el criterio de diferir la donación de sangre de hombres homosexuales, la Sala procederá a resolver el caso concreto.

2.7. CASO CONCRETO

2.7.1. Resumen de los hechos

2.7.1.1. El señor Julián manifiesta que se acercó voluntariamente a donar sangre al Laboratorio Clínico Higuera Escalante, y al momento de diligenciar la encuesta se le preguntó si había tenido relaciones sexuales con otros hombres y si era homosexual. Ambas preguntas fueron respondidas por el actor afirmativamente, por lo que no se le permitió donar. Por lo anterior, Julián interpuso acción de tutela contra el Laboratorio argumentando la violación de sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad.

La entidad demandada se defendió sosteniendo que uno de los criterios para proteger al receptor de sangre, y por ende, diferir la donación de sangre de un ciudadano, es el riesgo de infección del VIH; uno de cuyas posibles causas son, las relaciones homosexuales entre hombres. De esa forma, aseguro que no se trata de un trato discriminatorio sino de criterios científicos que son aplicados al momento de recibir una donación.

El juez de instancia denegó el amparo solicitado porque consideró que el Laboratorio estaba cumpliendo con los estándares y criterios establecidos por las normas del Ministerio de Salud, y no se vislumbraba un trato discriminatorio contra el accionante.

2.7.2. Examen de procedencia de la acción de tutela

2.7.2.1. Legitimación por activa

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 habla acerca de las personas que están legitimadas para presentar la acción de tutela. Al respecto, señala:

"Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos (...)"

En este caso Julián, el accionante, ejerció la acción de tutela por sí mismo por considerar que la denegación del laboratorio a aceptarlo como donante vulneraba sus derechos fundamentales, cumpliéndose con lo establecido en el artículo precedente.

2.7.2.2. Legitimación por pasiva

El artículo 42 del decreto 2591 de 1991 sobre procedencia de la acción de tutela contra particulares, dispone que la demanda podrá dirigirse contra encargados de la prestación de servicios públicos.

Como se explicó en la sentencia T-1015 de 2006⁴³, *“la legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada “en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello.”*⁴⁴

Los bancos de sangre, según lo establecido en la circular No. 0082 de agosto de 2011 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, como participantes del sistema de seguridad social en salud, se enmarcan dentro de la lógica del servicio público, que implica el control y mantenimiento de la salubridad general.

Tomando en cuenta lo establecido en las consideraciones previas, la parte demandada es un laboratorio clínico que cuenta con un banco de sangre, que al ser un particular que presta un servicio público, como lo es la obtención, donación, conservación, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana, puede ser demandado en sede de tutela cuando sus actos configuran violaciones a derechos fundamentales.

2.7.2.3. Principio de inmediatez

⁴³ MP. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁴ Cfr. sentencias T-1015/06. MP. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Otro requisito procedimental de la acción de tutela establecido por vía jurisprudencial, es la oportunidad para hacer uso de la acción. La naturaleza principal de la acción de tutela es la de: i) proteger y restablecer los derechos fundamentales que han sido vulnerados, y ii) evitar un perjuicio irremediable cuando exista una amenaza real e inminente a un derecho fundamental. Es por esa razón que el accionante debe solicitar la protección de sus derechos fundamentales en un plazo razonable o prudencial, es decir, la acción de tutela no podría ejercitarse en un tiempo indefinido desde el momento en que ocurrió el hecho que originó la vulneración o amenaza, porque perdería su misma naturaleza y conllevaría a sacrificar la seguridad jurídica⁴⁵.

En el presente caso, la Sala observa que sí existe inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, toda vez que la vulneración alegada sucedió el 12 de septiembre de 2011, y el actor presentó la acción de tutela en el mismo mes, considerándose un plazo oportuno en el que la afectación continuaba siendo actual.

2.7.2.4. Principio de subsidiariedad

El artículo 86, inciso 3, de la Constitución Política dispone que *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa (...)”*.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 consagra en su artículo 6, numeral primero, que la acción de tutela será improcedente *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales (...) La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*. No obstante lo anterior, este excepcional mecanismo de amparo tutelar procede cuando pese a la existencia de otras acciones legales, **(i)** existe una amenaza de perjuicio irremediable serio y actual en términos de derechos fundamentales y/o **(ii)** las acciones ordinarias no son idóneas para la protección inmediata de los derechos involucrados.

La Corte Constitucional, refiriéndose a la idoneidad de los mecanismos judiciales, ha establecido que *“los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, es decir aptos para obtener la protección con la urgencia que el asunto amerita, caso en el cual la tutela devendrá improcedente pues ésta no tiene el poder para reemplazar ninguno de tales medios. Por otro lado, se ha precisado que a pesar de existir otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela puede proceder cuando los mismos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En todo*

⁴⁵ Ver, sentencia T-196 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

*caso, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela se justifica por la necesidad de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita decisoria del juez natural*⁴⁶.

En ese orden de ideas, en el caso concreto, el accionante no cuenta con otros medios judiciales para exigir la garantía de sus derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

La parte demandada alegó en el escrito de contestación, que el actor contaba con otros medios de defensa judicial, como la acción de inconstitucionalidad contra las normas que regulan la elección y exclusión de donantes de sangre. Sin embargo, como puede acreditarse de los hechos del caso y de las pretensiones del señor Julián, esta acción no es idónea para restablecer integralmente sus derechos fundamentales, toda vez que el hecho vulnerador surge de la aplicación e interpretación que se hace a la normativa por parte del Laboratorio Clínico demandado, y no se limita a la regulación o normativa en sí misma, tornándose la acción mencionada, ineficaz para obtener la protección y el restablecimiento de los derechos fundamentales del actor.

Además, teniendo en cuenta el objeto de la acción de inconstitucionalidad, el cual se concreta en retirar del ordenamiento regulaciones que en opinión de quien la interpone, van en contra de la Constitución, el accionante en el presente caso no pretende dicha finalidad, sino la de garantizar que se restablezca su derecho fundamental a la igualdad, vulnerado por la actuación de un particular. Las mismas consideraciones deben aplicarse al caso de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, que tiene una finalidad similar, pero en materia de actos administrativos.

Visto así, la acción de tutela en el caso de Julián es procedente por ser el único medio judicial apto para solicitar la garantía de los derechos fundamentales que él considera conculcados.

2.7.3. Análisis de la vulneración alegada

2.7.3.1. Para iniciar, la Sala considera conveniente recordar que el derecho a la igualdad y no discriminación hace parte de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, por eso permea todo el ordenamiento constitucional. En esa medida, el Estado tiene las obligaciones de i) suprimir aquellos actos o medidas que impliquen un trato diferenciado que no tengan una justificación objetiva y razonable –tratos discriminatorios, y ii) no reforzar o apoyar

⁴⁶ Cfr. Sentencia T-191 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

los prejuicios sociales que conllevan, directa o indirectamente, la discriminación de grupos de población minoritaria.

2.7.3.2. En el caso que se presenta en esta ocasión, se evidencia una diferencia de trato sustentada en una categoría sospechosa, la cual es la orientación sexual del actor. Ciertamente, según el relato del actor *“la persona a la cual quedé a cargo (...) me pregunta **si he tenido o tengo relaciones sexuales con personas de mi mismo sexo**, lo cual respondo afirmativamente, seguidamente procede a preguntar **si soy homosexual** a lo cual respondo nuevamente afirmativo. Inmediatamente la persona me dice que no puedo donar sangre”* (subrayado fuera de texto).

Como se puede evidenciar, al demandante le fueron formuladas dos preguntas para determinar si era o no un sujeto de riesgo, y por ende, si podía donar sangre. Las dos preguntas estaban relacionadas directamente con su orientación sexual; la primera estaba dirigida a saber si el actor ha tenido relaciones sexuales con otros hombres, sin importar en qué condiciones, es decir, si han sido o no prácticas sexuales con protección, y la segunda se concentró únicamente en la orientación sexual, como una forma de confirmar la respuesta dada con la primera pregunta.

Fue con base en dicha información que al actor se le identificó como “sujeto de riesgo” y se le excluyó de donar sangre, sin indagar sobre sus prácticas sexuales, es decir, si tiene relaciones sexuales con o sin protección, si son relaciones sexuales promiscuas o con una pareja estable, en caso de que hubiera tenido relaciones sexuales riesgosas, hace cuanto tiempo las tuvo, y toda aquella información que demostrara que existía en realidad una situación de riesgo de transmisión del VIH, que se originara en las prácticas sexuales riesgosas. Al contrario, el Laboratorio se justificó para excluirlo como donante directamente en su orientación sexual, presumiendo de *facto* que el sólo hecho de ser un hombre que ha tenido relaciones sexuales con otros hombres y es homosexual, tiene como consecuencia ser sujeto de riesgo de transmisión del VIH.

Cabe mencionar que la psicología define la “orientación sexual” de una persona como *“por el sexo de las personas hacia quienes se dirige nuestro erotismo. En otras palabras, la orientación sexual se define por el sexo de las personas que activan, preferentemente, nuestro deseo sexual y nuestra afectividad”*⁴⁷. Así, una cosa es por cuál sexo se siente atraída una persona (puede estar dirigida hacia personas del otro

⁴⁷ Tomado de “Experiencias familiares de madres y padres con orientaciones sexuales diversas. Aportes de la investigación”. Vargas Trujillo, Elvia; Ripoll Núñez, Karen; Carrillo Ávila, Sonia; Rueda Sáenz, Miguel y Castro Muñoz, John Alexander. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología. (agosto 2011). Pags. 9 – 15.

sexo –heterosexual, del mismo sexo –homosexual- o de ambos sexos –bisexual), y otra cosa es la manera como realiza o desarrolla la actividad sexual una persona. Por eso entre los factores de riesgo que deben tenerse en cuenta al momento de calificar a un donante de sangre, no debe mencionarse la orientación sexual, sino los comportamientos sexuales riesgosos, como, por ejemplo, relaciones sexuales sin ningún tipo de protección o con personas desconocidas, la promiscuidad, no tener una pareja permanente, etc.

2.7.3.3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se evidenció en las consideraciones, ha dicho que la orientación sexual es un criterio sospechoso, por tanto, los tratos basados en este criterio se presumen inconstitucionales, y por ello deben someterse a un juicio estricto de proporcionalidad⁴⁸, según el cual se debe verificar si la medida o criterio que difiere al actor donar sangre por su orientación sexual: a) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, b) es necesario para cumplir con el objetivo, y c) es proporcional en estricto sentido, es decir, si sus beneficios son mayores que sus sacrificios o costos en términos de la afectación de derechos fundamentales.

2.7.3.4. En este caso, la Sala considera que la actuación del Laboratorio al rechazar al actor por su orientación sexual, no supera el escrutinio estricto, por las siguientes razones.

2.7.3.4.1. En cuanto al objetivo constitucionalmente imperioso, lo que pretende el Laboratorio al diferir la donación del señor Julián, es proteger a la población receptora, de una enfermedad gravemente infecciosa, como lo es el VIH. Lo anterior lo hace en cumplimiento de un fin y un deber constitucional, de conformidad con los artículos 2, 49 y 366 de la Constitución Política, que imponen en cabeza del Estado garantizar el derecho a la salud pública de sus habitantes. Dicho objetivo parece ser un objetivo constitucionalmente imperioso, toda vez que se trata de proteger a la población en general de una enfermedad mortal, que si no es controlada por las entidades de salud responsables, puede generar

⁴⁸ En la sentencia C-354 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo la Corte establece que “En el test estricto de razonabilidad los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes, en la medida en que, en desarrollo del mismo, el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso, y el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino, además, necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, en el test estricto se incluye, como cuarto paso, la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida deben exceder claramente las restricciones impuestas por la medida sobre otros principios y valores constitucionales”. El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2012 a la Secretaría General de la Corte Constitucional, como concepto técnico sugirió la aplicación del test rígido de igualdad en el presente caso por tratarse de un trato discriminatorio sustentado en la orientación sexual; “(...) aunque 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”.

problemas de salubridad al Estado, y como consecuencia de ello, una calamidad que genere altos costos para el sistema de salud⁴⁹.

2.7.3.4.2. Sin embargo, las preguntas formuladas por el Laboratorio sustentadas en el criterio de orientación sexual no son una medida adecuada ni tampoco indispensable –necesaria– para alcanzar el objetivo mencionado.

La Sala observa que si el objeto es proteger al receptor de la sangre de una enfermedad infecciosa que se transmite en la mayoría de los casos por transmisión sexual, las medidas adecuadas para lograr el fin propuesto, son aquellas que aseguren identificar aquellos donantes que son propensos a adquirir el virus de inmunodeficiencia humana, por practicar actividades sexuales riesgosas. En otras palabras, la exclusión que hizo el Laboratorio, no podía tener sustento en la orientación sexual del actor, sino solamente en la verificación de factores de riesgo en su comportamiento sexual, es decir, en la identificación de prácticas sexuales inseguras.

Como se explicó en las consideraciones, una de las formas de adquirir el VIH es por transmisión sexual, es decir, por medio de relaciones sexuales en las que no existe protección, y por esa razón, se tornan en actividades riesgosas para adquirir el virus mencionado. Ahora bien, la orientación sexual del donante en sí misma no puede ser un factor de riesgo en estos términos, toda vez que la opción sexual que elija una persona no conlleva necesariamente el ejercicio de una actividad sexual riesgosa. El criterio establecido tiene origen en un marco histórico que ha sido reevaluado por estar sustentado en el desconocimiento de las causas de transmisión del VIH. En la actualidad, está claro que la transmisión de dicho virus no depende de la orientación sexual, sino de varios factores que deben ser aclarados al momento de la elección del donante, concretamente, con la protección que se haya o no utilizado en los actos sexuales.

En efecto, tal como se ha evidenciado a lo largo de la historia, pese a su detección en principio en personas homosexuales, el VIH puede ser transmitido por relaciones sexuales también entre heterosexuales, debido a que el factor de riesgo no es la orientación sexual de la persona, sino de las prácticas sexuales riesgosas que haya ejercido a lo

⁴⁹ En ese sentido se refirió la Corte en sentencia T-177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz; *“El SIDA representa una amenaza actual y creciente contra la salud pública, dado su carácter de enfermedad mortal, transmisible y sin tratamiento curativo.(...) El orden público incorpora la salubridad, por lo que las autoridades deben tomar las medidas necesarias y suficientes para su conservación (CP art. 1). La epidemia del SIDA tiene potencialidad de afectar gravemente el orden público y por ello el aparato estatal debe reaccionar con eficacia ante la amenaza. (...) La no adopción de las medidas oportunas y necesarias puede desencadenar una calamidad pública, con la consiguiente responsabilidad oficial por omisión. Recursos del Estado deben destinarse prioritariamente al sector de la salud y, en particular, a la lucha contra el SIDA”.*

largo de su vida⁵⁰. De hecho, una persona que se identifica como homosexual, y por ende, tiene relaciones sexuales con personas de su mismo sexo, puede no ser necesariamente un sujeto de riesgo potencial de VIH, toda vez que puede tener una pareja permanente con la que tiene sexo con protección o puede sencillamente no tener pareja, pero haber tenido relaciones sexuales “seguras” (por ejemplo, con personas conocidas, con preservativos, etc.).

Asimismo, el criterio resulta ser innecesario, ya que los bancos de sangre tienen la obligación de realizar pruebas de VIH a toda la sangre que reciben de los donantes en general, y en esa medida, pueden controlar, no sólo con las respuestas suministradas en la encuesta por el donante, sino a través de medios científicos seguros que arrojen información palpable, la calidad de la sangre⁵¹. Así, la medida puede ser reemplazada por otras menos lesivas.

En este punto, la Sala considera necesario aclarar que si bien es cierto que la encuesta es el primer referente para evidenciar el riesgo en un donante⁵², tal como lo expreso la parte demandada, precisamente, para la protección a la salud pública, no puede ser la única información a tener en cuenta, y menos, si los bancos de sangre se guían con criterios inadecuados como la orientación sexual.

En efecto, la identificación del riesgo potencial al VIH debe concretarse en los comportamientos sexuales riesgosos (entiéndase, sexo sin condón o protección, relaciones sexuales con trabajadoras sexuales o en condiciones desconocidas, etc.) y no en la orientación sexual *per se*, o por el sólo hecho de tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo, porque estos dos factores no acreditan fehacientemente el riesgo, y presumir de facto que lo hacen, implica un trato discriminatorio. Así, el criterio utilizado determina un doble estándar, en el cual para la población heterosexual se examinan los comportamientos de riesgo y para la población homosexual se descarta

⁵⁰ “Está demostrado que el hecho de ser homosexual no influye en el grado de riesgo frente a la transmisión del VIH. Un heterosexual (caracterizado por realizar prácticas sexuales con personas de sexo diferente), está en similares posibilidades de adquirir el virus (...) El sexo, la edad y la raza tampoco influyen. Toda persona puede llegar a ser portadora del VIH y desarrollar el sida posteriormente. Se ha señalado que uno de los mecanismos de prevención está representado en la estabilidad de las relaciones sexuales con exclusión de toda forma de promiscuidad (...) la falsa creencia de que únicamente los homosexuales (hombres y mujeres) eran propensos a su transmisión, ha quedado atrás (...)”. “El tratamiento jurídico de los portadores del VIH y pacientes con SIDA en Colombia. UN estudio sobre derechos y obligaciones”. Coral Pabón, Manuel Antonio. Universidad de Nariño, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.(2010). Pgs. 13 y 14; Consejo de ética y asuntos judiciales de la Asociación Americana de Médicos en el reporte de noviembre de 2011.

⁵¹ El Ministerio de Salud y Protección Social en su escrito enviado a esta Corporación como prueba para mejor resolver, de 15 de febrero de 2012 transcribió las pruebas obligatorias a las que deben someterse las donaciones de sangre conforme el artículo 42 del Decreto 1571 de 1993.

⁵² Esto fue manifestado por el Ministerio de Salud y Protección Social en el escrito allegado a esta Corporación por medio de la Secretaría General el 15 de febrero de 2011.

a todo el grupo social sin lugar a examinar sus comportamientos en riesgo⁵³.

Las anteriores consideraciones demuestran que el criterio aplicado al accionante, no es adecuado ni necesario, pues existen otros criterios y medidas que pueden tomar los profesionales de la salud que son más eficaces para detectar los riesgos de VIH porque analizan directamente la conducta riesgosa y, además, no afectan el derecho a la igualdad y no discriminación, y permiten desincentivar prejuicios y estigmas sociales contra la población LGBTI.

2.7.3.4.3. Si en gracia de discusión se aceptara que el comportamiento del Laboratorio es una medida necesaria para alcanzar el fin propuesto, no obstante, tampoco es proporcional en estricto sentido. El hecho de que el Laboratorio haya presumido que Julián tenía relaciones sexuales riesgosas, y por ende, que podía ser portador del VIH, sólo por expresar su orientación sexual diversa, tiene como consecuencia, en primer lugar, el fortalecimiento del estigma social y discriminatorio de las personas homosexuales, es decir, perpetúa el estereotipo de que todo hombre homosexual tiene comportamientos sexuales riesgosos⁵⁴; y en segundo lugar, el sacrificio de un número elevado de posibles donantes que acuden al sistema de salud con un fin altruista o simplemente, en cumplimiento del deber de solidaridad social, que es un deber de rango constitucional (artículo 95 No. 2), como Julián, el accionante de la presente tutela⁵⁵.

En otras palabras, la actuación del Laboratorio de rechazar a Julián como donante, no es proporcional en relación con el fin que se persigue, toda vez que el perjuicio y el sacrificio que se hace es mucho mayor a los beneficios que se reciben. Es decir, implica un sacrificio del derecho a la igualdad de Julián, y de la población con su misma orientación sexual, y del principio de solidaridad, que no se compadece

⁵³ Escritos remitidos a la Corporación en el concepto técnico de la ONG Colombia Diversa el pasado 23 de febrero y 9 de marzo de 2012. También lo sugirió el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2012 a la Secretaría General de la Corte Constitucional.

⁵⁴ El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia mediante escrito allegado el 9 de marzo de 2012 a la Secretaría General de la Corte Constitucional, como concepto técnico estableció; “ *Los efectos de una medida que categoriza la sangre de hombres homosexuales como riesgosa para asegurar la salud de los receptores se sangre son (sic) completamente desafortunados (sic) 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*”. En el mismo sentido se pronunció la ONG Colombia Diversa en su escrito del 9 de marzo de 2012 como concepto técnico en el presente caso “*Esta prohibición parte de la premisa que el sexo heterosexual es seguro y normal, y además estigmatiza el sexo homosexual como peligroso y desviado. La prohibición supone que los homosexuales son personas promiscuas y con relaciones sexuales riesgosas, y por tanto por la sola pertenencia al grupo se les atribuyen comportamientos y estereotipos*”.

⁵⁵ Tomado de “Reconsidering the Lifetime deferral of blood donation by men who have sex with men”. Wainberg PhD, Mark A. Shuldiner BA, Talia. Dahl MD, Karine, Gilmore PhD MD, Norbert. Canadian Medical Association or its Lensors. Sept. 2010, 182 (12). Documento allegado a la Corte Constitucional como anexo del concepto técnico de Colombia Diversa.

con los beneficios en términos del derecho a la salud que se pueden lograr, y que además son solamente eventuales.

Es importante mencionar, que ha sido esta misma Corporación la que ha resaltado y reconocido que las personas homosexuales han sido un grupo poblacional tradicionalmente marginado, objeto de múltiples mecanismos de exclusión social, política, jurídica y religiosa. Por eso rechaza todo trato discriminatorio sustentado en prejuicios sociales e históricos que consideran la preferencia sexual diversa como inmoral, antinatural o producto de enfermedad mental: “(...) *esta suerte de preconcepciones, contradice valores esenciales de constitucionalismo contemporáneo cuya médula son los principios de dignidad humana, autodeterminación, pluralismo y respeto por los proyectos de vida individuales y que, como consecuencia de ello, rechaza la segregación a la cual han sido sometidos*”⁵⁶.

Es por esa razón, que esta Sala considera que no se puede seguir perpetuando la discriminación hacia la población homosexual en actuaciones, bien sean de particulares o entidades estatales, que envían mensajes estigmatizantes como sucede en el presente caso.

2.7.3.5. Con lo expuesto hasta el momento, la Sala concluye que en el caso de Julián, el comportamiento del laboratorio al rechazarlo como donante voluntario por su orientación sexual, y no con fundamento en la identificación clara de prácticas sexuales riesgosas, no supera el juicio estricto de proporcionalidad y constituye un trato discriminatorio.

2.7.3.6. Ahora bien, el Laboratorio asegura que la actuación se sujeta a la normativa dispuesta en el “Manual de normas técnicas, administrativas y de procedimiento en bancos de sangre”, la cual impone, como requisito para proteger al receptor de la infección por VIH/SIDA, diferir la donación de aquellos donantes que hayan tenido relaciones homosexuales masculinas en los últimos 15 años. El texto del manual es el siguiente:

“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*

⁵⁶ Cfr. Sentencia C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Además, ver sentencias T-097 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-539 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T- 037 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-098 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-075 de 2007 Rodrigo Escobar Gil, C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- *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 I-II cuando se manifiesten clínicamente o por laboratorio, los donantes deben ser diferidos indefinidamente”. (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

Lo primero que observa la Sala es que las preguntas del Laboratorio no coinciden en estricto sentido con el texto de la disposición, pues no indagaron sobre el tiempo de las “relaciones homosexuales masculinas”.

No obstante esta pequeña diferencia entre las preguntas del Laboratorio y el texto, la Sala advierte que la redacción de la disposición, en tanto no indaga sobre las relaciones “sexuales” sino solamente sobre “relaciones homosexuales”-sin cuestionar las condiciones o si se realizaron con protección-, sí sugiere énfasis exclusivo en la orientación sexual del donante y no en sus prácticas sexuales⁵⁷, de modo que este precepto lleva a que los bancos de sangre –como en el presente caso- formulen preguntas en las entrevistas y encuestas que se realizan a los donantes, basadas en la orientación sexual como factor de riesgo. De esa manera, en tanto la normativa citada fue el fundamento de la decisión del Laboratorio, la Sala estima que también debe ser examinada a la luz del juicio de igualdad. Teniendo en cuenta que también se basa en un criterio sospechoso de diferenciación, debe sujetarse a un nivel estricto de escrutinio.

La Sala considera que el criterio estipulado en la regulación no supera el juicio estricto de proporcionalidad, de modo que no puede ser fundamento para las decisiones de un laboratorio, por las razones que se exponen a continuación.

2.7.3.6.1. En cuanto al fin constitucionalmente imperioso, la Sala reitera lo expuesto anteriormente, esto es que el criterio aplicado por el banco de

⁵⁷ Además, se cae en una presunción discriminatoria, en el sentido que presume que los hombres homosexuales, debido a su orientación sexual, son por sí mismos, sujetos propensos a adquirir el VIH, y por ende, sujetos de alto riesgo. Esta asimilación automática de un grupo de personas a una enfermedad infecciosa y mortal, vulnera el derecho fundamental a la dignidad humana.

sangre, según el cual se prohíbe la donación de sangre por hombres homosexuales por considerarlos sujetos de riesgo de transmisión del VIH, busca un fin imperioso; proteger la salud del receptor de la donación y evitar la propagación de enfermedades infecciosas en la población, lo que se traduce en la protección de la salud pública⁵⁸.

2.7.3.6.2. Sin embargo, para esta Sala, el criterio establecido y aplicado no es necesario para alcanzar el objetivo mencionado, y tampoco es proporcional, como se pasará a explicar a continuación.

En lo tocante al requisito de necesidad de la medida utilizada, como se mencionó anteriormente, no se cumple, ya que existen alternativas para identificar los donantes riesgosos de transmisión de VIH menos lesivas en términos de igualdad y más adecuadas desde el punto de vista científico para alcanzar el fin perseguido..

Se reitera, el hecho de que una persona tenga o elija una orientación sexual diversa, no implica *per se* que sea un sujeto de riesgo a contraer el VIH. El riesgo de contaminación depende de la conducta de riesgo, no de la población donante⁵⁹. Así, una persona heterosexual que tiene relaciones sexuales con desconocidos y sin protección de forma permanente, es mucho más propensa de adquirir el VIH, que un hombre homosexual con pareja estable y que utiliza protección; la medida no permite evidenciar este hecho, lo que la torna inútil e inadecuada. Incluso, la política debería enfocarse en tamizar a todos los donantes por los comportamientos altamente riesgosos, en vez de excluir a los donantes basándose en con quién eligen tener relaciones sexuales.

Además, la misma regulación exige que los bancos de sangre realicen pruebas obligatorias de VIH en cada una de las muestras que extraen. Por esa razón, no pueden los laboratorios guiarse sólo con la información suministrada en la encuesta y entrevista realizada por el donante.

Sobre esto, la Sala es consciente de que en el caso del VIH hay un “período de ventana inmunológica”, que se inicia desde que el virus entra al sistema vascular hasta que libera los anticuerpos. Durante este tiempo, el virus no es detectado y los resultados de VIH pueden ser negativos, pese a la adquisición del virus. Sin embargo, hoy en día, los avances científicos permiten detectar el virus del sida con una eficacia muy alta y un porcentaje de falsos negativos casi inexistente; según

⁵⁸ De conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política, sobre los “fines esenciales”, el Estado debe proteger la vida de todos los ciudadanos. Al mismo tiempo, los artículos 49 y 366, establecen obligaciones concretas en materia de salud para las autoridades estatales.

⁵⁹ “Estudio de la revisión de estudios sobre la donación de sangre por parte de hombres que tienen relaciones homosexuales” Ardila Salcedo, Jaime. Escrito remitido a la Corporación en el concepto técnico de la ONG Colombia Diversa el pasado 23 de febrero de 2012.

estudios científicos, es posible detectarlo de manera segura a los 12 meses contados a partir del contacto sexual riesgoso⁶⁰. De allí que sea razonable que existan vetos temporales desde la última relación sexual riesgosa, y que los bancos de sangre tengan como herramienta principal la información suministrada por el donante en la encuesta y la entrevista⁶¹. No obstante, tales preguntas deben versar sobre las prácticas sexuales riesgosas –se reitera- y no sobre la orientación sexual del posible donante.

En efecto, la Organización Panamericana de la Salud recomendó en un informe reciente⁶²:

*“Las personas involucradas en conductas sexuales de riesgo deben ser diferidas como donantes de sangre durante 12 meses después de la última oportunidad en que tuvieron esas conductas. Los servicios de sangre deben diferir por un período de 12 meses a aquellas mujeres que ofrecen donar sangre si su pareja sexual masculina ha tenido sexo anal activo o pasivo con otro hombre durante los últimos 12 meses. **La orientación sexual —heterosexualidad, bisexualidad, homosexualidad— no debe ser utilizada como criterio para la selección del donante ya que no representa un riesgo por sí misma.** Se recomienda que no se done sangre durante seis meses después de tener sexo con una nueva pareja. Los donantes potenciales deben ser estimulados para protegerse ellos y a sus parejas mediante la práctica de sexo seguro”.* (subrayado fuera de texto original)

2.7.3.6.3. En lo que respecta a la proporcionalidad de la medida prevista en la regulación, la Sala reitera lo establecido, en el sentido que para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso, debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad. Como se mencionó, el criterio sobre la orientación sexual del donante, resulta ser una medida que no alcanza un grado de realización del fin imperioso que se quiere alcanzar, y por el contrario, vulnera el derecho a la igualdad y el principio de solidaridad de la población de hombres homosexuales. Por ello se resalta, que el Estado, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, no puede incentivar o reforzar prejuicios estigmatizantes contra poblaciones tradicionalmente

⁶⁰ “Science or Stigma: Potential Challenges to the FDA’s Ban on Gay Blood”. Bensing, Dwayne J, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, December 2011. Estudios allegados por la organización no gubernamental Colombia Diversa como anexos al concepto técnico de 9 de marzo de 2011. “The ethical implications of the lifetime blood donation ban policy on homosexual and bisexual men: Exploration in the context of professional doctorat”. Hajj, Jihane Joseph. Estudio allegado por DeJusticia.

⁶¹ Tal como lo manifestó la parte demandada y corroboró el Ministerio de Salud y Protección Social en el escrito allegado a esta Corporación por medio de la Secretaría General el 15 de febrero de 2011.

⁶² “Recomendaciones para la educación y la selección de donantes potenciales de sangre”, pág. 35. (2009).

discriminadas y, en cambio, debe buscar la manera de revertir las situaciones que implican tratos discriminatorios⁶³. El criterio utilizado en este caso, perpetúa la creencia social de que los hombres homosexuales son sujetos siempre propensos a adquirir el VIH y, además, sacrifica un gran número de posibles donantes que pretenden contribuir a la salud pública de manera voluntaria.

2.7.3.6.4. Lo expuesto demuestra, que el criterio impuesto por la norma, no supera el escrutinio estricto del test de proporcionalidad, confirmándose que la orientación sexual como criterio para diferir la donación de sangre de hombres homosexuales, aparte de ser un criterio sospechoso, es constitucionalmente prohibido y susceptible de la excepción de constitucionalidad.

2.7.4. Conclusión y decisión a adoptar

Por todas estas razones, la Sala concluye que en el caso concreto, a pesar de existir un fin constitucionalmente imperioso, la decisión del Laboratorio de rechazar a Julián como donante debido a su orientación sexual únicamente, es una actuación que configura un trato discriminatorio, que vulnera los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante. En el mismo sentido, y dado que el Laboratorio actuó conforme a un marco regulatorio que dispone dicho criterio como factor de riesgo, la Sala advierte que la normativa contiene una medida que no supera el test estricto de proporcionalidad, y por ende, es también discriminatoria y debe excepcionarse por ser contraria a la Carta. Por ello, la Sala revocará la decisión del juez de instancia y concederá la protección a los derechos fundamentales invocados.

En consecuencia, la Sala ordenará al Laboratorio Clínico Higuera Escalante, contando con la voluntad del actor, realizar de nuevo la encuesta y entrevista a Julián sin basarse en su orientación sexual, sino en preguntas dirigidas a identificar prácticas sexuales riesgosas y conforme a los criterios expuestos a lo largo del presente fallo. En caso de recibir la donación, deberá realizar las pruebas obligatorias de tamizaje que corroboren la información suministrada por el donante. De la misma manera, ordenará al laboratorio tomar las medidas ne

⁶³ En la sentencia “Atala Riffo y niñas” contra Chile (2012), la Corte Interamericana de Derechos Humanos estudió el caso de una madre a la que, por medio de un proceso judicial, le habían negado la custodia de sus hijas en razón a su orientación sexual por considerar que su manifestación era un riesgo psicológico, moral y social para las menores. En esta oportunidad la Corte afirmó que “*Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición*”. (párr. 119)

Por otra parte, y por ser una actividad reglada la de los bancos de sangre, la Sala ordenará al Ministerio de Salud y Protección Social que evalúe los criterios dispuestos en la normativa vigente que conducen a diferir a los donantes a partir de su orientación sexual; y que emita guías y realice campañas y capacitaciones para los profesionales de la salud encargados de entrevistar a los posibles donantes, que aseguren que los criterios de selección o exclusión no sean sustentados en la sola orientación sexual sino en preguntas que conduzcan a identificar grados altos o bajos de riesgo según las conductas sexuales.

2. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido el once (11) de octubre de 2011 por el Juzgado Trece (13) Civil Municipal de Bucaramanga, en cuanto denegó el amparo y, en su lugar, **CONCEDER** la protección a los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad del señor Julián.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** al Laboratorio Clínico Higuera Escalante que, en el término de diez (10) días calendario contados a partir de la notificación de la presente providencia, si el actor lo desea, realice de nuevo la encuesta y entrevista dirigida a identificar factores de riesgo para la donación de sangre, sin tener en cuenta su orientación sexual, y en caso de que se acepte la donación, someta las muestras de sangre donada a las pruebas de tamizaje obligatorias. De la encuesta diligenciada y la entrevista realizada, el Laboratorio deberá enviar un informe al juez de primera instancia dentro del mes siguiente a la notificación de este fallo, para que se verifique el cumplimiento de la presente orden.

TERCERO: ORDENAR al Laboratorio Clínico Higuera Escalante que instruya al personal de laboratorio encargado de hacer la entrevista y encuesta de los posibles donantes, sobre el contenido de esta providencia, para que en lo sucesivo no tome decisiones basadas en la orientación sexual sino en los comportamientos sexuales riesgosos de los posibles donantes.

CUARTO: EXHORTAR al **Ministerio de Salud y de la Protección Social** para que sustentándose en el presente fallo:

- a) Revise la reglamentación vigente sobre recepción, extracción y suministro de donaciones de sangre, con el fin de eliminar los criterios de selección de donantes basados en la orientación sexual como criterio de calificación de riesgo de enfermedades infecciosas como el VIH, y en consecuencia, encamine la regulación concretamente a indagar sobre las prácticas o conductas sexuales riesgosas, de conformidad con lo expuesto en este fallo.
- b) Diseñe guías, programas y planes de capacitación dirigidos a los profesionales de la salud y laboratorios que se encuentran sometidos al Decreto 1571 de 1993 y Resolución 901 de 1996, sobre la manera de realizar las encuestas y entrevistas a los posibles donantes, sin tener como criterio la orientación sexual.
- c) Divulgue el contenido de esta providencia entre las entidades a cargo de la recepción, extracción y suministro de donaciones de sangre.

QUINTO: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General