Sentencia T-171/22

DERECHO A LA IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-Vulneración por diferimiento de donantes de sangre basado en identidad de género y orientación sexual

(…), la Sala constató que el diferimiento por orientación sexual o identidad de género no es efectivamente conducente, necesario ni proporcional en sentido estricto; por lo tanto, la medida no supera el juicio integrado de igualdad en su intensidad estricta; lo anterior implica que las tres entidades accionadas desconocieron el derecho a la igualdad y no discriminación de los accionantes; a su vez, este trato discriminatorio también afectó sus derechos sexuales, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana porque, a pesar de su intención solidaria de donar sangre, los sometió a un trato indigno por el simple hecho de tener sexo entre hombres, sin tener en cuenta que usan preservativos en sus relaciones sexuales penetrativas y no penetrativas.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE PRESTAN SERVICIO PUBLICO-Procedencia frente Laboratorio clínico que dispone de un banco de sangre que tiene responsabilidad con la salud pública

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Procedencia para proteger el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación de donantes de sangre

(…) los mecanismos ordinarios no podrían resolver desde una dimensión constitucional el problema jurídico relacionado con los derechos … a la igualdad y no discriminación, o adoptar las medidas necesarias para su protección, en caso de que se compruebe su vulneración; por lo tanto, la acción de tutela es procedente para cuestionar el contenido de la Resolución 3212 de 2018 y del Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-No se configura el hecho superado por acatar fallos de tutela

DONACIÓN DE SANGRE-Deber de solidaridad social

DONACIÓN DE SANGRE-Medidas de salud pública y estrategias para reducir el riesgo

transfusional en la población receptora

ORIGEN DE LA PROHIBICION DE DONACION DE SANGRE POR PARTE DE HOMBRES HOMOSEXUALES-Contexto histórico

IGUALDAD-Concepto relacional/IGUALDAD-Triple papel en el ordenamiento constitucional/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

El artículo 13 de la Constitución consagró la igualdad y estableció los mandatos que lo componen, los cuales se sintetizan como el deber de igual trato a situaciones idénticas y diferenciado ante circunstancias que no son asimilables, la prohibición de cualquier consideración discriminatoria y, finalmente, la responsabilidad de adoptar acciones positivas que permitan alcanzar la igualdad material, especialmente en grupos históricamente marginados y en situación de debilidad manifiesta.

POBLACION LGBTI COMO GRUPO HISTORICAMENTE DISCRIMINADO

POBLACION LGBTI-Protección constitucional/POBLACION LGBTI-Deber del Estado de adoptar medidas necesarias para garantizar derechos y crear cultura ciudadana del respeto por la diferencia

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION-Jurisprudencia constitucional

BANCOS DE SANGRE-Información suministrada por el donante en encuesta y entrevista debe ser sobre prácticas sexuales riesgosas y no sobre la orientación sexual del posible donante

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis/JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Proporcionalidad y niveles de intensidad

TEST O JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional/TEST DE IGUALDAD-Niveles de intensidad

(…), la aplicación del juicio de igualdad para verificar la violación a ese derecho implica un análisis a partir de niveles de intensidad diferente, de tal suerte que el juicio será leve,

intermedio o estricto, conforme al contenido de la norma objeto de estudio.

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION-Juicio de igualdad

(…) la medida de diferir a los hombres que tienen sexo con hombres y a las mujeres trans de donar sangre no es efectivamente conducente ni necesaria para reducir el riesgo transfusional. Además, esta estrategia tampoco es proporcional porque sus efectos discriminatorios son significativamente mayores comparados con la falta de evidencia de reducción del riesgo transfusional. Por lo tanto, no supera el juicio estricto de igualdad.

BANCOS DE SANGRE-Marco normativo/BANCOS DE SANGRE-Exigencia de realizar pruebas obligatorias de VIH a cada una de las muestras que extraen

DERECHO A LA IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-Orden al Ministerio de Salud y Protección Social e Instituto Nacional de Salud, ajustar normas sobre donación de sangre eliminando toda referencia sobre orientación sexual o identidad de género

Referencia: expediente T-8.418.150

Acción de tutela presentada por Edward Andrés Gutiérrez Vargas y Diego Rico Rivillas contra el Banco de Sangre de la Fundación Valle de Lili, el Instituto Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Familia

Asunto: criterios discriminatorios de diferimiento de donantes de sangre para la población LGBTIQ+.

Magistrada ponente:

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz

Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, adoptado el 21 de julio de 2021 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Familia, que confirmó parcialmente la decisión del 11 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali, que había amparado parcialmente los derechos fundamentales de los actores. Una vez remitido a la Corte Constitucional, el expediente fue seleccionado por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, mediante Auto del 29 de noviembre de 20211.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

1. Edward Andrés Gutiérrez Vargas y Diego Rico Rivillas2 tienen actualmente 23 y 25 años3. En julio de 2020 iniciaron una relación de pareja, estable y monógama en la que sostienen relaciones sexuales penetrativas y no penetrativas únicamente entre ellos con el uso adecuado del condón masculino.

1. El 12 de diciembre de 20204, los actores se realizaron un examen del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), sífilis y hepatitis B y C. El resultado fue negativo en ambos casos.

1. En la semana del 11 al 17 de enero, uno de los accionantes recibió una llamada del Banco de Sangre del Hospital Universitario Fundación Valle de Lili (en adelante, el banco de sangre) para invitarlo a su programa de donación.

1. El 21 de enero de 2021 a las 9:00 a.m., los dos accionantes acudieron al banco de sangre para donar. Acto seguido, una auxiliar le realizó una serie de preguntas sociodemográficas a Edward Andrés. Posteriormente, otra auxiliar de la institución procedió a diligenciar un formulario y le preguntó al mismo actor si había tenido relaciones sexuales con otro hombre durante los últimos seis meses. Edward respondió afirmativamente e incluso señaló que su novio también se encontraba en el lugar para donar sangre. Producto de esta respuesta, el personal de salud les informó que era necesario dar por terminado el proceso de donación porque no eran aptos para donar al sostener relaciones sexuales entre hombres.

1. Ante esta situación, los peticionarios adujeron que eran una pareja estable y monógama con seis meses de relación y que hacían uso adecuado del condón masculino en todas sus relaciones sexuales. Por lo tanto, manifestaron al personal de salud que no debían ser excluidos por el simple hecho de ser hombres que sostienen relaciones sexuales como pareja. Al respecto, la directora del banco de sangre les indicó que estaba de acuerdo en que era una restricción injusta. No obstante, les explicó que no podía hacer nada al respecto porque debía seguir las instrucciones del Ministerio de Salud y Protección Social en la Resolución 3212 de 2018 y del Instituto Nacional de Salud (INS) en el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia (en adelante, el Lineamiento Técnico). En concreto, les señaló que la restricción no obedecía a su orientación sexual, sino a la práctica sexual en el marco de su relación. Lo anterior se debe a que pertenecen al conjunto de hombres que tienen sexo con otros hombres (en adelante, HSH), el cual es una "población clave de mayor riesgo de exposición al VIH"5.

1. Como respuesta, los accionantes le advirtieron al banco de sangre que la Corte Constitucional resolvió un caso similar en la Sentencia T-248 de 20126 y estableció que:

"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".

Por su parte, el personal del banco de sangre sostuvo que las sentencias de revisión de la Corte solamente tienen efectos vinculantes para las partes en cuestión. Por lo tanto, no era obligatorio que el banco aplicara tales pronunciamientos.

1. Después de radicar peticiones ante el banco de sangre7, el Instituto Nacional de Salud8 y el Ministerio de Salud y Protección Social9, los actores interpusieron acción de tutela con el propósito de que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y los derechos humanos sexuales y reproductivos10. En consecuencia, solicitaron que se ordenara al banco de sangre realizar de nuevo la encuesta y entrevista a ambos accionantes, sin tener en cuenta la exclusión basada en sostener relaciones sexuales entre hombres y, en caso de aceptar la donación, someter las muestras al trámite correspondiente.

Además, pidieron ordenar la inaplicación del Lineamiento Técnico en lo referente a la exclusión de hombres que tienen sexo con otros hombres como criterio de diferimiento hasta que no se ajuste tal instrumento. A su vez, propusieron exhortar al Instituto Nacional de Salud para que ajuste el Lineamiento Técnico y al Ministerio de Salud y Protección Social para que modifique la Resolución 3212 de 2018 para evitar que se excluya a los hombres que tienen sexo con otros hombres de su posibilidad de donar sangre. Finalmente, solicitaron extender los efectos de la decisión a todos los bancos de sangre del país, ordenar la publicación de la sentencia en la página web de las tres entidades accionadas y adoptar todas las medidas adicionales que el juez considere necesarias para proteger sus derechos.

Actuaciones en sede de tutela

1. El expediente fue repartido el 1º de junio de 2021 al Juzgado Octavo de Familia del Circuito de Cali, que admitió la acción el mismo día11. Adicionalmente, ordenó notificar a las partes y

vinculó a diferentes funcionarios de la Fundación Valle de Lili y del Instituto Nacional de Salud12.

1. La Fundación Valle del Lili13 solicitó que se declare improcedente el amparo porque no se cumplieron los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. Por un lado, no se acreditó el requisito de inmediatez porque pasaron más de tres meses entre el hecho presuntamente vulnerador y la interposición de la tutela. Por otra parte, no se superó el requisito de subsidiariedad porque los accionantes tienen a su disposición otros medios de defensa que no utilizaron. Al respecto, afirmó que si el objetivo de los demandantes es que no se apliquen o se modifiquen leyes existentes, existe otra acción que les permite canalizar tal pretensión: la acción pública de inconstitucionalidad. En cuanto al fondo, manifestó que no vulneró derecho fundamental alguno de los accionantes porque su proceder está amparado por el Lineamiento Técnico expedido por el Instituto Nacional de Salud y la Resolución 3212 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social. Para terminar, indicó que conoce la Sentencia T-248 de 2012 y que sus procedimientos cumplen con el precedente mencionado porque no se utilizan criterios de diferimiento basados en orientación sexual, sino en factores de riesgo de enfermedades infecciosas.

1. El Instituto Nacional de Salud14 sostuvo que no le consta ninguno de los hechos narrados en la acción de tutela y pidió que se niegue el amparo porque no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por los actores. En primer lugar, aclaró que, en virtud del artículo 25 del Decreto 1571 de 1993, está a cargo de la coordinación de la Red Nacional de Bancos de Sangre. Posteriormente, indicó que la Resolución 3212 de 2018 estableció una modificación a las normas técnicas para la disminución del riesgo de transmisión de infecciones en los receptores de sangre. Al respecto, resaltó que “los bancos de sangre son autónomos y responsables de la selección de los donantes, cuya decisión la fundamentan a través de preguntas e información solicitada para evaluar la elegibilidad de estos”15 (subrayado y negrillas originales). Por lo tanto, la aceptación o diferimiento de donantes es responsabilidad de los profesionales que realizan el proceso de selección.

Además, sostuvo que la Resolución se expidió precisamente como respuesta a la Sentencia

T-248 de 2012 para eliminar los criterios discriminatorios basados en la orientación sexual. En este sentido, agregó que, de acuerdo con las estadísticas del Informe de la Cuenta de Alto Costo del Fondo Colombiano de Enfermedades de Alto Costo, la población de hombres que tienen sexo con hombres tuvo una frecuencia del 39.74 % en los casos prevalentes de VIH en Colombia en 2020. Adicionalmente, hizo énfasis en que esta práctica representa un riesgo superior respecto al resto de la población porque incluso se ha identificado el uso de condón masculino permanente a través de encuestas poblacionales. Por lo tanto, existe una tensión de derechos y se debe tener en cuenta que el receptor de sangre es la parte débil en estos casos porque es el individuo que necesita más protección. Para terminar, advirtió que es posible realizar pruebas a las donaciones de sangre, pero existe un periodo de ventana inmunológica en el que, pese a que el donante esté infectado, puede no ser detectado por el tipo de análisis disponible actualmente.

Subsidiariamente, manifestó que los hombres que tienen sexo con hombres (HSH), al igual que personas que se inyectan drogas o mujeres trans, tienen mayor probabilidad de encontrarse en periodo de ventana inmunológica, que es “el tiempo entre la infección y el momento en el que una prueba puede detectarla de manera segura”17. Además, según recomendaciones de la OMS, “[p]agar o recibir dinero o drogas para tener sexo, tener múltiples parejas sexuales, practicar sexo sin protección, practicar sexo anal, y varones que tienen sexo con varones, son considerados conductas de alto riesgo”18. Por lo tanto, se recomienda que “[l]as 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”19. En consecuencia, sostuvo que no ha vulnerado ni amenazado los derechos fundamentales objeto de la acción de la referencia porque expidió la Resolución 3212 de 2018 con base en evidencia científica nacional e internacional, además de ajustarse a la Constitución.

Decisiones objeto de revisión

Fallo de primera instancia

1. El Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali, mediante Sentencia del 11 de junio de 202120, concedió parcialmente el amparo solicitado. Por un lado, negó las pretensiones dirigidas al Instituto Nacional de Salud y al Ministerio de Salud y Protección Social porque no superaron el requisito de subsidiariedad. En realidad, si el objetivo de los accionantes es desplazar del ordenamiento apartes del Lineamiento Técnico y la Resolución 3212 de 2018, pueden acudir a las respectivas acciones administrativas ante las autoridades judiciales competentes. Por otra parte, concedió el amparo respecto a la actuación de la Fundación Valle del Lili porque no hay otro medio de defensa que permita restablecer los derechos a la igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad de los accionantes. En este sentido, concluyó que la conducta de la entidad no superó el juicio estricto de proporcionalidad por dos razones. Primero, la pregunta formulada a los accionantes no era necesaria para proteger a la población receptora porque, como lo señaló la Sentencia T-248 de 2012, los bancos de sangre también pueden realizar pruebas para comprobar la calidad de la sangre. Segundo, tampoco es proporcional que el banco de sangre presumiera el riesgo de que los actores portaran el VIH sin tener en cuenta sus afirmaciones respecto a las medidas adoptadas en sus relaciones sexuales. Por lo tanto, ordenó al banco de sangre realizar de nuevo la encuesta y entrevista a los actores, si esa es su voluntad, con preguntas sobre prácticas sexuales riesgosas y no por su orientación sexual.

Impugnación

1. El 17 de junio de 202121, los accionantes impugnaron la decisión de primera instancia y solicitaron que fuera revocada. Al respecto, pidieron que se declarara la procedencia de la acción de tutela para solicitar: (i) la inaplicación del Lineamiento Técnico y la Resolución 3212 de 2018, y (ii) el exhorto al Instituto Nacional de Salud y al Ministerio de Salud y Protección Social para que modificaran el Lineamiento Técnico y la Resolución 3212 de 2018, respectivamente. Para comenzar, indicaron que el juez de primera instancia interpretó incorrectamente sus pretensiones respecto del Instituto y el Ministerio. En realidad, nunca propusieron un control de constitucionalidad en abstracto, sino su inaplicación en el caso concreto. Al respecto, sostuvieron que el único mecanismo judicial que admite tal pretensión es la acción de tutela.

Además, en cuanto al exhorto, señalaron que se trata de una medida complementaria que es procedente porque: (i) la calidad del Lineamiento Técnico hace “imposible acudir a un mecanismo jurídico distinto al de la acción de tutela”22, (ii) el conflicto planteado es de relevancia constitucional, (iii) el examen de procedencia debe ser menos estricto por tratarse de sujetos de especial protección constitucional presuntamente discriminados por su orientación sexual y (iv) el mecanismo ordinario para demandar la Resolución del Ministerio resultaría inconveniente, ineficaz y tardío respeto a la necesidad y urgencia de que cesen los actos discriminatorios y que se presenten más donantes de sangre. Además, la solicitud de exhorto no constituye una medida para dejar sin efectos una disposición normativa.

Por último, presentaron un análisis respecto de otros medios judiciales de carácter ordinario que, a su juicio, no resultan idóneos ni eficaces en este caso. Primero, la acción pública de inconstitucionalidad, según el artículo 241 de la Constitución y el Decreto 2067 de 1991, solo puede dirigirse contra actos reformatorios de la Constitución, leyes, decretos con fuerza de ley y “otros decretos sobre los que de forma excepcional la Corte ha asumido competencia”23. Sin embargo, el Lineamiento Técnico y la Resolución 3212 de 2018 no pertenecen a ninguna de las categorías mencionadas. Segundo, la nulidad por inconstitucionalidad solo puede dirigirse contra decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional. No obstante, ninguno de los dos actos administrativos es un decreto de carácter general, ni fueron expedidos por el Gobierno Nacional. Finalmente, en cuanto a la nulidad simple, adujeron que no es idóneo ni eficaz porque resultaría tardío respecto al actual “estado de alerta nacional por la escasez de sangre”24, según informó la misma Fundación Valle del Lili en su página web.

1. El 21 de junio de 202125, el Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali concedió la impugnación y la remitió al Tribunal Superior de Cali–Sala de Familia.

Fallo de segunda instancia

1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Familia, mediante Sentencia del 21 de julio de 202126, confirmó parcialmente el fallo de primera instancia. En relación con el

exhorto a las entidades para revisar el Lineamiento Técnico y la Resolución 3212 de 2018, consideró que era viable porque se trata de una figura que busca incitar un estudio a fondo de las normas referenciadas para evitar vulneraciones de derechos fundamentales en su aplicación. Por lo tanto, exhortó al Instituto Nacional de Salud y al Ministerio de Salud y Protección Social para que realizaran una revisión profunda del Lineamiento Técnico y la Resolución 3212 de 2018, respectivamente, con el fin de identificar la posible vulneración de derechos fundamentales con su aplicación y realizar los correctivos necesarios. Respecto a la inaplicación del Lineamiento Técnico, la extensión de los efectos del fallo y su publicación en las páginas web de las tres entidades accionadas, señaló que no es posible acudir a estas pretensiones porque, por regla general, las decisiones de tutela tienen efectos inter partes. Por su parte, los dispositivos amplificadores de efectos inter pares o inter comunis, en virtud de la Sentencia SU-349 de 201927, son facultad exclusiva de la Corte Constitucional.

Actuaciones en sede de revisión

Primer auto de pruebas

1. Mediante Auto del 28 de enero de 202228, la magistrada sustanciadora decidió oficiar a los dos accionantes y a las tres entidades accionadas para que remitieran a esta Corporación la información actualizada del trámite de donación de sangre en particular y las normas vigentes para tal procedimiento.

Respuesta de Edward Andrés Gutiérrez Vargas y Diego Rico Rivillas29

1. Informaron que no se han acercado a intentar donar nuevamente por restricciones del laboratorio dado que primero estuvieron en el Pacífico, lo que generó diferimiento por riesgo de COVID-19, y después uno de ellos tuvo COVID-19 con síntomas hasta la tercera semana de enero. Advirtieron que el Instituto Nacional de Salud modificó el Lineamiento Técnico y eliminó la categoría “hombres que tienen sexo con hombres” de la pregunta 12. Sin embargo, “persiste una suerte de zozobra e incertidumbre sobre la efectividad del nuevo ajuste”. Al respecto, señalan que la referencia a hombres que tienen sexo con otros hombres

ya no está en la pregunta 12, pero sí se menciona en su justificación como una población de riesgo. A su vez, señalaron que el nuevo Lineamiento Técnico no se había publicado (pero tuvieron acceso por ser accionantes de este proceso) y puede ser modificado nuevamente en cualquier momento, por lo que la Corte debería dejar claro que esta discriminación es inadmisible. Finalmente, resaltaron que los hombres homosexuales y las mujeres trans han sido discriminados históricamente en el proceso de donación de sangre.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social30

1. Sostuvo que expidió la Resolución 3212 de 2018 en cumplimiento de la Sentencia T-248 de 2012 y se basó en evidencia científica para trazar tales lineamientos. Los hombres que tienen sexo con otros hombres son uno de los grupos poblacionales de riesgo por su periodo de ventana inmunológica (periodo entre infección y posibilidad de detección en pruebas diagnósticas). Al respecto, la misma Organización Mundial de la Salud (OMS) sugiere el diferimiento de esta población por doce meses después de la última oportunidad de la conducta riesgosa. Precisó que los hombres que tienen sexo con hombres, al igual que los otros grupos poblacionales de riesgo, no se rechazan. En realidad, se difiere su posibilidad de donar por un periodo de tiempo. Sostuvo que no es una medida discriminatoria por orientación sexual porque una mujer lesbiana no se difiere a pesar de su homosexualidad. Además, compartió datos sobre porcentajes de prevalencia de VIH en algunas poblaciones e hizo énfasis en el aumento significativo en hombres que tienen sexo con otros hombres. Finalmente, indicó que el uso de condón disminuye significativamente cuando las parejas son estables (43.26 %) comparado con el promedio general (65.16 %). Sin embargo, no dice que estos datos se refieran a hombres que tienen sexo con hombres.

Respuesta del Instituto Nacional de Salud31

1. Informó que, en septiembre de 2021, en cumplimiento del exhorto del Tribunal Superior de Cali, publicó una nueva versión del Lineamiento Técnico y modificó la pregunta 12 de los antecedentes médicos de donantes, que ya no contempla la categoría de HSH. Esta modificación fue producto de una reunión técnica con actores de la Red de Bancos de Sangre

el 1° de septiembre de 2021. Además, el Lineamiento Técnico exhorta al personal seleccionador a evaluar individualmente el riesgo de cada donante potencial para identificar prácticas de riesgo.

Respuesta de la Fundación Valle del Lili32

1. Explicó que los accionantes no han asistido a donar sangre después del 11 de julio de 2021. Edward Andrés Gutiérrez Vargas sí ha donado en esa institución, pero Diego Rico Rivillas nunca lo ha hecho.

1. Adicionalmente, en el trámite de recolección de las pruebas mencionadas, el despacho recibió 12 escritos ciudadanos.

1. María Paula Rueda Santos33 sostuvo que, a pesar de la modificación realizada por el INS, el Lineamiento todavía menciona a los HSH como población clave, que significa que son un grupo poblacional con mayor riesgo de exposición al VIH. Lo anterior reproduce un conjunto de prejuicios e imaginarios colectivos sobre la peligrosidad y necesaria exclusión de esta población. Por lo tanto, esta Sala debería pronunciarse sobre la implementación del nuevo Lineamiento Técnico para evitar la reproducción de estigmas en torno a los HSH.

1. Luis Carlos Leal Angarita y otras 12 personas34 señalaron que el Lineamiento Técnico debe centrarse en argumentos científicos de riesgo (prácticas sexuales inseguras o de transmisión) y no en las características poblacionales de los sujetos que tienen relaciones sexuales. En específico, el problema de la regulación actual es que presume que el hecho de que dos hombres tengan sexo es una práctica vinculada con el VIH, lo cual estigmatiza a esta población aun cuando sus prácticas sexuales sean seguras. Por otra parte, afirmaron que los bancos deben estar en capacidad de realizar pruebas de tamizaje para controlar la calidad de la sangre que se dona en vez de discriminar al donante. A su vez, recordaron que

actualmente existe un desabastecimiento de sangre que se agravó con la pandemia y que este tipo de discriminación también afecta a la población que necesita sangre. Finalmente, argumentaron que no se configuró un hecho superado con la modificación del Lineamiento porque todavía se menciona como actividad de riesgo las relaciones sexuales entre hombres sin condón. Sin embargo, tal aclaración es prejuiciosa y discriminatoria porque tener sexo sin protección es igual de riesgoso sin importar el sexo u orientación sexual de las personas. Además, el documento habla de “los transexuales”, lo cual es una denominación irrespetuosa con las identidades de género. Por lo tanto, la Corte debería dar pautas en cuanto a la implementación del nuevo Lineamiento Técnico.

1. Luis Alejandro Ariza Guerrero y otras 38 personas35 solicitaron a la Corte que asuma un rol activo en la protección de los derechos de los accionantes y que adopte los remedios constitucionales necesarios para que su vulneración no se repita. En particular, resaltaron la discriminación y estigmatización de los hombres homosexuales por su vinculación con el VIH. Además, afirmaron que algunos países, como Sudáfrica, Argentina, Chile, España, Portugal y Brasil han modificado sus ordenamientos para no descartar per se a los HSH. En cuanto a la ventana inmunológica, es un riesgo que se presenta para cualquier donación. Por lo tanto, la exclusión no es proporcional a los beneficios que tendría aceptar la donación de este grupo poblacional. En el caso concreto, solicitaron adoptar medidas estructurales que sirvan como reparación y garantía de no repetición. Por ejemplo, ordenar la difusión amplia de la sentencia en páginas web o con panfletos o afiches en los bancos de sangre. El cambio del Lineamiento se produjo en cumplimiento de un fallo judicial, por lo que no hay lugar al hecho superado. En este sentido, el Lineamiento Técnico puede ser nuevamente ajustado y excluir de nuevo a la población de HSH. Adicionalmente, informaron que, en su tesis de grado, Nicolás Mantilla señaló que varios bancos de sangre, con posterioridad a fallos de tutela en su contra, reciben la sangre donada de HSH y luego la queman.

1. Robert H. Goldstein36 señaló que, desde 1985, los HSH tienen prohibido donar sangre en Estados Unidos. Sin embargo, recientemente se adoptó una política de aplazamiento que excluye a los HSH que tuvieron relaciones sexuales en los últimos tres meses. La política

inicial de exclusión estuvo basada en la incertidumbre de las primeras pruebas diagnósticas de VIH, que tenían un periodo de ventana prolongado. Con las mejoras de la tecnología, las pruebas actuales de cuarta generación tienen una sensibilidad (o capacidad de descartar la infección) superior al 99,9% y un periodo de ventana de menos de 6 semanas. Incluso, la sensibilidad aumenta y el periodo de ventana disminuye con las pruebas de ácido nucleico. Por lo tanto, dada la sensibilidad extremadamente alta de las pruebas de VIH actualmente disponibles para la sangre donada, el riesgo de transmisión del VIH a través de transfusiones sanguíneas está casi completamente relacionado con la donación durante el período de ventana por parte de una persona que desconoce su diagnóstico. En este sentido, la política de aplazamiento basada en preguntas menos estigmatizantes relacionadas con la actividad sexual se ha introducido en numerosos países sin ningún aumento asociado del riesgo de transmisión del VIH a través del suministro de sangre.

1. El Comité de Jóvenes de la Fundación SI Mujer37 manifestó su inconformidad respecto a la exclusión a la que han sido sometidos los HSH y las mujeres transgénero, que consideran innecesaria, injustificada y desproporcionada. Es innecesaria porque, como lo indicó este Tribunal en la Sentencia T-248 de 2012, el artículo 2° de la Resolución 000437 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social prevé el examen de todas las muestras de sangre donadas para determinar su calidad. Además, es injustificada porque no hay evidencia científica que la respalde. De hecho, recientemente se hizo público que, en países como Reino Unido, España y Sudáfrica, la cantidad de nuevos casos de VIH en personas heterosexuales superó al de hombres bisexuales y homosexuales38. Incluso, la razón por la que existe una prevalencia mayor del virus en HSH no se debe a su preferencia sexual ni características físicas, sino a comportamientos sexuales riesgosos, como relaciones sexuales sin preservativos. Por lo tanto, el criterio más importante que determina la posibilidad de infección es la falta de protección y no la orientación sexual o la identidad de género. Finalmente, es desproporcionada en relación con el fin perseguido. Por un lado, implica el sacrificio de los derechos fundamentales de un grupo poblacional históricamente puesto en situación de vulnerabilidad, como lo son los hombres homosexuales. Por otra parte, pone en riesgo la garantía del principio de solidaridad. La Sentencia T-248 de 2012 indicó que la exclusión conlleva al sacrificio de un número elevado de posibles donantes.

Para terminar, señaló que el cambio en el Lineamiento Técnico es un paso en el camino correcto que debe ser complementado por otras medidas formales y materiales para evitar que esta exclusión basada en estigmas continúe. Además, afirmó que varios de sus integrantes han sido rechazados durante los procesos de donación de sangre por su orientación sexual. Por lo tanto, solicitó la adopción de campañas de concientización, difusión de información a los distintos actores en bancos de sangre y publicidad visible para el público en general.

1. Colombia Diversa39 resaltó que el diferimiento de HSH está asociado con la idea de que hay personas que, por su identidad de género u orientación sexual, son más proclives a enfermedades de transmisión sexual y, en consecuencia, su sangre es un riesgo para la salud pública. Tal estigma incluso perdura en el Lineamiento Técnico actualizado en septiembre del 2021 en el cual, desde una perspectiva estadística, se justifica que los hombres homosexuales, bisexuales y mujeres trans son una población clave para este asunto. Lo anterior se debe a que la salud pública y la ciencia han patologizado y estigmatizado a personas LGBTIQ+ y no es, por tanto, una situación excepcional. Esta tendencia desembocó en la denominación del VIH como la “neumonía” o el “cáncer gay”, que fortaleció la sensación de peligrosidad de esta población. A su vez, expuso que, según estudios recientes, el costo de oportunidad por la exclusión permanente de la donación de sangre de HSH en términos de la cifra adicional de donaciones seguras y de calidad que podrían ingresar a los bancos de sangre es muy alto en contraste con el muy bajo riesgo de ingreso de una donación infectada con VIH40.

Acto seguido, explicó que, según la OMS, el mejor estándar posible que pueden seguir los países y sus sistemas de salud para garantizar la seguridad de la sangre donada debe fundarse, en primer lugar, en un trabajo estructural en el monitoreo y control de las existencias de sangre y hemoderivados a nivel nacional a través de sistemas nacionales de hemovigilancia robustos y centralizados. Este método es más efectivo que centrarse en la selección de donantes porque esta última opción depende de la información suministrada, que puede contener omisiones en la identificación de factores de riesgo, inclusive desconocidos por la persona. De hecho, al hacer un estudio comparativo de los criterios y estándares para la donación y manejo de sangre en las distintas regiones del mundo, la OMS

halló que los países de ingresos medios-altos y altos siguen la fórmula de: (i) sistemas nacionales de hemovigilancia como prioridad, (ii) testeo universal de las muestras de la sangre donada como regla y (iii) procesos de caracterización de riesgos de potenciales donantes como medida complementaria41.

Para terminar, solicitó (i) manifestar enfáticamente la inadmisibilidad de usar criterios para excluir personas únicamente con base en su orientación sexual y/o identidad de género; (ii) ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social y al INS modificar, en un plazo de seis meses, las dos normas bajo estudio para que se elimine el uso de mujeres trans y HSH como criterios de diferimiento de donantes de sangre; (iii) ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social eliminar de la base de datos del sistema de hemovigilancia a todas las personas diferidas únicamente por su orientación sexual o identidad de género; (iv) crear un mecanismo de monitoreo para el cumplimiento de las modificaciones por parte del Ministerio; (v) ordenarle al Ministerio elaborar guías, programas y lineamientos para combatir la discriminación motivada por orientación sexual e identidad de género en la recepción, tratamiento, valoración y distribución de sangre; (vi) reiterar la orden 4.b de la Sentencia T-248 de 2012 para capacitar a los profesionales de salud y a los laboratorios sobre la realización de encuestas y entrevistas sin tener como criterio la identidad de género ni la orientación sexual; y (vii) la divulgación por todos los medios de comunicación y redes sociales del Ministerio, del INS y de bancos de sangre de las disposiciones de esta sentencia.

1. La Fundación ProBono42 apoyó las pretensiones de los accionantes. Primero, advirtió que no se configuró un hecho superado con la modificación del Lineamiento por parte del INS porque ocurrió en cumplimiento del fallo de segunda instancia. Segundo, sostuvo que las entidades accionadas presumieron que los accionantes padecían de una enfermedad de transmisión sexual con base únicamente en su relación homosexual y sin ahondar en factores de riesgo. Por lo tanto, violaron sus derechos fundamentales. Para llegar a esta conclusión, propuso la utilización del test estricto de igualdad. Así, consideró evidente que el diferimiento de HSH de la donación de sangre en Colombia (i) tiene una finalidad legítima, importante e imperiosa, como lo es garantizar la salud de las personas que reciben transfusiones de sangre donada. Sin embargo, no es (ii) efectivamente conducente porque se

limita a presumir que todo HSH supone un riesgo para el proceso de donación. En particular, el caso concreto permite ilustrar que esta presunción no puede ser desvirtuada, incluso si el donante demuestra su ejercicio de una sexualidad sana y responsable. Tampoco es (iii) necesaria porque la verificación de la calidad de la sangre podría enfocarse en preguntas sobre factores de riesgo sumado a las pruebas de tamizaje de la sangre donada. Finalmente, argumentó que la exclusión sufrida por los accionantes con base únicamente en su orientación sexual impone un límite injustificado a sus posibilidades de acción en la sociedad. Por lo tanto, se configuró también una violación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

1. La Red de Litigantes LGBTI de las Américas, el Grupo de Abogados por la Diversidad Sexual y de Género (GADvS), la Asociación Brasilera de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Transexuales e Intersexuales (ABGLT), y la Asociación Brasilera de Mujeres Lesbianas, Bisexuales, Travestis y Transexuales (ABMLBT)43 apoyaron las pretensiones de los accionantes. Las cuatro organizaciones (tres de ellas brasileras) señalaron que participaron en el proceso que culminó con la sentencia del Tribunal Supremo Federal brasilero que declaró inconstitucional la discriminación de HSH en la donación de sangre en 202044. Expusieron que la norma declarada inconstitucional en Brasil “era idéntica a la que es objeto de este proceso”45. En el escenario brasilero, el Ministerio de Salud, por medio de la Ordenanza No. 158 de 2016, había previsto que los candidatos de donación debían someterse a un triage clínico para garantizar la seguridad del receptor, pero “con exención de juicios de valor, prejuicios y discriminación basadas en la orientación sexual, la identidad de género (…)”. Sin embargo, en su artículo 64 se decidió diferir por 12 meses a los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres y/o sus parejas sexuales. Además, consideraban a las mujeres trans como hombres a partir de criterios biológicos y les aplicaban la misma restricción.

Consideraron que el caso colombiano es idéntico. De hecho, en las intervenciones y en la decisión del caso brasilero se citó la Sentencia T-248 de 2012 como referente histórico. Adicionalmente, sostuvieron que en ambos países las autoridades pretendieron justificar la exclusión como una medida no discriminatoria al decir que la restricción también aplicaba para hombres heterosexuales que tuvieran sexo con otros hombres. Sin embargo, los

hombres heterosexuales, en principio, no tienen sexo con otros hombres. Incluso si hipotéticamente se admitiera esa posibilidad por algún tipo de curiosidad, es un hecho notorio que, en su inmensa mayoría, los hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres son homosexuales y bisexuales, por lo que la mencionada discriminación en la donación de sangre los afecta directamente.

A su vez, indicaron que la noción de grupo de riesgo es un concepto absolutamente desfasado y abandonado en el ámbito científico. De hecho, las autoridades brasileras negaban estar usando la categoría de grupos de riesgo, aunque era lo que sucedía en la práctica. La superación de la noción de grupos de riesgo hacia la de prácticas de riesgo supone la consideración de la conducta individual concreta de la persona que pretende donar sangre, y no la del grupo social al que pertenece. El hecho de que las investigaciones indiquen mayor incidencia de VIH/SIDA u otras infecciones de transmisión sexual en hombres homosexuales y bisexuales relativo a hombres heterosexuales no tiene relevancia en el presente caso, pues si la persona no ha tenido una práctica sexual insegura (sin preservativo), entonces no estará contaminada con ninguna infección de transmisión sexual, por lo que es puramente arbitraria la prohibición que recae sobre ella de donar sangre por el simple hecho de encuadrarse en el concepto de HSH.

Finalmente, sostuvieron que la medida no es proporcional por tres razones. Primero, no es adecuada porque la conducta de riesgo de no usar preservativo no depende de la orientación sexual. Segundo, no es necesaria porque existe al menos una medida menos gravosa para alcanzar el mismo objetivo: una pregunta referente a la práctica sexual con o sin preservativo. Otra opción menos gravosa es preguntar por parejas sexuales ocasionales o desconocidas, sin importar su identidad de género u orientación sexual. Tercero, no es proporcional en sentido estricto porque, en su criterio, no hay tensión entre derechos. Los únicos afectados son los derechos fundamentales a la igualdad y libertad sexual de los HSH. Además, genera un impacto desproporcionado sobre los hombres homosexuales y bisexuales y/o sus parejas al prohibir el disfrute libre y seguro de la propia sexualidad para el ejercicio del acto empático de donar sangre.

1. La Iniciativa Americana por la Justicia46 expuso un ejercicio de derecho comparado para

respaldar las pretensiones de los accionantes. En particular, se enfocó en países latinoamericanos.

* En Uruguay, el gobierno consideró en 2020 que la disposición que preveía el diferimiento por 12 meses de HSH podría resultar discriminatoria y anacrónica. Por lo tanto, mediante el Decreto 337 de 2020 ordenó "[s]uprimir de las conductas consideradas de riesgo "los hombres que hayan tenido relaciones sexuales con otro hombre"47"48.

* En Argentina no se registra impedimento de donación de sangre respecto a la orientación sexual desde el 2015, luego de las resoluciones 1507, 1508 y 1509 /2015 vinculadas a la donación de sangre emitidas por el Ministerio de Salud de la Nación. Concretamente, esta norma modificó la Resolución Nº 865/2006, reglamentaria de la Ley Nº 22.990, que contenía un cuestionario (anamnesis) de donación de sangre con una exclusión de las personas gays, lesbianas, travestis, transexuales, bisexuales e intersexuales.

* En México desde el 2012 la orientación sexual no es impedimento o motivo de exclusión para donar sangre, con la emisión de la nueva NOM-253-SSA1-2012, la cual elimina la prohibición de donar sangre para hombres gay y bisexuales.

Posteriormente, hizo referencia a la posición de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) respecto a los lineamientos de donantes de sangre. En el 2012, la OPS publicó la tercera edición de los "Estándares de Trabajo Para Servicios de Sangre"49 con el objetivo de elaborar un documento que permita alcanzar los niveles más altos posibles de seguridad transfusional en América Latina. El documento se refiere específicamente a la evaluación de comportamientos del donante que lo puedan exponer a la posibilidad de contraer una infección transmisible por transfusión. Además, en el documento "Elegibilidad Para La Donación De Sangre: Recomendaciones para la Educación y la Selección de Donantes Potenciales de Sangre"50 de 2009, recalcan que la orientación sexual no debe ser utilizada como criterio para la selección del donante porque no representa riesgo en sí misma.

1. Caribe Afirmativo51 advirtió que este caso representa un asunto novedoso en la

jurisprudencia de este Tribunal y puede contribuir a la construcción de reglas claras sobre la donación de sangre por parte de personas LGBT. Acto seguido, sostuvo que el Banco de Sangre de la Fundación Valle del Lili vulneró los derechos fundamentales de los accionantes porque los discriminó por su orientación sexual al no permitirles donar sangre. Posteriormente, recordó la Sentencia T-248 de 2012 en la que la Corte ordenó eliminar criterios de donantes de sangre basados en la orientación sexual. Sin embargo, señaló que el INS y el Ministerio de Salud y Protección Social no la han cumplido porque han conservado la referencia a los HSH como población de riesgo. En este sentido, consideró que ambas entidades desconocieron el precedente de la Corte Constitucional con el contenido actual del Lineamiento Técnico. Para terminar, argumentó que el INS y el Ministerio vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes al no materializar un enfoque diferencial dentro de los procesos de donación de sangre con énfasis en la protección de las orientaciones sexuales e identidades de género diversas.

1. El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS)52 de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes solicitó que la Corte acceda a la totalidad de pretensiones de los accionantes. Para comenzar, indicó que en los últimos años se ha demostrado que las parejas de HSH tienen las mismas posibilidades de contraer enfermedades de transmisión sexual que las parejas conformadas por personas que no pertenecen a esa población53. Adicionalmente, al hacer referencia al caso concreto, sostuvo que las prácticas sexuales entre hombres representan una disrupción de los estereotipos de género en Colombia sobre el deber ser masculino, anclado en la conciencia social conservadora que persiste en el país. En este sentido, el caso bajo estudio representa un ejemplo de exclusión por percepción. Lo anterior significa que se percibe de forma generalizada a la población de hombres homosexuales como un grupo de individuos promiscuos que refuerza su imagen de población de riesgo. Por lo tanto, la categoría HSH agrupa a una población de manera exclusiva a partir de sus supuestas prácticas sexuales.

Esta percepción ha contribuido a perpetuar la discriminación a personas con orientaciones sexuales no hegemónicas con el argumento de que sus prácticas sexuales son riesgosas. En realidad, un hombre que tiene sexo con otro hombre en una relación monogámica y con preservativo tiene menos riesgo de contagiarse con VIH que un hombre heterosexual con

múltiples parejas sexuales y que no usa preservativo. Finalmente, el INS y el Ministerio de Salud y Protección Social no presentaron una justificación suficiente para excluir a esta población. En Colombia, toda la sangre es analizada para evaluar su calidad. Esto también sucede en países como Brasil, Argentina, España y Hungría, en donde han eliminado cualquier aplazamiento de la donación de sangre de HSH.

1. Carlos Daniel Dos Santos y Tomás Guerrero Jaramillo54 señalaron que el Ministerio de Salud y Protección Social incurre en una falla de inducción básica. En particular, la entidad cae en un error de categoría al señalar a los HSH como un comportamiento de riesgo que justifica el diferimiento. En realidad, el grupo poblacional de HSH, en sí mismo, no es un comportamiento de riesgo. Tampoco puede generalizarse, sin justificación, que todos los HSH incurren en comportamientos riesgosos. De hecho, existen HSH con parejas estables durante muchos años, al igual que existen hombres y mujeres heterosexuales con múltiples parejas sexuales de forma simultánea. En cuanto a las encuestas de donación de sangre, sostienen que deberían centrarse exclusivamente en comportamientos de riesgo y no en poblaciones estigmatizadas.

En cuanto al VIH, su transmisión ocurre con más frecuencia con la práctica de sexo anal sin protección. Este comportamiento riesgoso puede ser practicado tanto por personas homosexuales como heterosexuales. Por lo tanto, el comportamiento de riesgo para el diferimiento de la donación debe ser la participación en sexo anal en rol receptivo, no hombres que tienen sexo con otros hombres (criterio que hace explícita referencia a la identidad de género de los participantes de un acto sexual no definido). Respecto al periodo de ventana, afirmaron que los primeros exámenes diagnósticos de VIH solo podían detectar la infección entre 6 y 14 semanas después de la infección. No obstante, con los avances tecnológicos se ha logrado minimizar el periodo en el cual no se puede detectar infección de VIH a 9-14 días si también se usa la detección de código genético del virus. Además, la sensibilidad de estos exámenes para detectar el VIH ha subido al 99.9 % desde 2016. Con estos avances científicos, sostuvieron que el riesgo de transmisión de VIH por donación de sangre a bajado a 1 en 1.5 millones de transfusiones.

Segundo auto de pruebas

1. Tras la recepción de las respuestas al auto de pruebas, el despacho encontró que, en efecto, en septiembre de 2021 el INS modificó el Lineamiento Técnico. Ante la evidencia de una nueva versión del documento, el despacho estimó necesario solicitar pruebas técnicas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el caso. Para ello, mediante Auto del 24 de febrero de 202255, se ofició a la Fundación Valle del Lili, a la Cruz Roja Colombiana, al Banco de Sangre Hemocentro Distrital, al Instituto Nacional de Salud, en su calidad de coordinador de la Red Nacional de Bancos de Sangre y Servicios de Transfusión, y al Ministerio de Salud y Protección Social para que informaran cuál es el estado actual de la tecnología con la que cuentan para analizar las muestras de sangre donada. Además, se ofició al Instituto Nacional de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social y a diferentes instituciones académicas para que informaran si existen o no justificaciones con evidencia científica para diferir donantes de sangre con base en criterios distintos a las prácticas sexuales riesgosas.

1. A su vez, mediante Auto del 11 de marzo de 202256, la Sala Sexta de Revisión le concedió al Instituto Nacional de Salud su solicitud de ampliación de 10 días hábiles al término inicial para responder los interrogantes planteados en el auto de pruebas. Esta situación, sumada a una demora del trámite secretarial de notificación del segundo auto de pruebas y a la complejidad técnica del asunto, llevaron a la Sala a suspender los términos para fallar el presente asunto por un término de veinticinco (25) días hábiles. Por otra parte, mediante Auto del 17 de marzo de 2022, la magistrada sustanciadora le concedió una ampliación de 7 días hábiles al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, tal y como lo solicitaron previamente.

Respuesta del Instituto Distrital de Ciencia, Biotecnología e Innovación en Salud (IDCBIS)57

1. El IDCBIS es una corporación mixta que cuenta con un banco de sangre y sus respuestas corresponden únicamente a tal dependencia. Primero, señaló que en Colombia los bancos de sangre cuentan con diferentes pruebas serológicas, como las de “electroquimioluminiscencia

(ECLIA), quimioluminiscencia (CLIA) y [e]nzimoinmunoanálisis de adsorción (ELISA)”58. Además, existen las pruebas de tamizaje molecular denominadas NAT (test de ácido nucleico), que “permiten la reducción del riesgo de infección transfusional, a través de la detección de las secuencias genéticas específicas de los virus de la Hepatitis B (VHB), Hepatitis C (VHC) y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)”59.

Segundo, indicó que el Banco de Sangre del IDCBIS utiliza el método de electroquimioluminiscencia (ECLIA) de cuarta generación para el antígeno de superficie de la Hepatitis B (HBsAg) y para los anticuerpos del virus de la Hepatitis C (VHC). Por su parte, para el virus del VIH utiliza pruebas de quinta generación (antígeno–anticuerpo). A su vez, las pruebas mencionadas previamente tienen una sensibilidad entre 99.61 % y 99.9 %, y una especificidad entre el 99.65 % y 99.81 %. Además, su periodo de ventana inmunológica es desde 32.5 días para el antígeno de superficie de la Hepatitis B (HBsAg), 65 días para VHC y 16 días para VIH. Finalmente, sostuvo que el banco de sangre utiliza las pruebas de biología molecular NAT para el 100 % de las donaciones de sangre. La ventana inmunológica de este procedimiento es de 18.5 días para VHB, 29.5 días para VHC y 5 días para VIH con una sensibilidad entre el 98.3% y 99.7%, y una especificidad del 99.9%.

Tercero, presentó sus estadísticas de los últimos cinco años. Para el año 2021 recibió un total de 43.174 unidades donadas. De ese total, 95 resultaron reactivas para VIH y, dentro de ese grupo, 27 fueron confirmadas. Lo anterior representa el 0.000625%. Para el mismo año, identificaron 8 casos positivos de Hepatitis B (VHB) y 2 casos positivos de Hepatitis C (VHC). En porcentajes, estos casos representan un 0.000185% y 0.000046% respectivamente. Finalmente, afirmó que no ha estado relacionado con ninguno de los casos de infección transmitida por transfusión reportados por la Red Nacional de Bancos de Sangre.

Respuesta de la Federación Médica Colombiana60

1. Primero, resaltó que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) expidió en septiembre de 2016 el “Plan de Acción para la prevención y el control de la infección por el VIH y las infecciones de transmisión sexual 2016 -2021”. En ese documento, la organización identificó como comportamientos que aumentan el riesgo de contraer VIH (i) tener relaciones sexuales anales o vaginales sin preservativo, (ii) compartir agujas o jeringas para consumir

drogas inyectables y (iii) recibir transfusiones sanguíneas sin garantías de seguridad.

Segundo, señaló que la OPS caracterizó grupos de población clave, los cuales, por sus comportamientos específicos de gran riesgo, presentan una susceptibilidad a contraer VIH. Entre ellos están los hombres que tienen sexo con otros hombres (HSH) y las mujeres trans, que representaron en el 2017 casi la mitad de nuevas infecciones en América Latina. A su vez, los Centros de Control de Enfermedades de Estados Unidos identificaron que la probabilidad de contraer VIH a través de sexo anal es 1.38 % en su faceta receptiva (quien es penetrado) y 0.11 % en su faceta penetrativa (quien penetra). Lo anterior se debe a que el recubrimiento del recto es delgado y se lesiona con facilidad. Por su parte, la probabilidad de contraer VIH a través del sexo vaginal es de 0.08 % en su faceta receptiva y 0.04 % en su faceta penetrativa. Finalmente, la probabilidad de contraer VIH mediante sexo oral es casi inexistente. Además, la existencia de parejas sexuales simultáneas está relacionada con una mayor diseminación del VIH.

Tercero, advirtió que existen documentos que analizan los riesgos de transmisión sanguínea del VIH por mecanismo transfusional. En Chile, por ejemplo, el criterio vigente es la exclusión de HSH si el último encuentro sucedió en los últimos 12 meses y sin preservativo. Los resultados demuestran que el riesgo de transmisión del VIH por transfusión, que arroja el modelo en ambos escenarios, puede considerarse alto, con poco menos de 3 casos anuales.

Respuesta de la Fundación Valle del Lili61

Respuesta de la Secretaría Distrital de Salud62

1. La entidad respondió las preguntas del auto de pruebas en su calidad de coordinadora de la red distrital de bancos de sangre, compuesta por 16 establecimientos receptores. Primero, informó que los bancos cuentan con pruebas de tamizaje para VIH, VHB, VHC, CHAGAS, virus linfotrópico humano (HTLV), sífilis y anticuerpos contra el antígeno CORE del VHB. Las pruebas usan las tecnologías de quimioluminiscencia de las casas comerciales ROCHE y Abbott. Estas pruebas tienen una sensibilidad de 99.98 % y una especificidad del 99.89 %,

además de una ventana inmunológica de 12 a 60 días según el marcador bajo análisis. Segundo, en los últimos cinco años, los 16 bancos de sangre recibieron un total de 1.274.821 unidades donadas y el 100 % fue sometido a pruebas de tamizaje. En los distintos bancos de sangre, el número de unidades confirmadas para VIH en 2021 osciló entre los 6,3 y 13,5 por cada 100,000 donaciones. Es decir, entre un 0,000063 y 0,000135 %. En cuanto a VHB, los números de unidades confirmadas en 2021 oscilaron entre 1,0 y 5,2 por cada 100.000 donaciones. Para VHC, en 2021 las cifras de unidades confirmadas se ubicaron entre 1,1 y 3,4 por cada 100,000 unidades donadas. Finalmente, indicó que en los últimos cinco años y para la totalidad de los 16 bancos de sangre se reportaron tres casos probables de seroconversión de donantes con prueba confirmatoria para VIH.

Respuesta del Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud63

1. Con base en un artículo académico64, sostuvo que el riesgo de contraer VIH por sexo anal receptivo es de 0.0138 % y por sexo anal penetrativo es del 0.0011 %. A su vez, la probabilidad de contagiarse por sexo vaginal receptivo es del 0.0008 % y por sexo vaginal penetrativo es del 0.0004 %. Además, en condiciones de laboratorio y sin ruptura, el uso del condón reduce el riesgo en al menos un 99.5 %. Por su parte, indicó que el sexo biológico no incide en el riesgo de infectarse mediante sexo anal receptivo, que es practicado tanto por hombres como por mujeres. Respecto a las demás preguntas, sostuvo que no cuenta con la capacidad técnica para realizar una búsqueda estructurada de literatura en el tiempo otorgado.

Respuesta del Instituto Nacional de Salud65

1. Primero, informó que en los 83 bancos de sangre que operan actualmente en Colombia se tiene disponibilidad de pruebas de tamizaje. Sin importar el tipo de ensayo (quimioluminiscencia, electroquimioluminiscencia o enzimoinmunoanálisis de adsorción –ELISA–), la sensibilidad es del 99,98 % y la especificidad oscila entre el 99,69 % y 99,89 %. Además, la ventana inmunológica en todos los bancos de sangre es de 12 a 60 días dependiendo del marcador. A su vez, señaló que la totalidad de las unidades de sangre

donadas fueron sometidas a pruebas de tamizaje. Dicho esto, la cantidad de unidades confirmadas de VIH en 2021 en la totalidad de bancos de sangre por cada 100.000 donaciones osciló entre 1,4 (0.000014 %) y 49,1 (0.000491 %). Para 2021, las unidades confirmadas por cada 100.000 donaciones oscilaron entre el 0.00001 % y el 0.000532 % para VHB y entre el 0.000004 % y el 0.000084 % para VHC. Además, informó que:

"[s]egún los reportes al programa de hemovigilancia, hasta octubre de 2021, hay notificados 8 casos de infecciones virales con imputabilidades definitivas posibles o probables entre 2018 y 2021 luego de haber transfundido a 1.286.044 pacientes con 4.811.012 hemocomponentes"66.

Según esta información, entre 2018 y 2021, después de realizar transfusiones de sangre a 1.286.044 pacientes, hay un reporte de 8 casos de infecciones virales (VIH, VHB o VHC) que pudieron ocurrir por la contaminación de la sangre donada. Lo anterior significa que existe un riesgo del 0.00000622 % de infecciones transfusionales en Colombia. Sin embargo, el INS sostuvo que este riesgo de transmisión es "muy superior al informado por países europeos o de norte américa"67. Además, advirtió la posibilidad de un subregistro entre el 70 % y el 98 % en los eventos de hemovigilancia en Colombia, por lo que los datos podrían ser más elevados.

En cuanto al segundo núcleo de preguntas, argumentó que los comportamientos que incrementan el riesgo de adquirir infecciones hemáticas por relaciones sexuales son (i) ser fenotipo no secretor, lo cual es una condición que brinda una protección leve contra la transmisión heterosexual del VIH por tener tasas de infección entre un 14 % y un 30 % más bajas que personas con fenotipo secretor; (ii) el uso de drogas inyectables; (iii) los hombres que tienen sexo con hombres y (iv) las personas que tienen sexo con personas de su mismo sexo y del sexo opuesto (bisexuales). Los comportamientos sexuales que más incrementan el riesgo de infecciones hemáticas son tener relaciones sexuales sin protección, tener múltiples parejas sexuales, antecedentes de ITS, inyectarse drogas recreativas y ser joven. El mayor riesgo de infección por VIH por acto sexual está asociado con el sexo anal receptivo entre hombres (estimado en 1,4 % por acto sexual) en relación con el de mujer a hombre (0,04 % por acto sexual) en el sexo vaginal, de hombre a mujer (0,08 % por acto sexual) en sexo vaginal o coito oral receptivo. Además, explicó que el uso constante de preservativo durante las relaciones sexuales reduce el riesgo de infección de VIH en un 80 % para hombres y

mujeres heterosexuales, entre un 72 % y 91 % para hombres que reciben sexo anal de otros hombres, y en un 63% para hombres que penetran a otros hombres.

Sostuvo que, a partir de sus datos, es 47 veces más probable que una pareja HSH tuviera relaciones sexuales anales que una pareja heterosexual en su último encuentro sexual. En este sentido, el riesgo es 48 veces mayor de adquirir VIH en una pareja serodiscordante catalogada HSH respecto a una pareja heterosexual en su último encuentro sexual, 13 veces mayor probabilidad al cabo de un mes de relaciones sexuales, 10 veces más al cabo de un año y 4 veces durante su vida.

En cuanto a la evolución del tratamiento a HSH, resaltó que en 2012 se expidió la Guía para la selección de donantes de sangre en Colombia. Su pregunta 12 era "¿Ha tenido relaciones sexuales con personas de su mismo sexo?: Los hombres que tienen sexo con hombres HSH (exposición a partir de 1977) deben ser diferidos permanentemente"68. Posteriormente, con la Resolución 437 de 2014, se adicionó la tamización obligatoria de unidades sanguíneas para anticuerpos contra el antígeno CORE de hepatitis B y el virus linfotrópico humano de células T. En 2016 se inició la construcción de un programa que integrara toda la información recolectada por los bancos de sangre y servicios de transfusión. Con el fin de conectar todos los datos que antes estaban dispersos en los bancos de sangre y servicios de transfusión, desde enero de 2018 el INS implementó SIHEVI-INS, base nacional de donantes y receptores de sangre, que busca mejorar las condiciones de salud pública en todos los procesos de la cadena transfusional, en donde el INS actúa como repositorio y administrador de los datos notificados. La información acerca de la aceptación o diferimiento de un donante potencial de sangre que se reporta a SIHEVI-INS, se hace de acuerdo con la decisión tomada de manera autónoma por el profesional encargado del proceso de selección, una vez el donante culmina el diligenciamiento de la encuesta y entrevista o luego de la transfusión de un hemocomponente.

En 2011 el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA estableció el concepto de poblaciones clave69, con el fin de enfocar los esfuerzos para la prevención, control y tratamiento de la infección por el virus, el cual fue reafirmado en 2015. Con base en esto, el Ministerio de Salud y Protección Social realizó estudios para caracterizar las que serían poblaciones clave en el país y publicó en 2016 los resultados de los estudios de prevalencia poblacional para VIH en hombres que tienen relaciones sexuales con hombres70

y en mujeres trans71.

Tabla 1. Porcentaje medio de donaciones de sangre con marcadores infecciosos transmisibles por transfusión según datos del Banco Mundial

Agrupación por ingresos

VIH

VHB

VHC

Sífilis

Países de ingresos altos

0.002

0.02

0.02

0.02

Colombia

0.02

0.05

0.01

0.06

Países de ingresos medios-altos

0.10

0.36

0.24

0.44

Países de ingresos medios-bajos

0.14

0.39

0.70

Países de ingresos bajos

0.86

3.64

0.93

0.62

A su vez, informó que, en 2019, el 51.08 % de incidentes (nuevos casos) de VIH fueron HSH. Sin embargo, el 41.35% de los demás incidentes no pertenecía a ninguna población de riesgo, como mujeres trans, habitantes de calle o personas que se inyectan drogas. Además, para el mismo 2019, el 39.16 % de prevalentes de VIH eran HSH. No obstante, el 56.66% no pertenecía a una población de riesgo.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social72

1. Para comenzar, resaltó que, en cumplimiento de la Sentencia T-248 de 2012 se modificó la Resolución 901 de 1996 para suprimir los criterios de exclusión que podrían traducirse en factores de discriminación. Por ello se expidió la Resolución 3212 de 2018. Posteriormente, indicó que la donación de sangre es altruista, voluntaria, gratuita y desinteresada. Sin

embargo, puede conllevar la transmisión de virus como VIH, VHB o VHC. Por lo tanto, el Sistema de Salud debe implementar acciones para mitigar el riesgo de transmisión. Entre ellas se encuentran (i) la autoexclusión, (ii) la entrevista de selección, (iii) las pruebas de tamizaje y (iv) el diferimiento de la población con conductas de riesgo.

En cuanto a la entrevista de selección, señaló que en Colombia se diseñaron formularios para seleccionar donantes sin discriminar por orientación sexual o identidad de género. Respecto a las pruebas de tamizaje, indicó que todas tienen periodo de ventana. Además, a pesar de la sensibilidad del 99 %, puede haber falsos negativos. Las pruebas de tamizaje tienen un periodo de ventana que varía según su generación. Las pruebas de 1, 2, 3 y 4 generación tienen periodos de ventana de 40, 30, 21 y 13 días respectivamente. En este sentido, el aumento de la seguridad sanguínea depende principalmente de la selección de donantes de sangre porque es el primer paso para reducir el riesgo de contagio. Por su parte, las personas que donan durante su periodo de ventana generalmente representan la mayor amenaza para la seguridad de la sangre. Por lo tanto, la mitigación del riesgo de transmisión de infecciones en sangre donada sólo es posible al combinar la selección de donantes y pruebas diagnósticas en la sangre donada.

Expuso que en la mayoría de los países aún no se permite la donación de HSH sexualmente activos y no existe un consenso internacional sobre las políticas de diferimiento. Sin embargo, los tiempos de diferimiento se han reducido debido a los avances tecnológicos que han disminuido el periodo de ventana. Por ejemplo, en Australia y Canadá se presentaron conflictos legales por la política de diferimiento permanente por motivos de discriminación, pero se mantuvieron las medidas en virtud de la seguridad del receptor de la donación sanguínea.

Explicó que existen tres enfoques respecto del diferimiento de HSH: (i) permanente, (ii) temporal desde el último encuentro sexual y (iii) criterios diversos basados en comportamientos de alto riesgo.

* Francia pasó en 2016 de un diferimiento permanente a uno de 12 meses.

* Estados Unidos pasó en 2020 de un diferimiento de un año a uno de tres meses.

* Italia, España, Hungría y Argentina no tienen un diferimiento temporal, sino que se enfocan en identifican prácticas de mayor riesgo.

* Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, Francia, Dinamarca, Países Bajos, Japón, Australia, Brasil, República Checa, Finlandia, Alemania, Nueva Zelanda, Irlanda, Suecia e Israel tienen diferimientos temporales.

* Austria, Bélgica, China, Croacia, Islandia y Líbano tienen diferimientos permanentes.

* En Australia se hizo un estudio cuando se pasó del diferimiento permanente al diferimiento por 12 meses y no se evidenció un aumento significativo de casos de VIH. Además, los tiempos de diferimiento (más cortos de 12 meses) se basan tanto en los cálculos de los periodos de ventana de las pruebas NAT, como en el contexto de cada país.

Para terminar, sostuvo que, con base en el principio de precaución, reconocido por la misma Corte Constitucional, en las situaciones donde se detecte un riesgo potencial para la salud las autoridades determinarán las acciones correspondientes. En este sentido, la selección de donantes de sangre en Colombia se realiza con la indagación sobre la práctica de conductas sexuales asociadas con mayor riesgo de ser portador de un patógeno de transmisión sanguínea según la literatura científica. Por lo tanto, la normativa colombiana vigente se encuentra expedida conforme a la regulación sanitaria y no puede considerarse como discriminatoria.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

Asunto objeto de análisis y problemas jurídicos a resolver

1. En el caso bajo estudio, los peticionarios interpusieron acción de tutela contra la Fundación Valle del Lili, el Instituto Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y los derechos sexuales, debido a que la Fundación no les permitió donar sangre porque pertenecían a la categoría de hombres que tienen sexo con otros hombres. En particular, la Sala evidencia que se encuentra ante: (i) la actuación del banco de sangre que difirió a los accionantes para donar sangre, y (ii) dos cuerpos normativos que habrían sido el fundamento del diferimiento: (a) la Resolución 3212 de 2018, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, y (b) el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia, elaborado por el Instituto Nacional de Salud.

De acuerdo con esta situación, le corresponde a la Corte determinar, primero, si la acción de tutela es procedente respecto de cada una de las tres actuaciones mencionadas. De ser así, deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿La Fundación Valle del Lili vulneró los derechos a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad y derechos sexuales de los accionantes al interpretar que debía diferirlos como posibles donantes de sangre por ser hombres que tienen sexo con hombres (HSH)?

¿El Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud vulneraron los derechos a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad y derechos sexuales de los accionantes al expedir la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia?

1. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala: (i) analizará la procedencia de la acción de tutela respecto de las actuaciones de las tres entidades accionadas. En caso de superarse el análisis de procedencia, y luego de examinar si existe carencia actual de objeto

en el presente asunto, (ii) se referirá a las medidas de salud pública para la donación de sangre, con énfasis en el tratamiento a los hombres que tienen sexo con hombres (HSH). Posteriormente, (iii) reiterará su jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación a la población LGBTIQ+, al igual que los lineamientos del juicio de igualdad. Finalmente, (iv) resolverá el caso concreto y proferirá las órdenes correspondientes.

Análisis de procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

1. El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tendrá derecho a interponer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Tal solicitud procede cuando aquellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades o, excepcionalmente, de particulares. A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la persona podrá actuar: (i) a nombre propio, (ii) a través de un representante legal, (iii) por medio de apoderado o (iv) mediante un agente oficioso.

1. En este caso, se encuentra acreditada la legitimación por activa, ya que los actores son los titulares de los derechos cuya protección solicitan en el recurso de amparo73.

1. Respecto de la legitimación por pasiva, el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o, excepcionalmente, por el actuar de los particulares. En esta oportunidad, la acción se promovió contra la Fundación Valle del Lili, el Instituto Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social. Por lo tanto, se procederá a analizar la legitimación por pasiva de cada entidad.

1. La Fundación Valle del Lili es una entidad sin ánimo de lucro, cuya personería jurídica fue reconocida por el Ministerio de Salud mediante la Resolución 006227 del 21 de junio de 198374. En la actualidad, esta Institución Prestadora de Servicios en Salud (IPS) cuenta con un banco de sangre, que tiene dispuestos tres puntos de donación75. Al acudir a uno de ellos, los accionantes fueron informados de su diferimiento porque son hombres que tienen sexo con hombres (HSH), lo cual calificaron como un acto discriminatorio por parte de la IPS. En este caso, a pesar de que la Fundación es una entidad de derecho privado, presta un servicio público en salud a partir de su banco de sangre. Al respecto, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 señala que uno de los escenarios excepcionales de procedencia de la tutela contra particulares es, precisamente, "la prestación del servicio público de salud". En consecuencia, la Fundación está legitimada en la causa por pasiva.

1. El Ministerio de Salud y Protección Social, creado por el artículo 9° de la Ley 1444 de 201176, es una entidad pública del nivel central del Gobierno Nacional y cabeza del sector salud. Su objetivo, entre otros, es "formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud"77. Además, sus funciones están previstas en el artículo 2° del Decreto 4107 de 2011. No obstante, en materia de donación de sangre, el Decreto 1571 de 199378 le asigna unas funciones especiales. Según el parágrafo segundo del artículo 28 "[e]l Ministerio de Salud emitirá las normas técnicas que regulen en lo pertinente al presente artículo [requisitos para ser donante de sangre] y fijarán los criterios científicos para la aplicación del mismo". A su vez, el artículo 29 señala que "[l]os 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".

En el presente caso, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 3212 de 2018, en la que señaló que uno de los factores de riesgo para diferir a los posibles donantes de sangre es "g. Hombres o mujeres que, en los últimos 12 meses hayan asumido cualquiera de las siguientes conductas sexuales de riesgo: (…) – Haber sostenido relaciones sexuales (vaginal, anal u oral) con personas pertenecientes a alguna de las poblaciones con prevalencia de infección por VIH superior al 1% definidas en los lineamientos técnicos para la Selección de Donantes de Sangre"79. A partir de esa remisión a las poblaciones de riesgo

identificadas por los lineamientos técnicos, el Ministerio de Salud y Protección Social participó en la determinación de los criterios de diferimiento de donantes de sangre. En consecuencia, está legitimado en la causa por pasiva en este proceso.

1. El Instituto Nacional de Salud es un instituto científico y técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social80. Entre sus funciones, le corresponde "[p]articipar y prestar asesoría en la formulación de normas científico-técnicas y procedimientos técnicos en salud pública"81. En ejercicio de esta función, en 2018 expidió el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia, que fue modificado el 6 de septiembre de 2021. Según los accionantes, este documento técnico es el fundamento que invocó el banco de sangre de la Fundación Valle del Lili para diferirlos como donantes de sangre por ser HSH. Por lo tanto, esta autoridad está legitimada en la causa por pasiva en este proceso.

Inmediatez

1. En virtud del artículo 86 de la Constitución, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se puede interponer "en todo momento" y, por ende, no tiene término de caducidad82. No obstante, de su naturaleza como mecanismo para la "protección inmediata"83 de los derechos fundamentales, se puede establecer que su finalidad es dar una solución de carácter urgente a las situaciones que puedan generar una vulneración o amenaza a derechos fundamentales84. En tal sentido, este Tribunal ha establecido que, para que se entienda cumplido el requisito de inmediatez en la interposición de una acción de tutela, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias del caso para determinar si existe un plazo razonable entre el momento en el que se interpuso el recurso y en el que se generó el hecho u omisión que vulnera los derechos fundamentales del accionante.

1. En este caso, los accionantes acudieron a la Fundación Valle del Lili para donar sangre el 21 de enero de 2021. Posteriormente, el 12 de febrero85 y el 12 de marzo de 202186 los

actores interpusieron peticiones ante el banco de sangre de la Fundación Valle del Lili para indagar sobre el procedimiento de selección de donantes de sangre. A su vez, radicaron la acción de tutela de la referencia el 31 de mayo de 2021. Por lo tanto, entre el día en que intentaron donar sangre y la radicación de la tutela transcurrieron cuatro meses y diez días, término claramente razonable. Además, es evidente que los actores no estuvieron inactivos en la defensa de sus derechos después del suceso del 21 de enero de 2021. Por el contrario, entre ese momento y la interposición de la acción de tutela radicaron peticiones para indagar sobre los fundamentos de su diferimiento como donantes de sangre y así enfrentar la situación que consideraron violatoria de sus derechos fundamentales. Bajo ese entendido, la Sala encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

1. En virtud del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo judicial subsidiario y residual87 que procede "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial"88 (negrillas no originales). Efectivamente, este mecanismo constitucional no fue diseñado para suplir los procesos ordinarios a los cuales deben acudir los ciudadanos para dar solución a sus controversias89. En este sentido, el requisito de subsidiariedad se acredita en tres hipótesis90: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relativo a la afectación de un derecho fundamental, (ii) cuando el mecanismo existente no resulte eficaz e idóneo, o (iii) cuando la intervención transitoria del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

1. En esta oportunidad, la acción de tutela de la referencia plantea dos cuestionamientos diferentes. El primero se refiere al diferimiento por parte del banco de sangre de la Fundación Valle del Lili el 21 de enero de 2021. El segundo se enfoca en el contenido de la Resolución 3212 de 2018 y del Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia, expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional

de Salud respectivamente, que serían los fundamentos del diferimiento de los actores. Por lo tanto, se analizará el requisito de subsidiariedad respecto de cada uno.

Procedencia de la acción de tutela como medio para controvertir el diferimiento por parte del banco de sangre de la Fundación Valle del Lili

1. En relación con el diferimiento por parte del banco de sangre de la Fundación Valle del Lili, se cumple el requisito de subsidiariedad porque los actores carecen de otro medio de defensa de sus derechos fundamentales. Su pretensión está dirigida a controvertir la actuación del banco de sangre que no les permitió donar por el simple hecho de ser hombres que tienen sexo con hombres, a pesar de ser una pareja estable que usa condón en sus relaciones sexuales penetrativas y no penetrativas. En este sentido, el amparo a sus derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y a los derechos sexuales no puede ser canalizado por otro medio de defensa.

Cabe resaltar que no es posible exigir el agotamiento del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional en Salud porque tal alternativa está restringida a (i) negativas de servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud; (ii) reconocimientos económicos de gastos en que haya incurrido la persona afiliada; y a conflictos por (iii) multiafiliación; (iv) elección de entidades o instituciones prestadoras de servicios en salud; (v) garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios por parte de las entidades administradoras de tales planes; y (vi) las devoluciones a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud93. No obstante, la donación de sangre, como proceso voluntario y solidario, no está prevista en ninguno de estos escenarios.

Incluso, si se contemplara que el caso se enmarca en alguno de los supuestos mencionados, la Corte Constitucional ha identificado situaciones normativas y estructurales que afectan la capacidad de la Superintendencia para ejercer su función jurisdiccional94. En este sentido, mientras persistan las dificultades para el ejercicio de tales facultades –que no se han desvirtuado–, el mecanismo jurisdiccional de la Superintendencia de Salud no se entenderá como medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de

los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud95. En consecuencia, la acción de tutela es el medio adecuado para garantizar dichos derechos. Por lo tanto, ante la ausencia de un mecanismo de defensa idóneo y eficaz, la tutela es procedente.

Procedencia de la acción de tutela como medio para controvertir la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento técnico para la selección de donantes de sangre en Colombia

1. En la acción de tutela, los accionantes argumentaron que la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento técnico para la selección de donantes de sangre en Colombia violaban sus derechos a la igualdad, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y a los derechos sexuales. En particular, señalaron que el contenido de estos dos documentos materializa una discriminación basada en la orientación sexual al diferir a hombres que tienen sexo con hombres para la donación de sangre sin ahondar en las posibles prácticas sexuales riesgosas, que sí son un factor relevante para la donación.

1. La Sala considera que en este caso particular la tutela es procedente para evaluar si el contenido de estas dos actuaciones incide en una presunta discriminación en contra de los dos accionantes (hombres que tienen sexo con hombres) al intentar donar sangre. En primer lugar, la Resolución 3212 de 2018 es un acto administrativo susceptible de ser controvertido por los medios ordinarios de control. No obstante, las acciones contencioso-administrativas, como los mecanismos de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, no resultan idóneas, dado que no están diseñadas para abordar la presunta vulneración al derecho a la igualdad desde una perspectiva constitucional96. En el procedimiento administrativo, el juez solo podría valorar que la Resolución 3212 de 2018 haya cumplido con los presupuestos legales para su expedición.

Por otra parte, el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre es un documento técnico emitido para delimitar el alcance de las disposiciones de la Resolución 3212 de 2018. En este sentido, como lo indicaron los mismos accionantes97, su contenido no es susceptible de ser controvertido a través de los medios ordinarios de control. Por lo tanto, el juez administrativo no contaría con las herramientas procesales para determinar si la

aplicación en conjunto de la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento Técnico materializó un acto discriminatorio en contra de los peticionarios debido a su orientación sexual.

A su vez, tampoco es posible exigir, como lo hizo la Fundación Valle del Lili98, que los actores hubieran interpuesto una acción pública de inconstitucionalidad. Ese mecanismo solo permite demandar actos reformatorios de la Constitución (por vicios en su formación), leyes dictadas por el Congreso de la República y decretos con fuerza de ley que profiera el Presidente de la República con fundamento en los artículos 150 (numeral 10) y 341 superiores. No obstante, la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento Técnico no corresponden a este tipo de normas.

1. En síntesis, la Sala estima que los mecanismos ordinarios no podrían resolver desde una dimensión constitucional el problema jurídico relacionado con los derechos fundamentales invocados, en especial, con el derecho a la igualdad y no discriminación, o adoptar las medidas necesarias para su protección, en caso de que se compruebe su vulneración. Por lo tanto, la acción de tutela es procedente para cuestionar el contenido de la Resolución 3212 de 2018 y del Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia.

Inexistencia de carencia actual de objeto

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario al alcance de cualquier persona para reclamar “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Sin embargo, en algunas ocasiones se produce la alteración o desaparición de las circunstancias que originaron la presunta vulneración de derechos. En estos casos, que la jurisprudencia ha denominado “carencia actual de objeto”, el amparo solicitado pierde su razón de ser y no se requiere un pronunciamiento de fondo porque la eventual orden caería en el vacío.

1. La Sentencia SU-522 de 201999 unificó los tres escenarios en los que se produce una

carencia actual de objeto. El primero es el hecho superado, que se presenta cuando la entidad o persona accionada satisface completamente lo pretendido en la tutela. El segundo es el daño consumado, que ocurre cuando se ha producido la afectación que se pretendía evitar con el amparo solicitado. El tercero es la situación sobreviniente, que se refiere a cualquier otra circunstancia que, a pesar de no encuadrar en alguno de los anteriores escenarios, genere que un pronunciamiento de fondo sea inocuo.

1. En particular, la jurisprudencia constitucional ha precisado que existen dos requisitos para acreditar la configuración de una carencia actual de objeto por hecho superado:

“en estos casos le corresponde al juez de tutela constatar que: (i) efectivamente se ha satisfecho por completo100 lo que se pretendía mediante la acción de tutela101; (ii) y que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu propio, es decir, voluntariamente”102.

1. En el caso concreto, el Instituto Nacional de Salud modificó el Lineamiento Técnico en septiembre de 2021 para acatar el exhorto del Tribunal Superior de Cali. En la nueva versión, que la entidad remitió a la Sala, en efecto se eliminó la referencia a los HSH y a las mujeres trans de la pregunta 12 de los antecedentes médicos de la encuesta para selección de donantes de sangre103:

Versión de 2018

Versión de 2021

“12. ¿Ha tenido relaciones sexuales con personas pertenecientes a alguna de las poblaciones clave (trabajadores sexuales, habitantes de calle, personas que se inyectan drogas, hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, mujeres transgénero)?

En caso de que la respuesta sea afirmativa debe diferirse por doce (12) meses tras el cese de

conductas sexuales de riesgo o de los factores de riesgo definidos, en consonancia con la Resolución 3212 de 2018.” (negrillas no originales).

“12. ¿Ha tenido relaciones sexuales con personas pertenecientes a alguna de las siguientes poblaciones: trabajadores sexuales, habitantes de calle, personas que se inyectan drogas?

En caso de que la respuesta sea afirmativa debe diferirse por doce (12) meses tras el cese de conductas sexuales de riesgo o de los factores de riesgo definidos, en consonancia con la Resolución 3212 de 2018”.

Cabe resaltar que ninguna entidad (ni siquiera el INS) argumentó la carencia actual de objeto por hecho superado. Sin embargo, varias intervenciones anticiparon esa posibilidad y adujeron que no se produjo un hecho superado con la modificación del Lineamiento Técnico porque: (i) el INS no lo hizo voluntariamente y (ii) todavía existen referencias con efectos discriminatorios en la nueva versión.

1. La Sala considera que no hay carencia actual por hecho superado por las siguientes razones. Primero, respecto del banco de sangre de la Fundación Valle del Lili, los actores no han podido acudir nuevamente a intentar donar por distintos factores ajenos a su voluntad, como se expuso en el numeral 17 de los antecedentes. Por lo tanto, no se ha satisfecho su pretensión de donar sangre sin ser discriminados. Segundo, en cuanto al Ministerio y al INS, la Sala constató que, en efecto, el documento todavía contiene varias menciones a los HSH como población clave de mayor riesgo de exposición al VIH104 y a los virus de Hepatitis B (VHB) y C (VHC)105. Además, la nueva versión hace énfasis en la discrecionalidad del personal seleccionador para evaluar, a la luz de estos criterios de riesgo, la aceptación o diferimiento del donante potencial106. Estas nuevas disposiciones deben leerse de forma sistemática. Tercero, la modificación que se realizó al Lineamiento Técnico no se dio porque la entidad demandada hubiera actuado voluntariamente, como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación107, sino que ello se realizó en cumplimiento de la orden dictada por el juez de segunda instancia. Por lo tanto, tampoco hay hecho superado respecto a los cuerpos normativos controvertidos.

Las medidas de salud pública en la donación de sangre

1. La donación de sangre es una actuación de una importancia social significativa. Ante la imposibilidad de fabricar sangre artificialmente, las personas que requieren de transfusiones sanguíneas dependen de la solidaridad de otras. Por lo tanto, como lo establece el artículo 28 del Decreto 1571 de 1993, “donar sangre es un deber de solidaridad social que tienen las personas y, por ningún motivo, podrá ser remunerado”. En este sentido, la regulación de la donación de sangre pretende garantizar la disponibilidad de la mayor cantidad de sangre donada en virtud de la solidaridad de los donantes voluntarios.

1. No obstante, la finalidad de recolectar la mayor cantidad de sangre donada tiene límites. Uno de ellos es la necesidad de proteger a la población receptora de transfusiones sanguíneas, que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por su situación de salud. La vulnerabilidad de aquellas personas que requieren transfusiones de sangre obliga a los sistemas de salud de cada país a construir estrategias de salud pública para garantizar la calidad y seguridad de la sangre donada. Entre las infecciones hemáticas que se pretenden evitar se encuentran los virus de inmunodeficiencia humana (VIH), hepatitis B (VHB) y hepatitis C (VHC). Ante estos riesgos, los diferentes países han construido paulatinamente sistemas de hemovigilancia para garantizar la mejor calidad posible de la sangre donada y reducir el riesgo de que los pacientes se infecten con alguno de estos virus a través de transfusiones de sangre o sus derivados (riesgo transfusional).

1. Como lo mencionaron Colombia Diversa y el Ministerio de Salud y Protección Social, existen diferentes estrategias para reducir el riesgo transfusional. Entre ellas están la entrevista de selección, las pruebas de tamizaje y el diferimiento de los potenciales donantes con conductas de riesgo108. La mayoría de los países han construido sus sistemas de hemovigilancia a partir de la combinación de estos tres mecanismos. No obstante, la prioridad de cada una de estas herramientas ha variado según diferentes factores, como condiciones epidemiológicas, capacidad técnica de pruebas o persistencia de visiones estigmatizantes de ciertas poblaciones.

1. Históricamente, en muchos países se ha priorizado la selección de donantes como método para reducir el riesgo transfusional. Esta política de salud pública ha estado inspirada en la identificación de poblaciones con mayor riesgo de adquirir infecciones de transmisión sexual, en la que el VIH ha tenido un protagonismo evidente. Este enfoque ha invocado con frecuencia la noción de grupos o poblaciones de riesgo (o poblaciones clave) en relación con la mayor prevalencia del VIH. La OMS ha hecho referencia a estas poblaciones por ser clave en el objetivo de controlar y reducir la propagación del VIH. En este sentido, a nivel de hemovigilancia, se ha optado por replicar esta categorización social para excluir o diferir la donación de sangre a estos grupos poblacionales asociados con el riesgo de contagio de VIH.

1. Sin embargo, el mecanismo de reducción del riesgo transfusional que más ha evolucionado en los últimos años es el uso de pruebas de tamizaje de la sangre donada. La mayoría de las intervenciones ciudadanas hicieron énfasis en los recientes avances científicos en esta materia. El profesor Robert H. Goldstein destacó que las pruebas actuales tienen una sensibilidad (o capacidad de descartar la infección) superior al 99,9 %. Además, su periodo de ventana (tiempo posterior a la infección en que no es posible diagnosticarla) es de menos de seis semanas. Por lo tanto, dada la sensibilidad de las pruebas actuales, el riesgo transfusional se limita casi exclusivamente a los donantes que al momento de donar estaban en su periodo de ventana, el cual es cada vez menor con los constantes avances tecnológicos. A su vez, Colombia Diversa resaltó que la estrategia más efectiva para controlar la calidad de la sangre es enfocarse en sistemas nacionales de hemovigilancia robustos y centralizados, basados en pruebas cada vez más avanzadas. Lo anterior es más efectivo que centrarse en la selección de donantes porque esta segunda opción depende de la información suministrada, que puede contener omisiones de factores de riesgo, incluso desconocidos por la persona.

Dada la importancia de las pruebas de tamizaje disponibles, la Sala estudió las pruebas aportadas por las distintas entidades públicas oficiadas al respecto e identificó las siguientes conclusiones. Primero, toda la sangre donada es sometida a pruebas de tamizaje para

evaluar y descartar infecciones de VIH, VHB o VHC, entre otras109. Segundo, el Instituto Nacional de Salud, en su calidad de coordinador de la Red Nacional de Bancos de Sangre, informó que los 83 bancos de sangre que operan actualmente en el país tienen pruebas de tamizaje para la sangre que recolectan. A pesar de los diferentes tipos de tecnología que utilizan (quimioluminiscencia, electroquimioluminiscencia o ELISA), la sensibilidad es de al menos el 99,98 % y la especificidad oscila entre el 99,69 % y 99,89 %. Además, la ventana inmunológica en todos los bancos de sangre es de 12 a 60 días.

Evolución de la donación de sangre de hombres que tienen sexo con hombres

1. La detección de los primeros casos de VIH en Estados Unidos durante la década de 1980 marcó la estigmatización de la población homosexual. En 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 Ángeles110. Las pruebas sanguíneas de estos pacientes mostraron que carecían del número adecuado de un tipo de células sanguíneas, llamados linfocitos 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 sana.

A partir de estos primeros reportes, varios sectores de la comunidad científica y mediática asociaron el VIH exclusivamente con los hombres homosexuales. Esta tendencia, según Colombia Diversa, desembocó en una patologización de la población LGBTIQ+ a partir de denominar al VIH como la neumonía o el cáncer gay. En este sentido, se generó una percepción de peligrosidad de esta población en términos de salud pública.

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 de transmisión del VIH es a través de las relaciones sexuales, es decir, por transmisión sexual. Debido a 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.

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 tenían estas personas. El Ministerio de Salud y Protección Social informó en su respuesta al segundo auto de pruebas que países como Austria, Bélgica, China, Croacia, Islandia y Líbano todavía mantienen diferimientos permanentes (es decir, exclusiones) para HSH. Sin embargo, la misma entidad resaltó que también hay países que han optado por diferimientos temporales de HSH111 o que se han enfocado en identificar comportamientos específicos de alto riesgo más allá de grupos poblacionales112.

1. La Iniciativa Americana por la Justicia señaló que en América Latina se han producido cambios recientes al respecto. Puntualmente, Costa Rica (2007), México (2012), Argentina (2015) y Uruguay (2020) levantaron sus restricciones para la recepción de donaciones de sangre por parte de HSH. En particular, el caso de Uruguay es el más parecido a Colombia porque tenía una política de diferimiento de 12 meses. Sin embargo, el Decreto 337 de 2020 ordenó suprimir la referencia a HSH como conducta de riesgo. Por otra parte, la Red de Litigantes LGBTI de las Américas y otras tres organizaciones no gubernamentales brasileras hicieron referencia al caso brasilero. En 2020, el Tribunal Supremo Federal de Brasil declaró inconstitucional el diferimiento por 12 meses que se preveía para HSH que quisieran donar sangre. A partir de un juicio de igualdad, el Tribunal sostuvo que la medida era inconstitucional porque vulneraba la igualdad, dignidad y libertad sexual de los HSH al limitarse a la noción de grupos de riesgo sin ahondar en las prácticas de riesgo de los potenciales donantes. Además, las organizaciones resaltaron que la Sentencia T-248 de 2012 de esta Corte fue uno de los referentes más importantes del fallo del Tribunal Supremo Federal en 2020.

1. En conclusión, la Sala reitera lo que indicó hace diez años este Tribunal en la Sentencia T-248 de 2012: “el criterio de la homosexualidad en hombres para diferir la donación de sangre, es un criterio (…) reevaluado en diferentes legislaciones con fundamento en información científica más reciente sobre las causas del VIH”. En este sentido:

“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”.

La igualdad y la prohibición de discriminación con base en criterios sospechosos113

1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el carácter múltiple de la igualdad, en el sentido de que cumple un papel triple en nuestro ordenamiento jurídico: se trata de un valor, un principio y un derecho fundamental114. En este sentido, la igualdad como valor reconduce a una norma que establece fines dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho, en especial al Legislador. En su dimensión de principio, se trata de un deber ser específico115, un mandato de optimización que debe ser materializado en el mayor grado posible. Y finalmente, como derecho subjetivo, hace referencia a deberes de abstención como la prohibición de discriminación y, en obligaciones de acción, como la consagración de tratos favorables para grupos en situación de debilidad manifiesta116.

Las diversas dimensiones de la igualdad se derivan de su consagración en diferentes normas constitucionales. Por ejemplo, el preámbulo establece la igualdad entre los valores que pretende asegurar en el nuevo orden constitucional. En particular, el artículo 13 de la Carta es considerado como la fuente del principio y del derecho fundamental a la igualdad, entre otras disposiciones117. De esta manera, el artículo 13 superior consagra la estructura básica de la igualdad a partir de los siguientes elementos: (i) el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio; (ii) el mandato de promoción de la igualdad material; y, (iii) la adopción de medidas asistenciales para personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta118.

Adicionalmente, la igualdad contiene dos mandatos específicos. De una parte, el deber de tratamiento igual a supuestos de hecho equivalentes. De otra, la obligación de consideración desigual ante situaciones diferentes que ameriten una regulación diversa119. Este Tribunal ha descrito que la igualdad carece de contenido material específico, puesto que no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede alegarse por cualquier trato diferenciado carente de justificación. De allí que su principal rasgo sea su carácter relacional120.

1. En síntesis, la igualdad tiene una naturaleza triple, pues se considera de manera simultánea como valor, principio y derecho fundamental. El principal rasgo es su carácter relacional. El artículo 13 de la Constitución consagró la igualdad y estableció los mandatos que lo componen, los cuales se sintetizan como el deber de igual trato a situaciones idénticas y diferenciado ante circunstancias que no son asimilables, la prohibición de cualquier consideración discriminatoria y, finalmente, la responsabilidad de adoptar acciones positivas que permitan alcanzar la igualdad material, especialmente en grupos históricamente marginados y en situación de debilidad manifiesta.

La población LGBTIQ+ como grupo históricamente discriminado

1. Históricamente, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, intersexuales, queer y con orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales diversas (LGBTIQ+) han sufrido múltiples actos discriminatorios en su vida cotidiana. Al respecto, la Sala Sexta de Revisión, en la Sentencia T-077 de 2016121, estudió el caso de una persona que, después de cambiar su nombre del masculino al femenino, solicitó un segundo cambio que le fue negado. La Sala concedió el amparo y señaló que:

“[l]a población LGBTI constituye un grupo históricamente marginado por el Estado, la sociedad y la familia, en las distintas facetas y formas, de manera individual y colectiva, de manera expresa y sutil, en público y en privado, directa e indirectamente, consciente e inconscientemente. La población LGBTI vive luchando contra estigmas y estereotipos que los persiguen y excluyen tanto en espacios públicos como privados, por lo que no pueden vivir

tranquilitamente en una sociedad cargada de prejuicios, imaginarios colectivos y visuales homofóbicos que hacen que se perpetúe la discriminación”.

Por lo tanto, resaltó que la población LGBTIQ+ tiene una protección constitucional reforzada debido a la discriminación estructural. Posteriormente, la Sala Octava de Revisión reiteró estas mismas conclusiones en la Sentencia T-212 de 2021122 al amparar los derechos a la honra, buen nombre y no discriminación de las mujeres que practican fútbol y fueron objeto de declaraciones denigrantes basadas en su género y orientación sexual por parte de un dirigente de un club de fútbol.

1. Para entender la dimensión de la discriminación histórica que se ha construido alrededor de la población LGBTIQ+ es necesario partir de algunas precisiones conceptuales. En la Sentencia T-099 de 2015123, la Sala Quinta de Revisión estudió la regularización de la situación militar de una mujer trans y amparó los derechos de la accionante porque el Ejército no podía considerarla como hombre para efectos de ese trámite. Lo relevante de esta providencia es que, con base en los Principios de Yogyakarta, realizó las siguientes precisiones conceptuales:

* Orientación sexual: abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse respecto a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros.

* Identidad de género: es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, lo que incluye la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida).

* Personas transgénero: tienen una vivencia que no corresponde con el sexo asignado al nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos es femenino, dicha persona generalmente se auto-reconoce como una

mujer trans. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia de la persona es masculina, dicha persona generalmente se auto-reconoce como un hombre trans.

* Personas cisgénero: tienen una vivencia que se corresponde con el sexo asignado al nacer. Cuando el sexo asignado al nacer es masculino y la vivencia de la persona, en los términos descritos, es masculina, dicha persona es un hombre cisgénero. Cuando el sexo asignado al nacer es femenino, y la vivencia de la persona también es femenina, se trata de una mujer cisgénero.

1. En relación con la orientación sexual, este Tribunal ha estudiado múltiples casos de discriminación que han concluido con órdenes a entidades públicas para detener la vulneración de derechos fundamentales. Por ejemplo, en la Sentencia C-683 de 2015124, la Sala Plena estableció que "no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia". En este sentido, indicó que el interés superior del niño o niña "debe ser examinado caso a caso de acuerdo con las condiciones de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, eso sí con independencia del sexo y de la orientación sexual de sus integrantes".

Adicionalmente, este Tribunal se ha pronunciado específicamente sobre la discriminación por orientación sexual en el proceso de donación de sangre. Mediante la Sentencia T-248 de 2012125, la Sala Séptima de Revisión estudió el caso de un hombre homosexual que solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que un laboratorio clínico no le permitía donar sangre por su orientación sexual. Al resolver el caso, la Sala aplicó un juicio estricto por estar ante una categoría sospechosa de discriminación y decidió tutelar los derechos fundamentales invocados al considerar que:

"(…) 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. La jurisprudencia de la Corte Constitucional 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 proporcionalidad, 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" (negrillas no originales).

Por las anteriores consideraciones, ordenó al Laboratorio Clínico accionado que, si el accionante lo deseaba, "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".

1. En cuanto a la identidad de género, este Tribunal también se ha referido a casos de discriminación, que en relación con las personas trans suele estar asociada con su identificación personal. Por ejemplo, como ya se mencionó, la Sentencia T-099 de 2015 estudió el caso de una mujer trans que el Ejército consideraba como un hombre para efectos de su situación militar. Al respecto, la Sala Quinta de Revisión advirtió claramente que:

"[e]s violatorio del derecho a la igualdad tratar de manera diferenciada a una mujer transgénero -con respecto al trato que reciben las mujeres cisgénero- para exigirle cumplir con las obligaciones legales -dirigidas a un varón- en materia de regularización de la situación militar".

Adicionalmente, en la Sentencia T-433 de 2020126, la Sala Octava de Revisión conoció la tutela interpuesta por un hombre trans que sufría actos discriminatorios por parte de la comunidad estudiantil de su colegio. A pesar de declarar la carencia actual de objeto, resaltó que "categorías como el sexo, la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías sospechosas de discriminación". Además, como reiteración de la Sentencia T-314 de 2011127, señaló que "las personas trans [son] un grupo sometido a mayor grado [de] discriminación y exclusión por la sociedad que el resto".

1. En relación con la donación de sangre, este Tribunal no se ha pronunciado sobre un caso

que involucre a una persona trans. Sin embargo, varias intervenciones hicieron referencia a la equivalencia con que suele tratarse a los hombres homosexuales y a las mujeres trans en la donación de sangre en Colombia128. Además, la Red de Litigantes LGBTI de las Américas y otras tres organizaciones informaron que, hasta 2020, en Brasil era habitual que el personal de salud, en una actitud transfóbica, considerara a las mujeres trans como hombres para luego invocar el criterio de riesgo de HSH e impedirles donar sangre129. Sin embargo, como ya se mencionó, el Tribunal Supremo Federal de Brasil declaró inconstitucional el criterio de riesgo de HSH por vulnerar los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, dignidad humana y libertad sexual.

El juicio de igualdad, sus elementos y su intensidad130

1. La Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (tertium comparationis), consiste en determinar si el criterio de diferenciación utilizado observó el principio de igualdad (artículo 13 C.P)131. Esta concepción supone que el establecimiento de algunos tratos diversos es posible132. El análisis constitucional de la situación desigual reprochada exige la identificación de los siguientes presupuestos133: (i) los términos de comparación, es decir, las personas, elementos, hechos o situaciones que efectivamente son comparables; y (ii) el trato desigual.

La Sentencia C-345 de 2019134 estudió los diferentes métodos hermenéuticos utilizados por la Corte para examinar medidas acusadas de vulnerar el principio de igualdad. Bajo ese entendido, reiteró la posibilidad del uso del juicio integrado de igualdad que fusiona componentes de raíces europeas y norteamericanas, pues consideró que son teóricamente compatibles y complementarios135. En este juicio, al evaluar una medida que desconoce el artículo 13 superior, el juez constitucional combina el juicio de proporcionalidad europeo con los niveles de escrutinio norteamericano, lo cual da lugar a un escrutinio de igualdad con intensidades leve, intermedio o estricto136.

En esta providencia, la Sala unificó los componentes del juicio integrado de igualdad y advirtió que el análisis de proporcionalidad en sentido estricto debe realizarse por el juez constitucional con algunos matices, particularmente en las intensidades intermedia y

estricta. Indicó que dicha postura se justifica en la pretensión de evitar la arbitrariedad de las medidas y optimizar los mandatos superiores. En tal sentido, el juez constitucional debe analizar los costos y beneficios en términos constitucionales implicados en el trato examinado, en correspondencia con las intensidades del juicio137. Además, es importante resaltar que esta metodología ha sido utilizada tanto en controles abstractos de constitucionalidad como en la revisión de procesos de tutela sobre tratos diferenciados por parte de entidades públicas o sujetos particulares138.

Con fundamento en las precisiones que anteceden, el juicio integrado de igualdad está compuesto de la siguiente manera139:

1. El escrutinio leve o débil está dirigido a verificar que la medida bajo análisis se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias o caprichosas. De esta forma, para que sea declarada constitucional, la medida que trae un trato diferente debe ser potencialmente adecuada para alcanzar una finalidad que no esté prohibida constitucionalmente.

Por lo tanto, en este tipo de juicio el ejercicio de la Corte se dirige a establecer si la finalidad y el medio utilizado no se encuentran prohibidos por la Constitución, además si este último es idóneo o adecuado para alcanzar el objetivo propuesto. Esta intensidad de escrutinio (leve) se usa como regla general, debido a que existe, en principio, una presunción de constitucionalidad de las normas expedidas por el Legislador. En la Sentencia C-673 de 2001140, esta Corporación recordó hipótesis en las que ha aplicado el escrutinio de intensidad leve, como, por ejemplo, en casos relacionados (i) con materias económicas y tributarias, (ii) con política internacional, (iii) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Carta en cabeza de un órgano constitucional, (iv) cuando se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos y (v) cuando no se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión.

1. Por otra parte, el escrutinio intermedio exige que el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente. Además, debe

verificarse que la medida no sea evidentemente desproporcionada. Esta intensidad del juicio se aplica cuando: (i) el trato diferenciado puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o, (ii) existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia141. Asimismo, se utiliza en los casos en que existen medidas basadas en criterios sospechosos, pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas, tales como las normas que emplean un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior142.

1. Por último, el escrutinio estricto o fuerte evalúa (i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los destinatarios de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si el trato diferenciado es proporcional en sentido estricto143.

Esta modalidad de escrutinio se aplica a hipótesis en las que la Carta señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en un menor margen de acción de las autoridades y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte ha aplicado el escrutinio estricto cuando la medida: (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del artículo 13 superior144; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio145.

1. En conclusión, la aplicación del juicio de igualdad para verificar la violación a ese derecho implica un análisis a partir de niveles de intensidad diferente, de tal suerte que el juicio será leve, intermedio o estricto, conforme al contenido de la norma objeto de estudio.

Caso concreto

1. En el presente caso, la Sala evidencia que el problema jurídico central es la presunta discriminación del diferimiento por orientación sexual o identidad de género para donar sangre. La respuesta a este interrogante determinará la afectación de derechos fundamentales de los accionantes por parte de las tres accionadas.

1. Para comenzar, como se evidenció en los fundamentos jurídicos 39 a 42, la Corte Constitucional ha acudido constantemente a la metodología del juicio integrado de igualdad para analizar los casos de discriminación contra la población LGBTIQ+. Por lo tanto, en esta oportunidad recurrirá nuevamente a esta herramienta. Para ello, como se indicó previamente, se deben verificar dos presupuestos: (i) los términos de comparación, que se refieren a las personas, elementos o situaciones comparables; y (ii) el trato desigual entre ellos. En este caso se satisfacen ambos presupuestos. Primero, la comparación se produce entre los hombres que tienen sexo con hombres y aquellos que tienen sexo con mujeres. Cabe resaltar que los accionantes y múltiples intervinientes también señalaron que es necesario estudiar la comparación entre mujeres trans y mujeres cis-género porque el Lineamiento Técnico también cataloga a las primeras como población de riesgo. Segundo, se produce un trato desigual porque a los HSH y a las mujeres trans se les cataloga como población de riesgo, lo cual puede influir en la evaluación que realiza el personal de salud para diferir o no a la persona. Sin embargo, ello no ocurre con hombres heterosexuales ni con mujeres cis-género.

1. Después de verificar los dos presupuestos del juicio integrado de igualdad, la Sala procede a determinar su intensidad. Como se indicó en precedencia, el escrutinio estricto se aplica cuando la medida bajo análisis impone un trato diferenciado con base en criterios sospechosos de discriminación, como lo son los previstos en el inciso 1º del artículo 13 superior. En este sentido, es relevante recordar que, como se evidenció en el fundamento jurídico 37, la Sentencia T-433 de 2020 señaló que las categorías como el sexo, la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías sospechosas de discriminación. Lo anterior es relevante porque en esta oportunidad el trato diferenciado a los HSH y a las

mujeres trans está fundamentado en su orientación sexual y en su identidad de género, respectivamente.

Por lo tanto, la Sala procederá a analizar si estas distinciones basadas en criterios sospechosos son admisibles constitucionalmente a partir de los tres elementos del juicio integrado de igualdad con intensidad estricta: (i) la finalidad debe ser constitucionalmente imperiosa, (ii) el medio escogido debe ser efectivamente conducente y necesario (ausencia de alternativas menos lesivas), y (iii) la medida debe ser proporcional en sentido estricto.

El diferimiento persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa

1. Todas las pruebas e intervenciones ciudadanas coincidieron en la importancia de garantizar la seguridad de la sangre donada. Las personas que requieren transfusiones de sangre suelen estar en un estado de salud vulnerable. Por este motivo, las autoridades sanitarias deben diseñar las estrategias más eficientes para reducir el riesgo transfusional, que se refiere a la posibilidad de que un paciente receptor de sangre resulte infectado de algún virus como hepatitis B, hepatitis C o VIH. En este sentido, la búsqueda de la reducción del riesgo transfusional está ligada a la responsabilidad que el artículo 49 de la Constitución le asigna al Estado en términos de atención en salud146. Adicionalmente, los accionantes y algunos intervinientes también resaltaron la situación actual de escasez de sangre disponible para transfusiones en Colombia y el mundo. Dada la importancia de la sangre donada, es imperioso que las unidades sean lo más seguras posible. Por lo tanto, el diferimiento como forma de fortalecer la hemovigilancia en el país es un asunto de salud pública y, en consecuencia, es una finalidad constitucionalmente imperiosa.

El diferimiento no es efectivamente conducente para disminuir el riesgo transfusional

1. La medida de diferir a los HSH y a las mujeres trans no es efectivamente conducente porque no se preocupa por identificar prácticas sexuales específicas, que es el concepto relevante para disminuir el riesgo transfusional. En realidad, como lo indicaron la Red de Litigantes LGBTI y las tres organizaciones brasileras, la noción de grupo de riesgo en materia

de donación de sangre es un concepto que la literatura científica ha reemplazado por el de prácticas de riesgo. Esto se debe a que diferir personas únicamente con base en su pertenencia a un grupo demográfico de riesgo no es efectivamente conducente para disminuir el riesgo transfusional. En realidad, puede ocurrir que una persona que no está en un grupo de riesgo (como un hombre heterosexual monógamo) practique sexo anal sin protección de forma habitual. Del mismo modo, puede ocurrir que una persona que está en un grupo de riesgo (como un hombre homosexual) tome todas las medidas disponibles para reducir su riesgo de infectarse con VIH. Tal es el caso de los dos accionantes, que usan preservativo en sus encuentros sexuales de pareja y, además, se hicieron exámenes médicos antes de su intento de donar sangre. Incluso, como lo evidencia una fuente citada por la Fundación SI Mujer, en España hay cada vez más contagios de hombres heterosexuales en comparación con HSH147. Por lo tanto, es evidente que diferir o excluir grupos poblacionales por su orientación sexual o identidad de género no conduce a disminuir el riesgo transfusional.

Adicionalmente, se suman dos argumentos fundamentales. Primero, existe una presunción de veracidad y un gesto de confianza en las entrevistas de selección de donantes. Bien podría una persona mentir en sus respuestas y el personal no tendría cómo saberlo. Allí reside la importancia de enfocarse, como lo indicó Colombia Diversa, en fortalecer las pruebas de tamizaje para aumentar la capacidad de detectar infecciones más allá de las respuestas del donante a la encuesta. En realidad, el riesgo de que el donante mienta no depende de su orientación sexual o identidad de género. En otras palabras, no hay evidencia que permita sostener que los hombres homosexuales o las mujeres trans tienen una predisposición mayor que otras personas a mentir en este trámite. Por lo tanto, es aún más evidente que su diferimiento o exclusión de donar sangre no es conducente para reducir el riesgo transfusional y fortalecer la hemovigilancia en el país.

El segundo punto es la distinción entre el riesgo hemático y el riesgo transfusional. En efecto, existe un riesgo hemático, que consiste en que una persona resulte infectada de un virus, como el VIH. Como indicaron múltiples intervenciones, el riesgo de contagiarse con VIH está asociado, principalmente, con prácticas sexuales riesgosas, como el sexo anal receptivo sin protección. No obstante, la medida bajo análisis no está dirigida a reducir ese riesgo, que corresponde a otras estrategias de salud pública, como campañas para el uso de preservativos. El riesgo hemático no es lo mismo que el riesgo transfusional. El hecho de que

haya variaciones en el riesgo hemático, como mayor cantidad de hombres homosexuales contagiados, no implica necesariamente que aumente el riesgo transfusional. En realidad, el riesgo transfusional (que es el centro de la discusión en esta oportunidad) depende de las prácticas sexuales riesgosas del individuo que pretende donar sangre, más allá de su orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, defender la noción de poblaciones de riesgo a partir de la confusión de ambos riesgos evidencia aún más que la medida no es conducente para garantizar mayores estándares de seguridad de la sangre donada.

Al concluirse que no existe evidencia científica que avale la conducencia de la medida, la Sala también considera desvirtuada la referencia al principio de precaución por parte del Ministerio de Salud y Protección Social148. Como se estableció en la Sentencia T-236 de 2017149, la aplicación del principio de precaución en materia sanitaria o ambiental requiere establecer (i) el umbral de aplicación, entendido como la existencia de un riesgo significativo, (ii) el grado de certidumbre: respaldo del riesgo potencial por evidencia objetiva, y (iii) el nivel de riesgo aceptado en Colombia. En este proceso, en ningún momento el Ministerio de Salud y Protección Social o el Instituto Nacional de Salud evidenciaron la existencia de un riesgo de aumento significativo de infecciones transfusionales en la población receptora de sangre respaldado en evidencia objetiva. Es más, antes de la expedición de esta decisión, el Instituto Nacional de Salud ya había eliminado las referencias a HSH y mujeres trans de la pregunta 12 de los antecedentes médicos de donantes de sangre sin oponerse con argumentos científicos. Por lo tanto, es claro que el principio de precaución no es aplicable en este caso porque no se acreditó la existencia de un riesgo sanitario significativo.

Existen alternativas para disminuir el riesgo transfusional avaladas científicamente y que son menos lesivas para los derechos donantes de sangre

1. Además de no ser efectivamente conducente, la medida tampoco es necesaria para reducir el riesgo transfusional. Como se indicó en el fundamento jurídico 26, el riesgo transfusional suele mitigarse a partir de una combinación de tres estrategias: la entrevista de selección, las pruebas de tamizaje y el diferimiento de los potenciales donantes con conductas de riesgo. En Colombia se utilizan las tres. Sin embargo, en materia de grupos de riesgo (como es el caso de los HSH y las mujeres trans), las autoridades sanitarias han

optado por el diferimiento tras la entrevista de selección. Es decir, han dejado en un segundo plano las pruebas de tamizaje para estas personas que consideran riesgosas por su mayor prevalencia del VIH. No obstante, como se indicó desde hace diez años en la Sentencia T-248 de 2012, el diferimiento por motivos de orientación sexual e identidad de género, incluso si se pretende justificar en una mayor prevalencia del VIH, no es necesario porque existen otras alternativas para reducir el riesgo transfusional. En particular, las pruebas de tamizaje están disponibles en todos los bancos de sangre de Colombia, se aplican a todas las unidades de sangre donadas y tienen una sensibilidad de al menos el 99% para descartar infecciones hemáticas150.

En el fundamento jurídico 42 se indicó que la necesidad en el juicio integrado de igualdad con intensidad estricta implica que la medida no puede ser reemplazada por alternativas menos lesivas para los derechos de los destinatarios de la norma. A partir de la información presentada por el Instituto Nacional de Salud, en su calidad de coordinador de la Red Nacional de Bancos de Sangre, es evidente que la totalidad de centros de salud que reciben donaciones tienen pruebas de tamizaje con tecnologías avanzadas. Además, todas las unidades donadas son sometidas a estas pruebas una vez son recolectadas en cada banco de sangre. En este sentido, a la Sala no le queda duda alguna de que el diferimiento o exclusión de donar sangre basado en la orientación sexual o la identidad de género no es una medida indispensable para garantizar que la sangre donada no esté infectada por algún virus. Por el contrario, puede ser reemplazada, como lo han hecho muchos países, por una combinación entre entrevistas enfocadas en prácticas sexuales riesgosas y pruebas de tamizaje de alta tecnología para reducir el riesgo transfusional. De esta forma, es evidente que la medida no es necesaria.

Las anteriores consideraciones son suficientes para evidenciar que el diferimiento de hombres homosexuales y mujeres trans para donar sangre no es una medida admisible constitucionalmente. No obstante, en gracia de discusión, la Sala analizará también su proporcionalidad en sentido estricto.

El diferimiento es una medida desproporcionada

1. El diferimiento de HSH y de mujeres trans que quieren ser donantes de sangre es

desproporcionado porque los beneficios de la medida son significativamente menores, por no decir inexistentes, en comparación con los efectos discriminatorios que le genera a los potenciales donantes. Por un lado, las ventajas de la medida no son claras ni empíricamente constatables. Si la finalidad del diferimiento es reducir el riesgo transfusional, esto significaría que flexibilizarla supondría un aumento significativo en las unidades de sangre con infecciones hemáticas. No obstante, el mismo Ministerio de Salud y Protección Social informó en su respuesta al segundo auto de pruebas que algunos países han flexibilizado sus restricciones para donaciones de sangre de HSH sin que hayan aumentado significativamente los casos de VIH en comparación con las estadísticas previas. Por lo tanto, como se mencionó en las consideraciones anteriores, la medida no es efectivamente conducente ni necesaria para reducir el riesgo transfusional, que es su finalidad.

1. Por otro lado, sus efectos discriminatorios sí son evidentes y graves respecto a los presuntos beneficios en materia de hemovigilancia que puede aportar la exclusión. En particular, la Sala considera necesario resaltar dos consecuencias violatorias de derechos de esta medida. La primera es la percepción de las personas LGBTIQ+ como un grupo peligroso social y sanitariamente. El peligrosismo es un discurso que tuvo una lamentable relevancia en ciertas corrientes del derecho penal, como la antropología criminal151. Sin embargo, sus ideas basadas en criterios físicos o biológicos han sido ampliamente revaluadas por la dogmática penal. No obstante, en el ámbito de la salud pública, la población LGBTIQ+ todavía sufre los vestigios del peligrosismo homofóbico y transfóbico que la relaciona con ciertas patologías. Tal es el caso del VIH y su vinculación histórica con los hombres homosexuales y con las mujeres trans, a pesar de que su contagio no depende de que la persona sea homosexual o trans, sino de las prácticas sexuales riesgosas, como el sexo anal receptivo sin el uso de preservativos. Esta situación de discriminación estructural hace necesario insistir en el reemplazo de la noción de grupos de riesgo por la de prácticas sexuales riesgosas en la selección de donantes de sangre.

La segunda consecuencia negativa de esta medida es la disminución injustificada de unidades de sangre donadas. Con el objetivo de reducir el riesgo transfusional (que, se insiste, no está científicamente demostrado), la exclusión y diferimiento de donantes de sangre por su orientación sexual e identidad de género implica la recepción de menos

unidades donadas. Lo anterior es problemático dada la actual escasez de sangre a nivel mundial. Según la Cruz Roja, “[l]as donaciones globales han descendido un 10% desde marzo de 2020”152. Además, los mismos accionantes acudieron voluntariamente a donar sangre debido a que el banco de sangre de la Fundación Valle del Lili los invitó a hacerlo. En este sentido, es desproporcionado que las autoridades sanitarias rechacen donaciones de grupos poblacionales, como los HSH o las mujeres trans, únicamente con base en su orientación sexual o su identidad de género, sin que esta medida sea efectivamente conducente o necesaria para reducir el riesgo transfusional, aunque sí afecte la cantidad de sangre donada.

En conclusión, la Sala considera que la medida de diferir a los hombres que tienen sexo con hombres y a las mujeres trans de donar sangre no es efectivamente conducente ni necesaria para reducir el riesgo transfusional. Además, esta estrategia tampoco es proporcional porque sus efectos discriminatorios son significativamente mayores comparados con la falta de evidencia de reducción del riesgo transfusional. Por lo tanto, no supera el juicio estricto de igualdad. A la luz de esta conclusión, la Sala procederá a estudiar las vulneraciones concretas de los derechos de los accionantes en este caso.

La Fundación Valle del Lili vulneró los derechos a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y sexuales de los accionantes al no permitirles donar sangre por ser hombres homosexuales

1. El banco de sangre no le permitió a los accionantes donar sangre porque son hombres que tienen sexo con hombres. Por lo tanto, los difirió durante 12 meses desde el último encuentro sexual. En otras palabras, les exigió abstenerse de tener relaciones sexuales durante un año para poder aceptar su donación. Sin embargo, los actores insistieron en que son una pareja estable y monógama que utiliza preservativo en sus relaciones sexuales penetrativas y no penetrativas. Además, se tomaron exámenes médicos para descartar que tuvieran VIH, VHB o VHC. No obstante, el personal del banco de sangre se mantuvo en su posición de diferimiento y argumentó que la Resolución 3212 del 2018 y el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre así se los exigía.

1. La conducta del banco de Sangre de la Fundación Valle del Lili evidentemente vulneró los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y a los derechos sexuales de los accionantes. Lo anterior se debe a que discriminó a los dos hombres por su orientación sexual al no permitirles donar sangre, lo cual ya había sido declarado inconstitucional por este Tribunal en la Sentencia T-248 de 2012. Es una vulneración a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación porque, como se indicó previamente, la medida no supera el juicio estricto de igualdad. En particular, no era necesaria porque la Fundación tiene pruebas de tamizaje que le permiten descartar infecciones hemáticas en la sangre donada con más de un 99.5% de precisión. Además, desconoce los derechos sexuales y al libre desarrollo de la personalidad de los actores porque para poder donar sangre, que es su intención solidaria, les exige abstenerse de prácticas sexuales que hacen parte de su vida íntima, sin que exista alguna justificación de riesgo hemático o transfusional. En este punto es necesario recordar que los accionantes manifestaron usar condón en todas sus relaciones penetrativas y no penetrativas.

1. Dicho lo anterior, es necesario referirse a la justificación que invocó el banco de sangre. En su parecer, el supuesto diferimiento (que, en realidad, materializa una exclusión) de los actores era la única interpretación posible de la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre. Dada la relevancia de estas dos normas para el caso, la Sala procederá a analizarlas en el siguiente acápite. No obstante, en relación con el banco de sangre de la Fundación Valle del Lili, es importante resaltar dos asuntos.

Primero, la interpretación de la Fundación Valle del Lili no contempló que la Resolución 3212 de 2018 dice expresamente que “[l]as preguntas e información solicitada para evaluar la elegibilidad del donante de sangre deberán indagar sobre las conductas sexuales de riesgo definidas en la presente resolución y no sobre la orientación sexual o identidad de género”154. Además, señala que el lenguaje durante el proceso de selección debe evitar “cualquier actitud de estigmatización o discriminación, indagando solamente por información que no exceda el propósito técnico fundamental de garantizar la seguridad sanguínea”155. Por lo tanto, su interpretación de esta norma fue evidentemente parcializada y sí existía una forma de entender las disposiciones de conformidad con la Constitución a fin de respetar los derechos fundamentales de los actores.

Segundo, aunque se alegara que los preceptos son dudosos, la Fundación debió interpretar las dos normas (Resolución y Lineamiento) con base en la jurisprudencia de este Tribunal. Hace diez años, la Sentencia T-248 de 2012 estableció claramente que solo es posible diferir potenciales donantes de sangre con base en prácticas sexuales riesgosas y no es admisible invocar criterios sospechosos, como la orientación sexual. Por lo tanto, aunque no existiera interpretación distinta al diferimiento o exclusión de los actores (con base en la Resolución y el Lineamiento) que, como se acaba de ver sí era posible, la Fundación podía acudir a lo dicho por la Corte Constitucional, intérprete máximo de la Constitución a fin de actuar con pleno respeto de los derechos fundamentales.

No obstante, existe la posibilidad de que el personal de salud del banco de sangre no tuviera conocimiento de esta decisión de la Corte Constitucional proferida en el 2012. Si esto es así, es evidente que el Ministerio de Salud y Protección Social no acató los exhortos que se le dirigieron en aquella oportunidad respecto a la capacitación del personal de salud de los bancos de sangre para detener la discriminación por orientación sexual en este trámite156. Dada esta situación, la Corte considera necesario insistir en la necesidad de llevar a cabo esta estrategia de sensibilización y capacitación, como se expondrá más adelante.

El Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud vulneraron los derechos a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad y sexuales de los actores al no actualizar adecuadamente sus normas sobre donación de sangre a la luz de la Sentencia T-248 de 2012

1. El banco de sangre de la Fundación Valle del Lili justificó su conducta en el contenido de la Resolución 3212 de 2018 y del Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia. Estas actuaciones fueron proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, y por el Instituto Nacional de Salud, respectivamente. Por lo tanto, la Sala procederá a estudiar si los contenidos de estos dos cuerpos normativos vulneran los derechos fundamentales de los accionantes del presente caso.

1. La Sentencia T-248 de 2012 le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social modificar

la regulación sobre donación de sangre para centrar el diferimiento de donantes únicamente en prácticas sexuales riesgosas sin referirse a criterios sospechosos de discriminación157. A pesar de la orden de este Tribunal, el Ministerio se tomó seis años para expedir la Resolución 3212 de 2018, en la que supuestamente acató el exhorto del 2012. No obstante, como evidenció la Corte en esta oportunidad, en la Resolución 3212 de 2018 el Ministerio se limitó a indicar como criterio para diferir la donación de sangre158:

"[h]ombres o mujeres, que en los últimos 12 meses hayan asumido cualquiera de las siguientes conductas de riesgo: (…) – Haber sostenido relaciones sexuales (vaginal, anal u oral) con personas pertenecientes a alguna de las poblaciones con prevalencia de infección por VIH superior al 1% definidas en los lineamientos técnicos para la Selección de Donantes de Sangre" (negrillas no originales).

Con esta remisión a las poblaciones de riesgo identificadas por los lineamientos técnicos, el Ministerio avaló nuevamente el diferimiento por motivos de orientación sexual e identidad de género. Lo anterior se debe a que la formulación de esta disposición permite catalogar a los HSH y a las mujeres trans como población de riesgo e impedirles donar sangre. Es importante destacar que la Resolución 3212 de 2018 sí indica que la selección de donantes de sangre no podrá basarse en la orientación sexual o identidad de género. No obstante, esta afirmación carece de efectos prácticos y genera confusión, como se evidencia con este caso, porque la Resolución hace una remisión al Lineamiento Técnico, que se analizará en este momento.

1. En 2018, el Instituto Nacional de Salud expidió el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia. Este documento establece las etapas de selección de donantes, que incluyen el diligenciamiento de la encuesta y la posterior entrevista del personal de salud. La encuesta contiene una sección de datos personales y otra de antecedentes médicos. El acápite de antecedentes médicos indaga por hechos relevantes, como hospitalizaciones recientes, problemas de salud, vacunas o nuevas parejas sexuales recientes. Sin embargo, la pregunta 12 de la versión de 2018 se refería a "relaciones sexuales con personas pertenecientes a alguna de las poblaciones clave (trabajadores sexuales, habitantes de calle, personas que se inyectan drogas, hombres que tienen

relaciones sexuales con hombres, mujeres transgénero)”159. En caso afirmativo, el Lineamiento indicaba que “debe diferirse por doce (12) meses tras el cese de conductas sexuales de riesgo o de los factores de riesgo definidos, en consonancia con la Resolución 3212 de 2018”.

1. Sin embargo, la Sala no puede dejar de analizar la vulneración de los derechos de los accionantes respecto del contenido del Lineamiento Técnico. Evidentemente, la versión de 2018 contribuyó a la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes. Primero, desconoció su derecho a la igualdad porque estableció el diferimiento de HSH y mujeres trans sin ahondar en prácticas sexuales riesgosas, lo cual no supera el juicio estricto de igualdad desarrollado por este Tribunal. Segundo, vulneró sus derechos sexuales y al libre desarrollo de la personalidad porque les exigió abstenerse de prácticas sexuales que hacen parte de su vida íntima sin ahondar en el riesgo que suponen para ellos o para los receptores de la sangre. Tercero, violó su derecho a la dignidad humana porque los sometió a un trato indigno al ser diferidos únicamente por ser homosexuales. A su vez, este mismo razonamiento aplica al Ministerio de Salud y Protección Social porque su remisión a los grupos de riesgo de los lineamientos técnicos fueron el fundamento para que el INS perpetuara una visión peligrosista de la población LGBTIQ+.

Por otra parte, la Sala también resalta que la nueva versión de 2021 del Lineamiento Técnico todavía contiene referencias discriminatorias contra la población LGBTIQ+. Primero, insiste en la peligrosidad de ciertos grupos poblacionales con base en su orientación sexual o identidad de género:

“[l]os hombres que tienen relaciones sexuales no protegidas con hombres, los transexuales (sic), las personas que se inyectan droga, los trabajadores sexuales y sus clientes, y las personas seronegativas dentro de una pareja serodiscordante se encuentran en mayor riesgo de exposición al VIH que otras” 161 (negrillas no originales).

En este punto, como lo manifestó una de las intervenciones162, no es clara la necesidad de formular la aclaración sobre HSH sin protección. En realidad, tener relaciones sexuales sin protección es igual de riesgoso sin importar el sexo, la orientación sexual o la identidad de género de las personas. Por lo tanto, esta referencia perpetúa la discriminación estructural

hacia las personas LGBTIQ+. Adicionalmente, el nuevo Lineamiento Técnico se refiere a los HSH como una conducta de alto riesgo:

“Los virus de la inmunodeficiencia humana, la hepatitis B y C se transmiten a través de las relaciones sexuales. Pagar o recibir dinero o drogas para tener sexo, tener múltiples parejas sexuales, practicar sexo anal, vaginal u oral sin protección, hombres que tienen sexo con hombres y el uso de cocaína o heroína se consideran conductas de alto riesgo” 163 (negrillas no originales).

Para terminar, antes de pasar a la pregunta 13, la nueva versión del Lineamiento Técnico resalta la evaluación que debe realizar el personal entrevistador para seleccionar donantes y diferir a aquellos que considere riesgosos con base en las dos referencias anteriormente enunciadas:

“[S]e exhorta al personal seleccionador a evaluar individualmente el riesgo de cada donante potencial con el fin de definir la conducta de aceptación o diferimiento procurando identificar prácticas de riesgo que puedan poner exponer la seguridad de los receptores”164.

Con base en estas tres referencias del nuevo Lineamiento, la Sala considera que la modificación realizada por el INS mantiene la discriminación identificada en este asunto. En efecto, el documento perpetúa el uso de los grupos de riesgo para vincular el VIH con criterios de orientación sexual e identidad de género. Además, al referirse a la evaluación a cargo del personal seleccionador, no es claro en prohibir la exclusión o diferimiento de personas por su orientación sexual o identidad de género. Este problema en la discrecionalidad del personal de salud fue uno de los temas recurrentes en las intervenciones ciudadanas que recibió la Sala. Por lo tanto, procederá a formular órdenes para mitigar esta problemática.

Conclusiones y órdenes por proferir

1. La Sala considera que tanto el banco de sangre de la Fundación Valle del Lili como el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud violaron los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad,

derechos sexuales y a la dignidad de los accionantes. Esta conclusión se fundamenta en las siguientes premisas:

* El banco de sangre de la Fundación Valle del Lili entendió que la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre le obligaban a diferir a los accionantes por su orientación sexual, a pesar de que las disposiciones podían ser entendidas de otra manera de acuerdo con la Constitución y a que esta interpretación es contraria a lo establecido en la Sentencia T-248 de 2012 de este Tribunal.

* Además de su comprensión inconstitucional, el banco de sangre no debió diferir a los accionantes por su orientación sexual porque cuenta con pruebas de tamizaje que le permiten descartar infecciones hemáticas con más de un 99.5% de certeza.

* El Ministerio de Salud y Protección Social señaló en la Resolución 3212 de 2018 que las entrevistas para la selección de donantes de sangre no pueden invocar la orientación sexual o identidad de género para diferir o excluir potenciales donantes. Sin embargo, delegó en los lineamientos técnicos la identificación de grupos de riesgo que pueden ser diferidos.

* A partir de esa delegación, el Instituto Nacional de Salud expidió en 2018 el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre. En este documento adoptó una perspectiva peligrosista, que no se basa en la evidencia científica, de los hombres homosexuales y las mujeres trans al exigir su diferimiento únicamente por su orientación sexual o identidad de género, respectivamente. No obstante, la Sala considera que no es admisible constitucionalmente insistir en la noción de grupos de riesgo por orientación sexual o identidad de género en materia de donación de sangre. Por el contrario, las autoridades sanitarias deben abandonar esta visión discriminatoria de la población LGBTIQ+ y evaluar su idoneidad como donantes de sangre con base en prácticas sexuales riesgosas, criterio que científicamente se constituye como relevante.

* Tras el exhorto del Tribunal Superior de Cali en este proceso de tutela, el INS modificó el Lineamiento Técnico y eliminó las categorías de HSH y mujeres trans de la pregunta 12 de los antecedentes médicos de la encuesta. No obstante, añadió referencias a estos grupos como poblaciones de riesgo e hizo énfasis en la evaluación que debe adelantar el personal

seleccionador según los factores de riesgo de la persona que quiere donar sangre. Esta modificación mantiene la discriminación a la población LGBTIQ+ porque perpetúa su concepción peligrosa sin desligar la orientación sexual o identidad de género de las prácticas sexuales riesgosas.

* Por las razones anteriores, la Sala estima que las tres entidades accionadas desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, derechos sexuales y a la dignidad de los actores.

1. Con base en estas conclusiones, la Sala considera necesario proferir un conjunto de órdenes dirigidas a detener de forma definitiva la discriminación a la población LGBTIQ+ en la donación de sangre. Cabe resaltar que este Tribunal había tomado una decisión con la misma finalidad hace diez años, pero este caso evidencia que no se ha logrado tal objetivo. Por lo tanto, la Sala proferirá las siguientes órdenes:

a. Confirmar parcialmente el fallo de segunda instancia, en tanto concedió el amparo a los accionantes para acudir nuevamente (si es su voluntad) al banco de sangre de la Fundación Valle del Lili para donar sangre con una encuesta sobre prácticas sexuales riesgosas sin importar su orientación sexual.

a. Adicionar parcialmente el fallo de segunda instancia, en relación con el exhorto al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud. Tal exhorto invitaba a las entidades a realizar una revisión de sus normas sobre donación de sangre para identificar posibles disposiciones discriminatorias y modificarlas. No obstante, ya se realizó este ejercicio de manera inadecuada. Entonces, el siguiente paso es la designación de los cambios concretos que deben realizar las entidades para detener la discriminación evidenciada.

a. Pedagogía e implementación: a la Sala le llama la atención que la modificación de septiembre de 2021 del Lineamiento Técnico se demoró varios meses en ser publicada en la página web del INS. Por lo tanto, la nueva versión, que debe estar ajustada con las consideraciones de esta providencia, debe publicarse dentro de los dos (2) meses posteriores a la notificación de esta decisión. Esa publicación deberá estar acompañada de un protocolo de información y una campaña pedagógica dirigida al público en general, a cargo del INS y del Ministerio de Salud y Protección Social, para difundir la prohibición de discriminación a la población LGBTIQ+ en la donación de sangre. Se insta a la elaboración de guías, folletos, programas o cualquier herramienta que facilite la difusión del ajuste normativo a los usuarios y personal de los bancos de sangre del país.

a. Capacitación del personal seleccionador: uno de los puntos más reiterados en las intervenciones ciudadanas fue la discrecionalidad del personal de salud en los bancos de sangre para diferir o excluir donantes. Por lo tanto, la Sala considera necesario ordenarle al Ministerio de Salud y Protección Social, y al Instituto Nacional de Salud (en su condición de coordinador de la Red Nacional de Bancos de Sangre) diseñar en conjunto un programa de capacitación a todo el personal de salud de los bancos de sangre con base en las consideraciones y conclusiones de esta providencia. Se debe lograr que el personal comprenda que su apreciación para seleccionar donantes debe ser acorde con la Constitución sin sacrificar la función de hemovigilancia.

a. Actualización de base de datos: el INS y Colombia Diversa hicieron énfasis en la existencia del Sistema de Información en Hemovigilancia (SIHEVI) del INS. En particular, Colombia Diversa solicitó que las personas diferidas únicamente por su orientación sexual o identidad de género sean eliminadas de esta base de datos. La Sala coincide con esta apreciación porque representa un vestigio adicional de la discriminación a las personas LGBTIQ+ en el proceso de donación de sangre.

a. Difusión: la Sala considera que la falta de implementación y cumplimiento de la Sentencia

T-248 de 2012 puede estar relacionada con su desconocimiento público. Por lo tanto, les ordenará a las tres entidades accionadas que publiquen de forma permanente en sus páginas web y en sus redes sociales165 la expedición de la presente providencia. En la publicación deberán incluir el vínculo que permita consultar la integridad de la decisión. Además, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud deberán realizar una campaña pedagógica con infografías, afiches u otros instrumentos para explicar de forma simple la prohibición de discriminación a la población LGBTIQ+ en la donación de sangre.

a. Informes de cumplimiento: para terminar, la Sala considera necesario que las entidades accionadas presenten un informe de cumplimiento de las órdenes proferidas al Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali, en su calidad de juez de primera instancia, una vez realicen todas las actuaciones requeridas. En el mismo sentido, se exhortará a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que realicen un seguimiento concreto a las órdenes emitidas en esta providencia a fin de constatar que se materialicen las modificaciones normativas, las campañas de capacitación al personal de salud, las publicaciones en las páginas web y en los perfiles de las redes sociales de las entidades demandadas, y todas las demás actuaciones requeridas por esta Sala de Revisión.

Síntesis de la decisión

1. En esta oportunidad, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta por una pareja de hombres homosexuales que no pudieron donar sangre por su orientación sexual. El banco de sangre de la Fundación Valle del Lili insistió en que la Resolución 3212 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, junto con el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre del Instituto Nacional de Salud, no le permitía recibir la donación si los actores no habían cumplido con un periodo de 12 meses desde el último encuentro sexual entre hombres. Al respecto, los accionantes hicieron referencia a la Sentencia T-248 de 2012 de la Corte Constitucional, en la que se declaró la inconstitucionalidad de diferir o excluir de donar sangre a personas por su orientación sexual o identidad de género. No obstante, el banco de sangre se mantuvo en su

posición.

1. Para comenzar, la Sala estudió la procedencia de la acción de tutela y verificó el cumplimiento de todos los requisitos. Además, descartó la configuración de la carencia actual de objeto porque la nueva versión del Lineamiento Técnico contiene referencias a hombres que tienen sexo con hombres y mujeres trans como grupos de riesgo para la donación de sangre, con lo cual se mantiene el debate constitucional en torno a la afectación de derechos fundamentales de los accionantes. Una vez establecida la procedencia de la tutela, se delimitaron los problemas jurídicos a la constitucionalidad de diferir o excluir a los hombres que tienen sexo con hombres (HSH) y a las mujeres trans de su posibilidad de donar sangre.

1. Tras recopilar los avances científicos más recientes a partir de las pruebas recaudadas, la Sala constató que el diferimiento por orientación sexual o identidad de género no es efectivamente conducente, necesario ni proporcional en sentido estricto. Por lo tanto, la medida no supera el juicio integrado de igualdad en su intensidad estricta. Lo anterior implica que las tres entidades accionadas (Fundación Valle del Lili, Ministerio de Salud y Protección Social, e Instituto Nacional de Salud) desconocieron el derecho a la igualdad y no discriminación de los accionantes. A su vez, este trato discriminatorio también afectó sus derechos sexuales, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana porque, a pesar de su intención solidaria de donar sangre, los sometió a un trato indigno por el simple hecho de tener sexo entre hombres, sin tener en cuenta que usan preservativos en sus relaciones sexuales penetrativas y no penetrativas.

1. La Corte advierte que llegó a esta misma conclusión hace diez años y le ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social tomar las medidas necesarias para detener la discriminación de hombres homosexuales en la donación de sangre. No obstante, la llegada de esta tutela diez años después evidencia que las autoridades sanitarias no han cumplido tal decisión. Por lo tanto, es necesario estructurar un conjunto de órdenes más concretas

para detener inmediatamente la discriminación a la población LGBTIQ+ en la donación de sangre. Dichas órdenes están dirigidas a adaptar las normas vigentes e implementarlas, capacitar al personal de los bancos de sangre en materia de discriminación a la población LGBTIQ+, actualizar el Sistema de Información de Hemovigilancia y difundir masivamente esta decisión.

1. Por las razones expuestas en esta providencia, la Sala confirmará el numeral 1° del fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que –a su vez– confirmó el amparo por parte del Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali en primera instancia a los derechos a la igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad de los actores por la actuación del banco de sangre de la Fundación Valle del Lili.

1. Sin embargo, la Sala identificó que el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud también vulneraron los derechos fundamentales de los actores con el contenido de la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre, respectivamente. Por lo tanto, la Sala ordenará al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud ajustar las normas sobre donación de sangre en el sentido de eliminar toda referencia por orientación sexual o identidad de género (por ejemplo, hombres que tienen sexo con hombres o mujeres trans) como grupos, factores, poblaciones o conductas de riesgo. Además, proferirá una serie de órdenes para detener la discriminación contra la población LGBTIQ+ como grupo históricamente excluido de la donación de sangre. Después de diez años, la Sala reitera una vez más que la orientación sexual y la identidad de género no son factores de riesgo sanitarios; las prácticas sexuales riesgosas sí.

I. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el numeral 1° del fallo del 21 de julio de 2021, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que a su vez confirmó el numeral 1° de la sentencia del 11 de junio de 2021 del Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali en el sentido de amparar los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad de los accionantes en relación con la Fundación Valle del Lili.

Segundo.- CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad y derechos sexuales de los actores respecto del contenido de la Resolución 3212 de 2018 y el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre, expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Salud, respectivamente.

Tercero.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social modificar, en el plazo de seis (6) meses contados desde la notificación de esta sentencia, la Resolución 3212 de 2018 con el fin de eliminar las referencias a las categorías de hombres que tienen sexo con hombres (HSH) y población trans como factores, grupos, poblaciones o conductas de riesgo.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Nacional de Salud modificar y publicar, en el plazo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, el Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre en Colombia con el fin de eliminar las referencias a las categorías de hombres que tienen sexo con hombres (HSH) y población trans como factores, grupos, poblaciones o conductas de riesgo.

Quinto.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud –en su calidad de coordinador de la Red Nacional de Bancos de Sangre– que, en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, desarrollen un protocolo de información y una campaña pedagógica dirigida al público para difundir la prohibición de discriminación a la población LGBTIQ+ en la donación de sangre.

Sexto.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud –en su calidad de coordinador de la Red Nacional de Bancos de Sangre– realizar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación del nuevo Lineamiento Técnico para la Selección de Donantes de Sangre, capacitaciones al personal de salud de los bancos de sangre con

base en las consideraciones de la presente providencia.

Séptimo.- ORDENAR al Instituto Nacional de Salud, en el plazo de seis meses (6), eliminar de la base de datos del Sistema de Información en Hemovigilancia (SIHEVI) a todas las personas diferidas únicamente por su orientación sexual o su identidad de género.

Octavo.- ORDENAR a la Fundación Valle del Lili, al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud, en el plazo de diez (10) días hábiles después de la notificación de la presente providencia, publicar de forma permanente esta decisión en sus páginas web y en sus perfiles de Facebook, Instagram y Twitter166.

Noveno.- ORDENAR a la Fundación Valle del Lili, al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud que, una vez cumplidas todas las órdenes precedentes y en un plazo máximo de seis (6) meses desde la notificación de esta providencia, cada una remita un informe de cumplimiento al Juzgado Octavo de Familia de Oralidad de Cali.

Décimo.- EXHORTAR a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que realicen un seguimiento concreto a las órdenes emitidas en esta providencia con el fin de constatar su cumplimiento.

Decimoprimero.- por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-171 DE 2022

DONACIÓN DE SANGRE-Aplicación del principio de precaución para prevenir contagio del virus VIH, por riesgo transfusional en el proceso de selección de donantes (Salvamento de voto)

Referencia: Acción de tutela presentada por Edward Andrés Gutiérrez Vargas y Diego Rico Rivillas contra el Banco de Sangre de la Fundación Valle de Lili, el Instituto Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, salvo mi voto frente a la Sentencia T-171 de 2022 por cuanto considero que diferir por 12 meses la donación de sangre de los hombres que han tenido sexo con otros hombres (en adelante HSH) está basado en el principio de precaución, según el cual, los criterios científicos deben predominar cuando se trata de evitar el riesgo de contagio de una enfermedad incurable, aunque tratable.

En el proceso de la referencia, el Ministerio de Salud señaló que, si bien todas las unidades de sangre donadas son sometidas a pruebas de tamizaje, todavía persiste el riesgo de no detectar el virus del VIH en los estadios tempranos de la infección debido al «periodo de ventana inmunológica»167. Este periodo varía entre 12 y 60 días según el tipo de prueba utilizada y a la fecha «no existe ninguna prueba que no tenga un periodo de ventana»168. Es decir, en a la donación de sangre existe un riesgo latente de que las pruebas de control no detecten el virus del VIH en la sangre donada y este sea transmitido a la persona que recibe

la transfusión.

Sobre este riesgo, el Instituto Nacional de Salud indicó que, en la totalidad de las unidades de sangre donadas en Colombia en 2021, la cantidad de unidades confirmadas de VIH por cada 10.000 donaciones aceptadas osciló entre 1,4 y 49,1.169 De igual forma, el Instituto informó que entre 2018 y 2021 había identificado 8 casos de infecciones de VIH en procesos de transfusión de sangre y 5 de estas infecciones habían sido a menores de edad.170 Además, alertó sobre lo siguiente:

«Eso define 1 caso de transmisión viral por cada 160.755 pacientes transfundidos […]. Un riesgo de transmisión muy superior al informado por países europeos o de norte américa. Recientemente, se informó que el subregistro de eventos de hemovigilancia en el país está entre el 70-98%, por lo que los datos de infecciones transmitidas por transfusión pueden ser más elevados.»171

De acuerdo con lo expuesto, ante la existencia de un riesgo latente, pero real, de que las pruebas de tamizaje no logren detectar el virus del VIH en las unidades de sangre donada, y de que el virus sea transmitido a la persona que recibe la donación, considero que es imprescindible combinar diferentes estrategias para disminuir el riesgo transfusional. A mi juicio, no es posible aceptar –por pequeño que sea– el riesgo de que una persona resulte contagiada con VIH como consecuencia de una trasfusión de sangre. Más aún si se tiene en cuenta lo señalado por el Instituto Nacional de Salud acerca de las fallas en la hemovigilancia en el país, por lo que el subregistro de casos de infección de VIH por transfusión de sangre donada puede ser más alto. Por lo anterior, el diferimiento de las poblaciones clave de mayor exposición al VIH, entre las que se encuentran los HSH172, es una medida necesaria, basada en el principio de precaución, para maximizar la seguridad de la sangre donada.

Aunado a lo anterior, considero que la restricción de los derechos fundamentales a la igualdad de los HSH cuya donación se difiere es mínima si se compara con el grave daño a la salud que el contagio del virus del VIH puede ocasionar en otra persona. La parte donante debe aplazar por 12 meses la donación, mientras que la parte receptora debe asumir el riesgo de contagio de una enfermedad seria e incurable, pero tratable. Así lo indicaría cualquier test de proporcionalidad. Por esta razón, creo que debe protegerse especialmente a las personas receptoras de sangre donada, pues se encuentran en una situación de debilidad

manifiesta. Ello impone a las autoridades sanitarias la necesidad de implementar, de acuerdo con la evidencia científica disponible, todas las medidas que sean necesarias para mitigar el riesgo transfusional y maximizar su protección.

Así las cosas, al ponderar el derecho a recibir tratamientos de salud confiables que protejan de la mejor manera posible a quienes necesitan una trasfusión de sangre con la supuesta discriminación que resultaría de interrogar a los hombres acerca de si han tenido sexo con otros hombres, estimo que esta última medida: (i) persigue un objetivo constitucionalmente válido (proteger la salud y contribuir a reducir el riesgo eventual de contagio); (ii) es idónea como parte de una estrategia mixta para prevenir el riesgo transfusional; (iii) es necesaria frente al objetivo de seleccionar donantes que no representen riesgos; y (iv) es estrictamente proporcionada, puesto que la pregunta sobre los antecedentes sexuales no persigue discriminar por la orientación sexual, sino prevenir contagios y, aún si se considerara discriminatoria, no ocasiona una lesión significativa en la esfera de los derechos de interrogados, al paso que la concreción del contagio lesiona gravemente el derecho a la salud del receptor.

En conclusión, estimo que eliminar el diferimiento por 12 meses de los HSH en el proceso de selección de donantes de sangre es una decisión que no está basada en la evidencia científica disponible. Esta decisión desconoce el riesgo de no detectar el virus del VIH en los estadios tempranos de la infección debido al «periodo de ventana inmunológica». La información disponible en Colombia no permite concluir, como lo hace la sentencia, que sea seguro eliminar el diferimiento por 12 meses. A lo sumo, el diferimiento podría reducirse a 3 meses –como se ha hecho en Estados Unidos, el Reino Unido y Francia173– si se tiene en cuenta que las pruebas de tamizaje de la sangre donada solo pueden detectar el virus del VIH luego de transcurridos entre 12 y 60 desde de la infección. En todo caso, considero que diferir la donación de sangre de los HSH es una afectación mínima a sus derechos fundamentales si se compara con el grave daño a la salud que el contagio del virus del VIH puede ocasionar en otra persona.

Por las razones expuestas, me aparto de la decisión adoptada en la Sentencia T-171 de 2022.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

1 Auto del 29 de noviembre de 2021, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2029%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202021%20NOTIFICADO%2014%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202021.pdf

2 Los nombres de los accionantes se publicarán de acuerdo con su petición expresa. Ver expediente T8418150, archivo "8418150_2021-11-02_DIEGO RICO RIVILLAS_10_REV.pdf", nota al pie 1.

3 Diego Rico Rivillas nació el 15 de septiembre de 1998. Ver fotocopia de la cédula en el expediente T8418150, archivo "1 Accion [sic] de Tutela 008 2021 00242 01.pdf", folio 122. Edward Andrés Gutiérrez Vargas nació el 14 de enero de 1997. Ver fotocopia de la cédula en ibidem, folio 120.

4 Ibidem, folio 47. Los resultados de las pruebas de ambos accionantes están en el expediente.

5 Ibidem, folio 3.

6 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

7 SIICOR, expediente T8418150, archivo "1 Accion [sic] de Tutela 008 2021 00242 01.pdf", folios 51-53 y 67-69.

8 Ibidem, folios 80-83 y 99-102.

9 Ibidem, folios 113-116.

10 Ibidem, folio 4.

11 SIICOR, expediente T8418150, archivo “Enlace expediente accion [sic] de tutela 76001311000820210024200.pdf”.

12 “SEGUNDO: VINCÚLESE al trámite a VICENTE BORRERO, Director General de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI; CAMILO ANDRÉS GARCÍA MENDOZA, Representante legal para Asuntos Procesales de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI; ADRIANA SEGURA VÁSQUEZ, Subdirectora Técnica del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD; LUIS ERNESTO FLOREZ SIMANCA, Jefe de Oficina del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD; MARCELA MERCADO, Directora de Investigación en Salud Pública del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD; ASTRID CAROLINA FLÓREZ SÁNCHEZ, Directora de Redes en Salud Pública del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD; FRANKLYN EDWIN PRIETO ALVARADO, Director de Vigilancia y Análisis del Riesgo en Salud Pública del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD; CARLOS ANDRÉS CASTAÑEDA ORJUELA, Director Observatorio Nacional de Salud del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD; CARLOS ANDRÉS DURÁN CAMACHO, Secretario General del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD”. Ibidem.

13 SIICOR, expediente T8418150, archivo “2 Contestacion [sic] ClinicaValleLili 008 2021 00242 01.pdf”.

14 SIICOR, expediente T8418150, archivo “2.1 Contestacion [sic] InstituoNacionalSalud 008 2021 00242 01.pdf”.

15 Ibidem, folio 5.

16 SIICOR, expediente T8418150, archivo “2.3 ContestacionMinisterioSalud [sic] 008 2021 00242 01.pdf”.

17 Ibidem, folio 5.

18 Ibidem.

19 Ibidem.

20 SIICOR, expediente T8418150, archivo “3 Fallo 1 Instancia 008 2021 00242 01.pdf”.

21 SIICOR, expediente T8418150, archivo “4 Escrito de Impugnacion [sic] 008 2021 00242 01.pdf”.

22 Ibidem, folio 11. En este sentido, en el folio 15 sostuvieron que “el Lineamiento técnico para la selección de donantes de sangre en Colombia no es propiamente un acto administrativo de carácter general, puesto que como se indicó previamente, solamente adquiere fuerza vinculante con la Resolución 3212 de 2018, situación que impide la procedencia de otros mecanismos para solicitar su modificación”.

23 Ibidem, folio 13.

24 Ibidem, folio 14.

25 SIICOR, expediente T8418150, archivo “Enlace expediente accion [sic] de tutela 76001311000820210024200.pdf”.

26 SIICOR, expediente T8418150, archivo “5 Fallo 2 Instancia 008 2021 00242 01.pdf”.

27 M.P. Diana Fajardo Rivera.

28 Expediente digital T-8418150, archivo “AUTO T-8418150 Pruebas 28 Ene-22.pdf”.

29 Presentada el 7 de febrero de 2022 mediante correo electrónico.

30 Presentada el 4 de febrero de 2022 por la apoderada del Ministerio mediante correo electrónico.

31 Presentada el 7 de febrero de 2022 por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica mediante correo electrónico.

32 Presentada el 7 de febrero de 2022 por el representante legal de la Fundación mediante correo electrónico.

33 Presentado el 8 de febrero de 2022 mediante correo electrónico.

34 Presentado el 10 de febrero de 2022 mediante correo electrónico Luis Carlos Leal Angarita, Ángela María Andrade Perdomo, Salomón Odín Figueroa Nieto, Jorge Enrique Cuervo Ramírez, Rodrigo Andrés Barrios Salcedo, Lwiding Gabriel Pérez Hernández, Santiago Enrique Meléndez Oliveros, Jhon Alexander Penagos Torres, Gerardo Mauricio Parra Lozano, Lizeth Gómez Forero, Juan Sebastián Villa Bautista, Luisa Fernanda Correa Castellanos y

Pedro Meléndez Oliveros.

35 Presentado el 17 de febrero de 2022 mediante correo electrónico.

36 Presentado el 18 de febrero de 2022 mediante correo electrónico enviado por el accionante Diego Rico Rivillas. Médico en el Hospital General de Massachusetts y profesor de la Facultad de Medicina de Harvard. Especialista en diagnóstico y manejo de VIH. Ha publicado sobre la historia y eficacia de los aplazamientos de donación de sangre.

37 Presentado el 21 de febrero de 2022 mediante correo electrónico por María Paula Calle Henao, Karen Valentina Bolaños, Daniela Arce y Valentina Paredes Murillas.

38 El País (2022). Heterosexualidad y VIH, una realidad que supone el 30% de nuevos diagnósticos. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/vihda-positiva/2022-01-24/heterosexualidad-y-vih-una-realidad-que-supone-el-30-de-nuevos-diagnosticos.html (Consultado el 22 de abril de 2022).

39 Presentado el 23 de febrero de 2022 mediante correo electrónico por Marcela Sánchez Buitrago, Juan Felipe Rivera Osorio, Beldys Hernández Albarracín, Carlos Julián Mantilla y Tomás Jaramillo Vianna.

40 Soldan, K & Sinka, K. Evaluation of the de-selection of men who have had sex with men from blood donation in England. Vox Sanguinis, 2003, 84:265–273; Germain, M, Remis, RS & Delage, G. The risks and benefits of accepting men who have had sex with men as blood donors. Transfusion, 2003, 43:25–33; Anderson, SA et al. Quantitative estimate of the risks and benefits of possible alternative donor deferral strategies for men who have had sex with men. Transfusion, 2009, 49:1103–111; Leiss, W, Tyshenko, M & Krewski, D. Men having sex with men donor deferral risk assessment: an analysis using risk management principles. Transfusion Medicine Reviews, 2008, 22(1):35–57.

41 OMS. Blood safety and availability (10 de junio de 2020). Consultado el 22 de abril de 2022. Disponible en:

42 Presentada el 28 de febrero de 2022 mediante correo electrónico por Anamaría Sánchez.

43 Presentada el 25 de febrero de 2022 mediante correo electrónico por Karen Anaya y Paulo

Iotti.

44 STF, ADI 5543, Tribunal Pleno, Relator Juez ponente Edson Fachin, Sentencia del 11/05/2020, Diario Electrónico de Justicia –DJE del 26-08-2020.

45 Folio 3.

46 Presentado el 2 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por Federico Ariel Vaschetto.

47 La Calle Pou, Daniel (2020). Decreto del Poder Ejecutivo No. 337/020. 21 de diciembre de 2020. Montevideo, Uruguay. Consultado el 22 de abril de 2022. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/decretos/337-2020

48 Folio 18.

49 OPS (2012) Estándares de Trabajo para Servicios de Sangre. Tercera Edición, págs.23 y 33. Disponible en: https://acortar.link/XH2MY9 Consultado el 22 de abril de 2022.

50 OPS (2009) Elegibilidad para la Donación de Sangre: Recomendaciones para la Educación y la Selección de Donantes Potenciales de Sangre, pág. 34 y 35. Disponible en: https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2009/EligiBlood09ESP.pdf Consultado el 22 de abril de 2022.

51 Presentado el 11 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por Wilson Castañeda.

52 Presentado el 7 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por Juliana Reyes Bustamante, Sara Méndez Niebles y Sara Hernández.

53 Morales, Alexandra, Espada, José P., & Orgilés, Mireia. (2013). ¿Existen diferencias en riesgo sexual entre adolescentes heterosexuales y no heterosexuales? Acción Psicológica, 10(2), 157-166.

54 Presentado el 14 de marzo de 2022 mediante correo electrónico.

55 Expediente digital T-8418150, archivo “AUTO T-8418150 Pruebas II Feb 24-22.pdf”.

56 Expediente digital T-8418150, archivo “2 AUTO T-8418150 Suspension Mar 11-22.pdf”.

57 Presentado el 14 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por su director Bernardo Camacho Rodríguez.

58 Folio 2.

59 Ibidem.

60 Presentado el 15 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por su presidente Sergio Isaza Villa.

61 Presentado el 15 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por Camilo Andrés García Mendoza como representante legal suplente.

62 Presentado el 15 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por Blanca Inés Rodríguez Granados como jefe de la oficina asesora jurídica de la Secretaría.

63 Presentado el 22 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por su directora Adriana María Robayo García.

64 Patel P, Borkowf CB, Brooks JT. Et al. Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review. AIDS. 2014. doi: 10.1097/QAD.0000000000000298.

65 Presentado el 28 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por Luis Ernesto Flórez Simanca, jefe de la oficina asesora jurídica del INS.

66 Folio 19.

67 Folio 20.

68 Folio 34.

69 Orientaciones terminológicas de ONUSIDA (Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA) 40 (2011).

70 Informe de Resultados Comportamiento sexual y prevalencia de VIH en hombres que tienen relaciones sexuales con hombres en siete ciudades de Colombia (Bogotá, Medellín,

Cali, Barranquilla, Cúcuta, Pereira y Cartagena) (Ministerio de Salud y Protección Social) 384 (2016).

71 Resultados del Estudio de vulnerabilidad al VIH y prevalencia de VIH en mujeres trans en Colombia (Ministerio de Salud y Protección Social) 172 (2016).

72 Presentado el 29 de marzo de 2022 mediante correo electrónico por Melissa Triana Luna, directora técnica de la Dirección Jurídica del Ministerio.

73 La firma de los accionantes está en el expediente T8418150, archivo "1 Accion (sic) de Tutela 008 2021 00242 01.pdf", folio 44.

74 Expediente T8418150, archivo "2 Contestacion (sic) ClinicaValleLili 008 2021 00242 01.pdf", folio 12.

75 Para consultar la información de contacto para donar sangre en la Fundación Valle del Lili, ver: https://valledellili.org/departamentos-y-servicios/banco-de-sangre/ Consultado el 12 de marzo de 2022.

76 "Artículo 9°. Creación del Ministerio de Salud. Créase el Ministerio de Salud y Protección Social, cuyos objetivos y funciones serán los escindidos del Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con el artículo 6o de la presente ley".

77 Decreto Ley 4107 de 2011, artículo 1°.

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

79 Resolución 3212 de 2018, artículo 1.

80 Decreto Ley 4109 de 2011, artículo 1°.

81 Decreto Ley 4109 de 2011, artículo 4°, numeral 4°.

82 Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

83 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

84 Ver sentencias T-148 de 2019, T-608 de 2019 y T-117 de 2020, todas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

85 Expediente T8418150, archivo “1 Accion (sic) de Tutela 008 2021 00242 01.pdf”, folios 51 a 53.

87 Ver, entre otras, las sentencias T-723 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-063 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-087 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

88 Artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991.

89 Sentencias T-009 de 2019 y T-148 de 2019, ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

90 Sentencia T-020 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico 4º.

91 Sentencia T-146 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

92 Sentencias T-391 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-020 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

93 Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

94 Sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y SU-508 de 2020. Ms.Ps. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

95 Ibidem.

96 Sentencia T-413 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

97 Nota al pie 22 de la presente providencia.

98 Ver numeral 9º de los antecedentes de la presente providencia.

99 M.P. Diana Fajardo Rivera.

100 En reciente Sentencia T-009 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, por ejemplo, la Sala advirtió que no obstante la afirmación de la entidad pensional demandada en el sentido que ya habían reconocido los periodos cotizados en el exterior, la Corte encontró que "lo cierto es que éste aún no percibe la prestación pensional a la cual tiene derecho". Por ello, entró a resolver el asunto de fondo.

101 Ver, entre otras, sentencias T-533 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto; T-585 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto; SU-225 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

102 Sentencia SU-522 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. Reiterado en la Sentencia SU-508 de 2020. M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

103 Ver folio 51 del Lineamiento técnico para la selección de donantes de sangre en Colombia (Actualización septiembre de 2021). Disponible en el expediente T8418150, archivo "Rta. Instituto Nacional de Salud.zip".

104 "Los hombres que tienen relaciones sexuales no protegidas con hombres, los transexuales (sic), las personas que se inyectan droga, los trabajadores sexuales y sus clientes, y las personas seronegativas dentro de una pareja serodiscordante se encuentran en mayor riesgo de exposición al VIH que otras". Folio 51 del Lineamiento Técnico.

105 "Los virus de la inmunodeficiencia humana, la hepatitis B y C se transmiten a través de las relaciones sexuales. Pagar o recibir dinero o drogas para tener sexo, tener múltiples parejas sexuales, practicar sexo anal, vaginal u oral sin protección, hombres que tienen sexo con hombres y el uso de cocaína o heroína se consideran conductas de alto riesgo" (negrillas no originales). Ibidem, folio 52.

106 "[S]e exhorta al personal seleccionador a evaluar individualmente el riesgo de cada donante potencial con el fin de definir la conducta de aceptación o diferimiento procurando identificar prácticas de riesgo que puedan poner exponer la seguridad de los receptores". Ibidem, folio 53.

107 Sentencia T-439 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

108 El Ministerio de Salud y Protección Social mencionó una cuarta estrategia: la autoexclusión. No obstante, se omitió del listado porque depende exclusivamente de la voluntad del potencial donante, que decide no acudir a donar porque, a pesar de tener la intención, identifica en su cotidianidad alguna práctica riesgosa.

109 Decreto 1571 de 1993: “ARTICULO 42. Los bancos de sangre, cualquiera que sea su categoría, deber n (sic) obligatoriamente practicar bajo su responsabilidad a todas y cada una de las unidades recolectadas las siguientes pruebas: Determinación Grupo ABO (detección de antígenos y anticuerpos). Determinación Factor Rh (antígeno D) y variante Du, en los casos a que haya lugar. Prueba serológica para sífiles (sic). Detección del antígeno del virus de la hepatitis C. Detección del antígeno de superficie del virus de la hepatitis B. Detección de anticuerpos contra el virus de la Inmunodeficiencia Humana Adquirida (HIV) 1 y 2. Otros que de acuerdo a los estudios de vigilancia epidemiológica se establezcan para una región determinada por parte del Ministerio de Salud”.

110 Charlene Galarneau (2010) “Blood Donation, Deferral, and Discrimination: FDA Donor Deferral Policy for Men Who Have Sex With Men”, The American Journal of Bioethics, 10:2, pp. 29-39.

111 Reino Unido, Canadá, Francia, Estados Unidos, Francia, Dinamarca, Países Bajos, Japón, Australia, República Checa, Finlandia, Alemania, Malta, Nueva Zelanda, Irlanda, Suecia e Israel.

112 Italia, España y Argentina. Cabe agregar el caso de Brasil según la intervención de la Red de Litigantes LGBTI de las Américas y las demás organizaciones no gubernamentales brasileras.

113 Consideraciones extraídas parcialmente de la Sentencia C-084 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

114 Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

115 Sentencia C-015 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

116 Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

117 Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

118 Sentencia C-586 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

119 Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

120 Ibidem.

121 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

122 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

123 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

124 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

125 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

126 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

127 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

128 Ver las intervenciones de Luis Carlos Leal Angarita y otras doce personas, del Comité de Jóvenes de la Fundación SI Mujer, de Colombia Diversa, de la Federación Médica Colombiana y del Instituto Nacional de Salud.

129 Intervención de la Red de Litigantes LGBTI de las Américas y otras organizaciones, folio 12.

130 Consideraciones extraídas de la Sentencia C-084 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

131 Sentencia C-539 de 2009. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

132 Sentencia C-345 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

134 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

135 Sentencia C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

136 Ibidem.

137 Sentencia C-345 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

138 Ver, entre otras, la Sentencia T-291 de 2009. M.P.(e) Clara Elena Reales Gutiérrez y las sentencias T-030 de 2017, T-413 de 2017 y T-033 de 2022, con ponencias de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

139 Ibidem.

140 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

141 Sentencia C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

142 Como el criterio sospechoso no promueve una diferenciación, sino que intenta reducir la brecha entre dos o más comunidades, este Tribunal considera este trato legítimo, pues es efectivamente conducente para obtener una finalidad constitucionalmente importante.

143 Sentencia C-084 de 2020. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

144 “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

145 Sentencia C-673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

146 “ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”.

147 “En 2020, de los 203 casos de sida diagnosticados [en España], un 40,4% correspondió a hombres que tienen sexo con hombres; el 34,2%, a hombres heterosexuales. Entre las mujeres, la mayoría (el 73,8%) eran heterosexuales, según los últimos datos del Ministerio de

Sanidad". El País (2022). "Heterosexualidad y VIH, una realidad que supone el 30% de nuevos diagnósticos". Disponible en: https://elpais.com/sociedad/vihda-positiva/2022-01-24/heterosexualidad-y-vih-una-realidad-que-supone-el-30-de-nuevos-diagnosticos.html.

148 Numeral 42 de los antecedentes de esta providencia.

149 M.P.(e) Aquiles Arrieta Gómez.

150 Como se indicó en el numeral 41 de los antecedentes, los 83 bancos de sangre del país cuentan con distintas tecnologías de tamizaje, como quimioluminiscencia, electroquimioluminiscencia o enzimoinmunoanálisis de adsorción –ELISA–), cuya sensibilidad es del 99,98% y su especificidad oscila entre el 99,69% y 99,89%. Además, la ventana inmunológica en todos los bancos de sangre es de 12 a 60 días dependiendo del marcador.

151 Según Marcela Parada Gamboa (2012), "[e]l concepto de estado peligroso se aplicaba a aquellos individuos que no pertenecían a la categoría de personas normales, es decir a todos aquellos anormales: enfermos de mente, pobres, vagabundos, feos con características similares al del criminal nato, a todos aquellos que constituían una clase peligrosa que cuestionaba el ambiente en que vivían (Bogun, 2003). Los individuos anormales y degenerados eran peligrosos, y por lo tanto debían ser corregidos o neutralizados para el bien de la sociedad y de sí mismos" (negrillas no originales). Ver Marcela Parada Gamboa (2012). "El peligrosismo positivista: un discurso vigente en el Código penal de 1980 en Colombia". Memorando de Derecho. Universidad Libre – Seccional Pereira.

152 Los Angeles Times. "La Cruz Roja dice que hay escasez de sangre a nivel nacional. Aquí se explica cómo donar" (16 de enero de 2022). Disponible en: https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2022-01-16/la-cruz-roja-dice-que-hay-escasez-de-sangre-a-nivel-nacional-aqui-se-explica-como-donar (Consultado el 22 de abril de 2022).

153 Sentencia T-594 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

154 Resolución 3212 de 2018, artículo 1°.

155 Ibidem.

156 “CUARTO.- EXHORTAR al Ministerio de Salud y de la Protección Social para que sustentándose en el presente 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”.

157 “ 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 riego 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”.

158 Resolución 3212 de 2018, artículo 1°. Este artículo modificó el numeral 3.2.2 de la Resolución 901 de 1996, “[p]or la cual se adopta el manual de normas técnicas, administrativas y de procedimientos en bancos de sangre”.

159 Lineamiento Técnico, folio 68. Consultado el 17 de abril de 2022. Disponible en: https://www.ins.gov.co/Direcciones/RedesSaludPublica/DonacionSangre/Publicaciones/Lineamiento%20tecnico%20Selecci%C3%B3n%20de%20donantes%202018.pdf

160 El despacho de la magistrada sustanciadora consultó periódicamente la página web del INS para corroborar si había publicado la versión actualizada del Lineamiento Técnico, modificada en septiembre de 2021. Recién el 22 de abril de 2022 el despacho evidenció que se había publicado la versión de septiembre de 2021. Disponible en: https://www.ins.gov.co/BibliotecaDigital/seleccion-donantes-sangre.pdf

161 Folio 51.

162 Intervención de Luis Carlos Leal Angarita y otros. Numeral 23 de los antecedentes.

163 Folio 52.

164 Folio 53.

165 El banco de sangre de la Fundación Valle del Lili tiene cuenta de Twitter (@BancoSangreFVL) y perfil de Facebook (Banco De Sangre Fvl), mientras que la Fundación tiene cuenta de Instagram (@fundacionvalledelili). Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social tiene cuentas oficiales de Facebook, Instagram (@minsaludcol) y Twitter (@MinSaludCol). Finalmente, el Instituto Nacional de Salud tiene cuentas oficiales de Facebook, Instagram (@insaludcolombia) y Twitter (@INSColombia). En todos estos perfiles se deberá publicar la presente sentencia.

166 El banco de sangre de la Fundación Valle del Lili tiene cuenta de Twitter (@BancoSangreFVL) y perfil de Facebook (Banco De Sangre Fvl), mientras que la Fundación tiene cuenta de Instagram (@fundacionvalledelili). Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social tiene cuentas oficiales de Facebook, Instagram (@minsaludcol) y Twitter (@MinSaludCol). Finalmente, el Instituto Nacional de Salud tiene cuentas oficiales de Facebook, Instagram (@insaludcolombia) y Twitter (@INSColombia). En todos estos perfiles se deberá publicar la presente sentencia.

167 El tiempo que transcurre entre la infección y la detección por parte de las pruebas se denomina «período de ventana inmunológica» y cualquier donación realizada en este tiempo daría un resultado falso negativo.

168 Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social al auto de pruebas del 24 de febrero de 2022, folio 10.

169 El Instituto Nacional de Salud informó que en Colombia funcionan 83 bancos de sangre (27 públicos, 54 privados, y dos pertenecientes a las fuerzas armadas) y en 2021 recibieron 892.637 donaciones de sangre. La cantidad de unidades confirmadas de VIH por cada 10.000 donaciones osciló, en estos bancos, entre 1,4 y 49,1. Respuesta del Instituto Nacional de Salud al auto de pruebas del 24 de febrero de 2022, folio 31.

170 Ibídem, folio 18.

171 Ibídem.

172 Con el fin de enfocar las estrategias de salud pública, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud han identificado varios grupos poblacionales especialmente vulnerables a contraer el VIH. Estos grupos, denominados «poblaciones clave», son: (i) hombres que han tenido sexo con otros hombres, (ii) trabajadores sexuales, (iii) habitantes de calle, (iv) personas que se inyectan drogas, (v) mujeres transgénero. Sobre estas poblaciones clave, el Instituto Nacional de Salud señaló que, del 100% de los nuevos casos de VIH detectados en Colombia en 2020, el 57% pertenecían a uno o más de estos grupos y, entre estos grupos, la mayor proporción de nuevos casos de VIH en 2020 se identificó en la población de hombres que tienen sexo con hombres (53%). Ibidem, folio 29.

173 Ibidem, folio 41.