

T-376-13

Sentencia T-376/13

PROHIBICION DE DISCRIMINACION A PORTADORES DE VIH O ENFERMOS DE SIDA EN CENTROS DE RECLUSION-Facultad de traslado excepcional de internos

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Exige trato diferencial frente a personas que se encuentran en situaciones de hecho diferentes

TEST DE IGUALDAD-Jurisprudencia constitucional

ENFERMO DE SIDA-No discriminación

Aunque la formulación literal del artículo 13 constitucional no hace referencia a la condición de portador del VIH o enfermo de Sida como un criterio sospechoso de diferenciación (estatus o condición seropositiva), esta Corporación ha consolidado un cuerpo jurisprudencial consistente en virtud del cual las distinciones de trato basadas en la condición seropositiva de una persona deben presumirse contrarias a la Constitución Política, a partir de los incisos segundo y tercero del artículo 13, en armonía con el artículo 47 de la Carta Política, que ordena al Estado adoptar medidas de integración para las personas en condición de discapacidad o de debilidad manifiesta por razones de salud.

PROHIBICION DE DISCRIMINACION A PORTADORES DE VIH O ENFERMOS DE SIDA EN CENTROS DE RECLUSION-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACION DE ENFERMOS DE VIH/SIDA-Tienen derecho a recibir trato especial y favorable por todas las autoridades públicas y un comportamiento solidario por parte de los demás miembros de la sociedad

Las personas que viven con VIH son sujetos de especial protección constitucional. En consecuencia tienen derecho a recibir un trato especial, de carácter favorable por parte de todas las autoridades públicas, y un comportamiento solidario por parte de los demás miembros de la sociedad. Por el contrario, cualquier distinción que no se asocie al desarrollo de acciones afirmativas o medidas destinadas a atender adecuadamente su condición, y se base en el diagnóstico seropositivo de una persona, se considera sospechosa y es

susceptible de un examen estricto en el marco del test integrado de igualdad desarrollado por la Corte Constitucional.

PROHIBICION DE DISCRIMINACION A PORTADORES DE VIH O ENFERMOS DE SIDA-Reglas jurisprudenciales

La Corte también ha enfatizado en diversos elementos fácticos de evaluación de casos en los que se discuta la violación de la prohibición de discriminación en relación con personas portadoras del VIH o que padecen de Sida. Estas consideraciones son relevantes porque demuestran que muchos actos discriminatorios parten del estigma y otros prejuicios que soportan las personas con VIH, los cuales se derivan a su vez de la ignorancia y otros factores tradicionales de rechazo hacia grupos que soportan patrones históricos de exclusión y censura social no justificados. En ese sentido, la Corte ha recordado que el virus del VIH no es 'selectivo' como se pensó durante buena parte de la década de los 80 del siglo pasado. En términos específicos, no es cierto que se trate de un virus de hombres de orientación homosexual, pues afecta a hombres y mujeres sin importar su orientación sexual, así como a niños y niñas.

ENFERMEDAD DEL SIDA-Tratamiento

Es importante indicar que el VIH no es una enfermedad, aunque puede desencadenar en una especialmente grave denominada Sida, cuya característica es atacar o incluso anular el sistema inmunológico, haciendo vulnerable a la persona a más de 20 enfermedades oportunistas y cánceres que suelen ser la causa de muerte de la persona que desarrolla el Sida. Sin embargo, desde el año 1996 se viene implementando el tratamiento con medicamentos antirretrovirales, los cuales han modificado dramáticamente la intensidad en la afectación a la salud de las personas portadoras del VIH, disminuyendo las tasas de mortalidad y postergando la aparición del Sida y sus estadios avanzados. En otros términos, el acceso a un tratamiento adecuado a tiempo permite a las personas portadoras del VIH vivir en condiciones de salud acordes con la dignidad humana durante muchos años y evitar el desarrollo ulterior de la enfermedad. Desafortunadamente los temores y prejuicios que la sociedad mantiene en relación con el sida, llevan a que las personas posterguen o eviten la práctica de la prueba diagnóstica, lo que frustran el acceso al tratamiento y la adopción oportuna de medidas de prevención para evitar la propagación de la epidemia.

Una sociedad que acepte, apoye y despliegue su solidaridad hacia las personas que conviven con el VIH, aceptando la vulnerabilidad de todos ante esta amenaza y dejando de lado los prejuicios citados, propiciaría la práctica de pruebas tempranas y fomentaría la eficacia de los tratamientos que día a día se perfeccionan.

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS DE ENFERMO DE SIDA-Procedencia por ser sujetos de especial protección constitucional

PROHIBICION DE DISCRIMINACION A PORTADORES DE VIH O ENFERMOS DE SIDA EN CENTROS DE RECLUSION-Caso en que interno fue trasladado a otra ciudad donde no cuenta con familia cercana para sobrellevar enfermedad por ser portador de VIH

El propósito que se plasma en la parte motiva de la resolución 0982 de 2012, consistente en propiciar la cercanía entre el actor y su núcleo familiar es legítimo desde el punto de vista constitucional, e incluso podría considerarse imperioso, pues las personas que portan el VIH o padecen el Sida requieren el apoyo de su familia para mantener un bienestar emocional acorde con la concepción amplia del derecho a la salud que ha defendido esta Corporación, en armonía con la Observación General No. 14 del Comité DESC de la ONU. En el caso concreto se constata que existe una prescripción médica que conceptúa a favor de la cercanía entre el peticionario y su grupo familiar. Sin embargo, la medida no era idónea pues la familia del actor no reside en Sincelejo sino en Barranquilla. En ese orden de ideas, la decisión no solo carece de adecuación para alcanzar el propósito formalmente expuesto en la resolución de traslado, sino que por el contrario frustra su consecución de manera absoluta. Por lo tanto, debe concluirse que la medida no solo es incapaz de superar un examen mínimo de razonabilidad y proporcionalidad sino que es abiertamente irracional, caprichosa y arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional.

PROHIBICION DE DISCRIMINACION A PORTADORES DE VIH O ENFERMOS DE SIDA EN CENTROS DE RECLUSION-Orden al Inpec para implementar medidas de capacitación a sus funcionarios sobre toma de conciencia y sensibilización sobre los derechos de la población carcelaria portadora del VIH

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Orden al INPEC trasladar a interno quien padece de VIH/SIDA a ciudad donde cuenta con familiares que le ayudan a sobrellevar enfermedad

Referencia: expediente T-3798362

Acción de tutela instaurada por Rubén contra Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario (Epmsc) El Bosque de Barranquilla.

Magistrado ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013)

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido en primera y única instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo el primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).[1]

I. ANTECEDENTES

Rubén[2] interpuso acción de tutela contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario el Bosque de Barranquilla (en adelante, penitenciaría o cárcel El Bosque de Barranquilla), con el propósito de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales a la igualdad, la vida, la integridad personal, la dignidad humana y a la cercanía familiar. En este acápite se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, la respuesta de las autoridades accionadas o vinculadas al trámite, y la decisión de instancia, objeto de revisión:

1. El peticionario manifiesta que es un sujeto de especial protección constitucional, pues es portador del VIH.
2. Actualmente se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario La Vega, de Sincelejo (en adelante, penitenciaría y cárcel La Vega de Sincelejo), pagando una condena de tres años de prisión por el delito de hurto simple.
3. Indica que el Director de la cárcel La Vega de Sincelejo, mediante resolución No. 0249 de dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012), y previa reunión del Consejo de Seguridad del establecimiento, ordenó su traslado a la penitenciaría El Bosque de Barranquilla, con el

fin de preservar su vida y su integridad física, así como el orden y la tranquilidad del centro carcelario, pues según consta en acta de seguridad 120 de 2012 del Consejo de Seguridad de la Penitenciaría La Vega de Sincelejo, se venía presentando situación de agresión de algunos internos hacia los portadores del virus del VIH, quienes son rechazados en distintos patios del penal, lo que ha creado una situación de perturbación permanente del orden público. En su intervención añadió que el traslado obedeció también a la necesidad de propiciar la cercanía del interno a su familia, con el fin de obtener la atención y apoyo requeridos en su condición.

En la resolución 0249 de 2012, se indica que los internos cobijados por la medida de traslado no podían permanecer en el Pabellón UTE ni en el área de recepción, por no ser lugares aptos para alojar los internos de manera prolongada, ni proveerles la seguridad requerida.

4. En cumplimiento de la Resolución 0249 de 2012, del Director de la cárcel La Vega de Sincelejo, Rubén fue trasladado el veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012) a la penitenciaría El Bosque de Barranquilla. Sin embargo, mediante resolución 0982 de la misma fecha (26 de julio de 2012), sin tener en cuenta las razones que motivaron su traslado y en abierta violación de sus derechos al acercamiento familiar, a la atención digna, buen trato, a una asistencia médica adecuada y a no ser sometido a tortura, malos tratos o a discriminación “cruel y degradante”, fue trasladado nuevamente a la Penitenciaría La Vega de Sincelejo.

5. Afirma que actualmente no tiene patio, colchoneta, ni sus artículos de aseo personal, pues es víctima constante de hurto, de manera que su situación es “más grave y riesgosa” que la de los demás internos.

6. En virtud de lo expuesto, solicitó en su demanda de tutela, que se ordene al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, El Bosque de Barranquilla, a la Dirección Regional de Barranquilla y al Director General del Inpec en Bogotá, trasladarlo a la cárcel El Bosque de Barranquilla para estar cerca de su familia y continuar con la fase de resocialización de su tratamiento penitenciario.

Intervención de las autoridades accionadas o vinculadas a este trámite.

7. El Director de la penitenciaría La Vega de Sincelejo informó al juez constitucional de instancia que los hechos relatados en el escrito de tutela son ciertos. En ese sentido, afirmó que el accionante y otros internos portadores del virus del VIH son víctimas de agresiones en la cárcel, lo que ha ocasionado un ambiente de desorden generalizado, y la necesidad de ubicar a los afectados en espacios que no son aptos para su alojamiento, ni les brindan las garantías de seguridad que requieren. Añadió que la familia del actor reside en Barranquilla y no existe constancia de que lo haya visitado en la penitenciaría La Vega de Sincelejo.

Intervención del Director del centro penitenciario El Bosque de Barranquilla.

8. El Director de la cárcel El Bosque de Barranquilla argumentó que si bien en la resolución 0982 de 2012, por la cual dispuso el traslado del actor por razones excepcionales a la cárcel de Sincelejo, se consignó como motivo del traslado la cercanía familiar, lo que realmente motivó la decisión fue la defensa de la seguridad del penal, pues el actor, junto con otro interno que padece de VIH, “al parecer” amenazaba constantemente al personal del establecimiento y a otros reclusos con inyectarles de su sangre y transmitirles el virus.

9. Agregó que el traslado a Sincelejo no representa problemas para el actor, pues allá tiene “conocidos”, y precisó que para tramitar un cambio de localización el accionante deberá esperar al menos un año en la penitenciaría de Sincelejo.

Decisión judicial de primera y única instancia.

10. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012), decidió declarar improcedente la acción interpuesta por el peticionario, considerando que este cuenta con un mecanismo de defensa de sus derechos, representado en el ejercicio del derecho petición con el propósito de solicitar su traslado a la cárcel El Bosque de Barranquilla.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela referidos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto

2591 de 1991, y el auto de selección de doce (12) de marzo de dos mil trece (2013).

2. Problema jurídico planteado

Si bien el actor plantea la vulneración a un amplio conjunto de derechos, observa la Sala que su requerimiento material se concreta en permanecer en la cárcel El Bosque de Barranquilla, por lo que sus argumentos se dirigen contra la resolución proferida por el Director de ese establecimiento carcelario, por la cual se ordenó su traslado a la cárcel La Vega de Sincelejo. Las demás violaciones o amenazas constituyen entonces consecuencia de esa determinación, que el actor considera injusta y arbitraria.

En ese marco, corresponde a la Sala Novena de Decisión de la Corte Constitucional determinar si el Director de la penitenciaría El Bosque de Barranquilla violó la prohibición de discriminación y el derecho a la igualdad de Rubén, el ordenar su traslado excepcional a la cárcel La Vega de Sincelejo, lugar del que había sido remitido por enfrentar diversos problemas con los internos, que ponían en riesgo su vida, salud e integridad personal; y con el propósito de propiciar el acercamiento a su núcleo familiar, que reside en la ciudad de Barranquilla.

Para dar respuesta a ese interrogante, la Sala efectuara una reiteración jurisprudencial sobre el principio de no discriminación y su aplicación en casos en que se imponen restricciones o se adoptan medidas que afectan los derechos de personas portadoras del VIH. En ese marco, se resolverá el caso concreto.

La prohibición de discriminación de las personas que viven con el VIH o padecen de Sida y la facultad de traslado excepcional de internos[3].

De acuerdo con el problema jurídico planteado en esta oportunidad, la Sala deberá determinar si se produjo una violación al principio de no discriminación en contra de una persona portadora del VIH. En consecuencia, en este acápite se presentarán las consideraciones generales que guían el examen constitucional sobre eventuales violaciones al principio de igualdad (fundamentos 3 a 11); la discriminación contra personas portadoras del VIH (fundamentos 12 a 16); y describirá decisiones adoptadas en el contexto de actos de discriminación cometidos contra internos en centros penitenciarios, que viven con el VIH (Fundamentos 17 a 19).

a. Consideraciones generales que guían el examen constitucional sobre eventuales violaciones al principio de igualdad

3. El principio de igualdad posee especial trascendencia en el orden jurídico colombiano, derivada de la adopción de una organización política calificada como estado 'social', 'de derecho' y 'constitucional'.

En efecto, el principio de Estado de Derecho representa un logro invaluable en la erradicación de la arbitrariedad, al establecer límites al poder público basados en la aplicación igualitaria de la ley, consecuencia directa de su carácter general y abstracto; el Estado Social a esos límites la obligación de perseguir la igualdad material o de las condiciones materiales de existencia de las personas, ordenando corregir las desigualdades mediante acciones positivas o medidas adoptadas en favor de grupos vulnerables. El modelo del Estado Constitucional, finalmente, concebido como un entramado de derechos y garantías que operan como límites y vínculos a la actuación de los poderes públicos, permite dotar de eficacia las dos dimensiones citadas de la igualdad, y las conjuga a su turno con el respeto por la diferencia y el pluralismo, característico de las organizaciones sociales actuales.

4. Ello explica la naturaleza compleja del artículo 13 constitucional, que prevé en su primer inciso el mandato de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, mientras que en sus incisos segundo y tercero establece la obligación de las autoridades de promover las condiciones para la igualdad real, adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados y brindar una especial protección a quienes se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta.

5. En atención a la importancia del principio de igualdad, este Tribunal ha indicado que uno de los mayores desafíos del juez constitucional es precisamente el de garantizar la eficacia de sus distintas facetas. Para cumplir ese propósito, la Corte Constitucional ha establecido una metodología de evaluación sobre presuntas violaciones del derecho a la igualdad derivada de la experiencia de los tribunales y cortes constitucionales de Alemania, España y Estados Unidos, así como de distintos órganos jurisdiccionales de los sistemas regional y universal de protección de los derechos humanos.

6. El punto de partida para la aplicación del principio a la igualdad consiste en el mandato de dar un trato igual a las personas, grupos o situaciones iguales desde un punto de vista jurídicamente relevante, y un trato diverso a esos grupos, personas o situaciones, si difieren de manera relevante. De esa máxima surgen, sin embargo, dos inquietudes. De una parte, un cuestionamiento acerca de la naturaleza de la valoración que debe realizar el juez para determinar la relevancia de los criterios de comparación y, de otra, la constatación de que difícilmente un caso será idéntico a otro, o bien que los supuestos sometidos a examen sean por completo distintos.

Sobre el primer aspecto, debe indicarse que el juez efectivamente debe realizar valoraciones al momento de establecer la relevancia de los criterios de comparación o diferenciación, pero estas debe hallarse justificadas a partir del conjunto de mandatos (principios, valores, directrices) que conforman el orden constitucional; del segundo aspecto se desprende la obligación del operador judicial de evaluar, en cada caso, si las diferencias prevalecen sobre las similitudes, hipótesis en la que está permitido (y eventualmente ordenado) un trato distinto, o si las segundas son de mayor entidad de las primeras, evento en que debe prevalecer el trato igualitario.

8. De igual manera, partiendo de la construcción teórica que concibe los derechos como mandatos de optimización, sujetos a límites jurídicos y fácticos, una vez superado el análisis de razonabilidad de la medida, la Corte aplica los elementos propios del principio de proporcionalidad, consistentes en una evaluación sobre la idoneidad de la medida, la existencia o inexistencia de medidas alternativas y menos restrictiva de los derechos en conflicto, y la proporcionalidad estricta o ponderación entre los bienes jurídicos que eventualmente puedan verse comprometidos por las autoridades públicas.

9. La jurisprudencia constitucional, atendiendo la preocupación de mantener un equilibrio adecuado entre la supremacía de la Constitución y el principio democrático, ha incorporado al análisis de proporcionalidad una escala de intensidad para el examen de eventuales violaciones al principio de igualdad. De esa manera se plantea la necesidad de hallar un equilibrio entre los ámbitos de competencia del Legislador y el Juez Constitucional. Así, en las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad. En la sentencia C-093 de 2001, explicó este Tribunal:

“En aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia libertad de apreciación y configuración, entonces el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. En estos eventos, y por paradójico que parezca, el estricto respeto de la Carta exige un escrutinio judicial suave, que sea respetuoso de la libertad política del Congreso, a fin de que el juez constitucional no invada las competencias propias del Legislador.

Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.

Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte del legislador. Así, si se trata de ámbitos en donde el Congreso goza de una amplia discrecionalidad de regulación, entonces el control judicial debe ser menos intenso, precisamente para que el juez no anule la libertad del Legislador. En cambio, en aquellos campos en donde la Constitución limita la discrecionalidad del Congreso, la injerencia del juez constitucional es mayor y el control constitucional debe ser más estricto”.

Posteriormente, en la sentencia C-673 de 2001 se plantearon consideraciones semejantes, en los siguientes términos:

“Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida”.

10. La Corte Constitucional también se ha referido en diversas oportunidades a la forma en

que el principio fue analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la situación de los trabajadores migrantes, en su Opinión Consultiva No. 18. Resulta pertinente observar la manera en que define la Corte Interamericana la discriminación, en plena armonía con los pronunciamientos de esta Corporación sobre la materia:

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos (...) En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”

En opinión de la alta Corporación internacional citada, la presencia del principio de protección igualitaria ante la ley y no discriminación en muchos instrumentos internacionales constituye un reflejo de la existencia “de un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico”, asociado a la “unidad de naturaleza del género humano” e “inseparable de la dignidad esencial de la persona”. Además, en consideración a la importancia del principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el cuerpo de tratados internacionales de derechos humanos, manifestó que se trata de un principio que “pertenece al jus cogens (o normas imperativas de derecho internacional), puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico”

11. En relación con la prohibición de discriminación, la Constitución Política así como los tratados de derechos internacionales incorporan explícitamente diversos criterios sobre los cuales la imposición de una distinción se considera prohibida, salvo si se trata de adoptar acciones afirmativas destinadas a superar los factores de vulnerabilidad del grupo. Esos criterios, sin embargo, no deben interpretarse como una lista cerrada de condiciones en las que se agota el ámbito protector de la prohibición de discriminación, primero, porque de

acuerdo con la exposición previa toda distinción arbitraria o irrazonable desconoce ese mandato; y segundo, porque los patrones históricos y sociales de discriminación son variables, como lo es el conocimiento jurídico de estos, lo que explica la aparición de nuevos criterios sospechosos al compás del análisis judicial de casos concretos.

c. La discriminación contra personas portadoras del VIH (fundamentos 12 a 16).

12. Aunque la formulación literal del artículo 13 constitucional no hace referencia a la condición de portador del VIH o enfermo de Sida como un criterio sospechoso de diferenciación (estatus o condición seropositiva), esta Corporación ha consolidado un cuerpo jurisprudencial consistente en virtud del cual las distinciones de trato basadas en la condición seropositiva de una persona deben presumirse contrarias a la Constitución Política, a partir de los incisos segundo y tercero del artículo 13, en armonía con el artículo 47 de la Carta Política, que ordena al Estado adoptar medidas de integración para las personas en condición de discapacidad o de debilidad manifiesta por razones de salud.

13. Así, desde la sentencia de unificación SU-256 de 1996, en la que se analizó la eventual violación al principio de no discriminación derivada de las presiones sufridas por un trabajador del Gun Club de Bogotá para que presentara su renuncia una vez fue diagnosticado como portador del virus del VIH, la Corporación expresó:

“La enfermedad del Sida, es cierto, se ha convertido en nuestro tiempo en un grave flagelo para la humanidad; el riesgo de su propagación es muy grande, habida cuenta que hasta ahora la ciencia, pese a los notables esfuerzos que se vienen realizando no ha logrado encontrar la fórmula para su curación. Pero, por otra parte, está ampliamente demostrado por la medicina que esta enfermedad sólo se contagia mediante contacto sexual directo o a través de transfusiones de sangre, y no por otros medios. Más aún, según dictamen de la ciencia médica, se ha demostrado plenamente que la convivencia con pacientes de Sida, mientras no se presenten las situaciones antes mencionadas, en absoluto implica riesgo de contagio; el virus no se trasmite ni a través del aire, ni del agua, ni de otros elementos. No obstante lo anterior, es evidente que, por falta de información y de concientización más amplias, los enfermos de Sida, e inclusive los portadores sanos del VIH, vienen siendo objeto de discriminación social y laboral, no sólo en nuestro medio sino en el resto del mundo.

El Estado no puede permitir tal discriminación, básicamente por dos razones: Primera, porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, pues la discriminación, per se, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, con base en la cual construye el orden social. || Y segunda, porque el derecho a la igualdad, de acuerdo con el artículo 13 superior, comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta. Ya esta Corporación ha señalado como criterios orientadores de la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad. La primera se encamina a establecer la adecuación entre la necesidad y la forma protectora; la segunda busca el criterio prudencial de guardar un equilibrio y evitar a toda costa la arbitrariedad absoluta, la discrecionalidad infundada y, por sobre todo, la discriminación”.[4]

14. De igual manera, en un amplio conjunto de fallos sobre el derecho a la salud de las personas portadoras del virus de inmunodeficiencia humana[5], o que lo han desarrollado y padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, la Corporación ha destacado la importancia y alcance del deber de solidaridad de toda la población hacia este grupo poblacional, y ha explicado que la exclusión y el rechazo incrementan la afectación de derechos de las personas que viven con el VIH, generando o intensificando un estigma social en su contra. Resulta pertinente reiterar lo expuesto en la sentencia T-687 de 2004, en la que se estudió la negativa de una EPS a realizar un examen de carga viral requerido por un paciente portador del VIH:

“[...] el principio de solidaridad implica que todos los integrantes de la comunidad deben unir esfuerzos para que el tratamiento del SIDA sea el más adecuado y evite la discriminación del enfermo. Como se anotó en un apartado anterior (...), el Estado colombiano tiene la obligación de garantizar el acceso a la salud sin ninguna discriminación. A continuación se explica como esta obligación sustenta un test específico frente a la discriminación en salud de las personas que conviven con el VIH/SIDA.

[...]

13. [...] las epidemias de VIH y SIDA han generado en quienes las padecen un estigma por parte de sus seres queridos, su familia y su comunidad. La naturaleza de este estigma han sido expuestos por la ONUSIDA[6] a través de, entre otros, los siguientes razonamientos[7]:

§ El estigma relacionado con el VIH/SIDA se fundamenta en prejuicios y desigualdades sociales, particularmente aquellas en función del sexo, la sexualidad y la raza. El estigma intensifica estas desigualdades.

§ Los prejuicios y estigmas conducen a las personas a negar o entorpecer la prestación de servicios a las víctimas de discriminación. Por ejemplo, pueden impedir que los servicios de salud sean utilizados por una persona que vive con el VIH/SIDA o bien despedirla de su empleo basándose en su estado serológico respecto al VIH. Todo ello constituye discriminación.

§ Debido al estigma y la discriminación relacionados con el VIH/SIDA, a menudo los derechos de las personas que viven con el VIH/SIDA y los de sus familias resultan violados simplemente porque se piensa que esas personas tienen el VIH/SIDA. Esta violación de derechos dificulta la respuesta a la epidemia y aumenta su impacto negativo.

Por consiguiente, se deben adoptar medidas contra terceros (como las E.P.S. o las A.R.S.) que discriminen, así como medidas legislativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole, apropiadas para asegurar que se desarrollen las estrategias, políticas y programas que abordan la discriminación contra quienes sean portadores del VIH o están enfermos de SIDA y para velar porque se pague una compensación a quienes son discriminados.

Para abordar el estigma y la discriminación también se necesitan: i) estrategias que impidan el surgimiento de ideas que propicien los prejuicios y estigmas, y ii) estrategias que aborden o reparen la situación cuando persiste el estigma y éste se manifiesta a través de acciones discriminatorias que conducen a consecuencias negativas o a la negación de derechos o servicios”.

15. En la sentencia T-248 de 2012 la Corporación se refirió a la prohibición de donar sangre impuesta a través de un manual de procedimientos utilizado por los laboratorios clínicos, a quienes declararan ser homosexuales o haber tenido relaciones homosexuales, previendo un período de quince años desde la ocurrencia del hecho como extensión de la prohibición.

La Corte analizó la validez constitucional de la prohibición a la luz de un test estricto de igualdad. Explicó que se trataba de una medida que tuvo origen en un período histórico en que se creía, a partir de los primeros casos documentados sobre el Sida, que la enfermedad era 'selectiva' y afectaba exclusivamente a hombres homosexuales. Con el tiempo, se conocieron casos de hombres, mujeres heterosexuales y niños contagiados con el virus, y las investigaciones médicas permitieron establecer que los modos de contagio predominantes consisten en las transfusiones de sangre contaminada, el uso compartido de jeringas, usualmente relacionado con el consumo de sustancias estupefacientes inyectables, y las relaciones sexuales sin el uso de condón, con independencia de la orientación sexual de quienes las practican. (T-248 de 2012, ver fundamentos 2.5.1 a 2.5.3)

En ese contexto, la Corporación encontró que si bien la medida perseguía un fin constitucionalmente legítimo e incluso imperioso, como evitar la propagación de la epidemia del VIH/Sida, no resultaba adecuada para conseguirlo, por basarse en prejuicios científicamente desvirtuados. En efecto, las preguntas no indagaban por los comportamientos riesgosos (por ejemplo, la práctica de relaciones sexuales sin protección), sino por la identidad y orientación sexual de los individuos, sin reparar en que la orientación sexual, si no va acompañada de comportamientos de riesgo no constituye ningún factor de riesgo de contagio del virus.

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

El Tribunal añadió que la medida tampoco resultaba necesaria, en atención a la obligación que pesa sobre los bancos de sangre en el sentido de realizar pruebas de VIH a toda la

sangre que reciben para controlar la seguridad y calidad de la misma, medida menos lesiva que la prohibición basada en la orientación sexual. Finalmente, estimó la Sala Séptima que, aún si el medio se considerara adecuado y necesario, implicaría una afectación desproporcionada de los derechos del encuestado por fortalecer el estigma que afecta a las personas que viven con VIH.

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

16. Recientemente, la Corporación conoció el caso de una mujer portadora del VIH que se desempeñaba como madre comunitaria, en el cual el ICBF decidió cerrar definitivamente el hogar del que se hallaba a cargo, argumentando incumplimiento de los lineamientos técnicos, después de una serie de visitas de supervisión al hogar, con una periodicidad inusual y que, de acuerdo con la accionante comenzaron una vez el Instituto tuvo conocimiento de su estatus serológico.

Al momento de terminar el vínculo con la peticionaria y disponer el cierre del hogar comunitario, el ICBF le informó verbalmente que la medida obedecía al mal desempeño de las labores asignadas y quejas de los padres por la falta de decoración en el salón de clases, el cobro de una cuota extra, la falta de planificación y el desaseo del lugar. Al contestar la demanda de tutela, el ICBF afirmó que existían un amplio número de deficiencias en el trabajo de la accionante y en el funcionamiento del hogar a su cargo, muchas de las cuales no fueron consignadas en la resolución por la cual se decidió el cierre del hogar comunitario.

La Sala Octava de Revisión comenzó por delimitar la discusión fáctica, excluyendo de plano

las justificaciones del despido que el ICBF pretendió sostener en sede de tutela, sin haberlas plasmado en la resolución censurada constitucionalmente:

“la Sala se limitará a hacer el referido estudio sólo respecto de las razones expresadas por el ICBF en la resolución 002 de 18 de marzo de 2009 pues no puede aceptar que el demandado aduzca, en sede de tutela, otras distintas a las que consignó en la decisión de cierre. Ello se traduciría en una violación al debido proceso ya que la accionante no tuvo la oportunidad de defenderse de las mismas durante el trámite administrativo. No se compadece con el respeto a este derecho fundamental que una entidad estatal adopte una decisión y después, ante un reclamo judicial, busque ‘completar’ las razones que llevaron a la misma. No puede la Sala avalar tal conducta y, en ese sentido, excluirá del análisis cualquier motivación no expresada en el acto administrativo de cierre del hogar comunitario”.

En el análisis de fondo, la Sala encontró diversas violaciones a los derechos de la peticionaria. Indicó que, en efecto, tras conocer el estatus serológico de la accionante, el ICBF inició sucesivas visitas de supervisión que llevaron al posterior cierre del hogar comunitario, a pesar de que en los informes redactados en cada visita no se estableció un término perentorio para cumplir las recomendaciones, y a que las deficiencias venían superándose paulatinamente. La Sala concluyó también que ninguna de esas fallas afectaba seriamente el funcionamiento del hogar, y censuró la divulgación que funcionarios del Instituto efectuaron sobre la condición seropositiva de la peticionaria sin su autorización.

La Corte reiteró que frente a medidas que afectan a las personas que viven con el VIH, es aplicable un test de igualdad intenso, debido a su condición de sujetos de especial protección constitucional. La presunción tendría por efecto la inversión de la carga de la prueba para satisfacer importantes propósitos en la lucha contra la discriminación.[8]

Aclaró también este Tribunal que el establecimiento de tal presunción se justifica “en primer lugar, por la dificultad probatoria de todo acto discriminatorio debido a que estos, por regla general, no se hacen de forma manifiesta sino que buscan ser escondidos, precisamente porque se sabe que son contrarios a la Constitución. En segundo lugar, por la especial protección de la que son acreedores aquellos sujetos que hacen parte de grupos tradicionalmente discriminados y que, como tales, se encuentran en una situación de

debilidad respeto de quien los discrimina. (...) Finalmente (...) es una forma de cumplir con el mandato constitucional consistente en promover 'las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva' y 'adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados' (artículo 13)".

c. Decisiones adoptadas en el contexto de actos de discriminación cometidos contra internos en centros penitenciarios, que viven con el VIH.

17. En diversos pronunciamientos la Corporación ha evaluado la violación a la prohibición de discriminación y a la igualdad de personas privadas de la libertad que padecen de VIH-Sida.

En estos casos, una premisa esencial de análisis es relación de especial sujeción en que se encuentran las personas condenadas a pena privativa de la libertad en centros carcelarios. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta relación se caracteriza por la restricción o limitación sobre algunos derechos de los internos, de una parte, y por las obligaciones que adquiere el Estado para la protección de los derechos no restringidos (T-792 A de 2012).

La situación de especial sujeción hace que las directivas de los centros penitenciarios tengan una obligación calificada de respeto por el derecho a la igualdad de las personas internas y justifica un examen particularmente cuidadoso por parte del juez constitucional sobre toda medida que involucre una afectación de los derechos de las personas privadas de la libertad y portadoras del VIH o que padecen de Sida.

18. En la reciente sentencia T-035 de 2013 la Corporación estudió una eventual violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación y consecuente violación a los derechos a la salud, la dignidad y la igualdad de una persona diagnosticada como portadora del VIH y con un cuadro de tuberculosis multirresistente, razón por la cual solicitó el beneficio de prisión domiciliaria, añadiendo que así lo requería el concepto de su médico tratante, que prescribió hospitalización inicial y posterior supervisión en casa para evitar la contaminación de la población penitenciaria.

El juzgado de ejecución de penas decidió conceder la sustitución de ejecución de la pena por prisión domiciliaria en centro hospitalario, pero en auto posterior ordenó suspender

temporalmente el beneficio hasta la presentación de un concepto de medicina legal. El operador judicial consideró que la revisión médica era necesaria para dar cuenta de la evolución de la patología en el tiempo, y argumentó que el hecho de que el peticionario haya estudiado para redención de pena resultaba incompatible con el estado de una persona en grave estado de salud.

La Corporación efectuó una amplia reiteración de jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la salud de las personas con VIH, y se refirió a las normas que regulan los beneficios de excarcelación por motivos de salud. En ese marco, consideró que el juzgado de ejecución de penas incurrió en un defecto sustantivo por errónea interpretación del artículo 68 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y violación directa de la Constitución, al no brindar la protección exigida por el orden superior a las personas que viven con el VIH[9].

19. La sentencia T-577 de 2005 es un pronunciamiento hito en relación con el respeto por la prohibición de discriminación en establecimientos carcelarios. En esa oportunidad, este Tribunal revisó un caso en el que las directivas de la cárcel Modelo de Bogotá no permitían a los internos del pabellón Nuevo Milenio, personas portadoras del VIH, desplazarse a otros lugares de la penitenciaría, en donde los demás reclusos podían asistir a talleres y capacitaciones para redención de pena.

En su intervención, el Director de la cárcel destacó la obligación institucional de salvaguardar la vida e integridad física de los internos y del personal administrativo, evitando la exposición a riesgos de contraer enfermedades infectocontagiosas a los funcionarios y a los internos, lo que, en su concepto, hacía necesario mantener a los portadores de VIH en un patio especial, ubicado cerca a la sección de sanidad con el propósito de asegurarles una dieta especial, y para ejercer ‘control riguroso’ sobre ellos. Indicó que la limitación de acceso de los reclusos a esas actividades se hallaba compensada por un fortalecimiento en el apoyo psicológico y de trabajo social en el pabellón Nuevo Milenio.

En la contestación de la demanda afirmó, sobre la necesidad de proteger la salubridad del lugar, que “por ser una población que poco se protege en sus relaciones sexuales y la mayoría de ellos homosexuales [podría producir] la propagación del contagio de este virus al resto de la población, motivo por el cual existe rechazo y discriminación por parte de sus

compañeros de reclusión. Según lo previsto por la Ley, prevalece el Bienestar General sobre el particular”.

Tras reiterar los elementos del test de igualdad previamente descrito, la Corporación sostuvo que “la salubridad pública no puede ser empleada como fuente legítima de medidas y actuaciones administrativas, cuando tiene como fundamento exclusivo prejuicios y concepciones de verdad que se dirigen contra una persona o grupo que ha sido estigmatizado como ‘peligroso’ para el resto de la sociedad. Además, se ha hecho énfasis en el importante papel de la jurisprudencia constitucional respecto a la protección de las minorías objeto de estigmatización”.

La Sala de Revisión citada estimó que en el caso de estudio el criterio sobre el cual se estableció un trato diverso entre los internos resultaba sospechoso pues consistía precisamente en ser portador del VIH; indicó que el propósito perseguido, proteger la salubridad pública era demasiado vago, mientras que la afectación a los derechos de los internos, relegados a un confinamiento dentro de un pabellón del centro penitenciario, era especialmente intensa, aunque no resultaba necesaria pues, presumiblemente, las directivas del establecimiento podrían implementar otro tipo de medidas de protección a la salubridad sin sacrificar los derechos fundamentales de los internos seropositivos.

En conclusión, la medida cuestionada, además de violar evidentemente el derecho a la libertad de circulación de los internos, desconoció también su dignidad, y desnaturalizó el fin resocializador de la pena y el derecho a la igualdad, no solo por la prohibición de desplazarse de su patio, sino también por impedirles acceder a mecanismos de redención de la pena[10]

20. Conclusiones.

De la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad se desprenden un conjunto de parámetros relevantes para la solución del caso concreto, que pueden sintetizarse así:

20.1. Siguiendo lo expresado por la Sala Sexta de Revisión, en sentencia T-248 de 2012 (caso de la prohibición de donar sangre a los hombres homosexuales), la Sala toma como punto de partida la siguiente premisa: “el derecho a la igualdad y no discriminación hace parte de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la

persona, por eso permea todo el ordenamiento constitucional". Este será el presupuesto esencial de análisis del caso concreto.

20.2. Las personas que viven con VIH son sujetos de especial protección constitucional. En consecuencia tienen derecho a recibir un trato especial, de carácter favorable por parte de todas las autoridades públicas, y un comportamiento solidario por parte de los demás miembros de la sociedad. Por el contrario, cualquier distinción que no se asocie al desarrollo de acciones afirmativas o medidas destinadas a atender adecuadamente su condición, y se base en el diagnóstico seropositivo de una persona, se considera sospechosa y es susceptible de un examen estricto en el marco del test integrado de igualdad desarrollado por la Corte Constitucional.

20.3. Cuando una persona portadora del VIH alega la violación de la prohibición de discriminación porque considera que ha sido objeto de una distinción de trato basada en su diagnóstico serológico opera una presunción a su favor, que invierte la carga de la prueba y obliga a la autoridad o excepcionalmente al particular demandado a desvirtuar la discriminación, acreditando que la distinción obedeció a razones objetivas sin connotaciones contrarias a la vigencia del principio de igualdad. Esta presunción fue aplicada, por ejemplo, en el caso del cierre del hogar comunitario por un supuesto incumplimiento de los lineamientos técnicos de funcionamiento del lugar. (T-628 de 2012)

La aplicación de la presunción de discriminación y la incongruencia entre la motivación de la resolución evaluada en sede constitucional y el resultado del análisis probatorio realizado por la Sala Octava permitió a la Corte rechazar la justificación dada por el ICBF para la clausura del hogar comunitario y la terminación del vínculo con la accionante. El conjunto de las pruebas demostraba que más allá de recomendaciones menores dadas a las encargadas del hogar, no existía ninguna prueba de la causal alegada como fundamento de la terminación del hogar y el vínculo entre el ICBF y la madre comunitaria, de manera que no se logró desvirtuar la presunción mencionada.

En ese caso también determinó la Corporación que resulta violatorio del debido proceso que la institución accionada pretendiera 'completar' la justificación de su decisión al momento de responder la acción de tutela, con argumentos distintos o adicionales a los expuestos en

la resolución cuestionada.

20.4. En el caso de los internos con VIH de la cárcel modelo que fueron confinados a un pabellón específico, y excluidos del acceso a talleres y otras actividades para la redención de la pena, alegando la necesidad de preservar la salubridad pública de la penitenciaría (T-577 de 2005), la Corte Constitucional determinó que un fin de tal vaguedad no podía válidamente perseguirse mediante una restricción particularmente intensa a los derechos de personas en condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta por motivos de salud, y absolutamente innecesaria porque un establecimiento penitenciario debe implementar políticas apropiadas para preservar la salubridad que no se basen en prejuicios superados con base en el conocimiento que la ciencia médica ha alcanzado sobre la enfermedad.

20.5. Finalmente, la jurisprudencia constitucional es consistente en señalar que las personas privadas de la libertad portadoras del VIH deben recibir atención médica continua y de calidad, y que el Estado está en la obligación de asegurar el acceso a los medicamentos antirretrovirales y de cualquier otra índole que requieran para mantener el máximo nivel posible de salud, como consecuencia de la relación de especial sujeción en que se encuentra el interno frente al Estado. La negación de estos servicios no solo afecta el derecho a la salud y amenaza el derecho a la vida, sino que comporta también un trato discriminatorio contra la población afectada por el VIH, debido a que su condición de especial vulnerabilidad y la naturaleza del tratamiento hacen que cualquier falla en el suministro de los medicamentos y de una dieta adecuada a su condición se constituya en una amenaza inmediata para su salud, afectándolos de manera más intensa que al resto de la población.

21. Además de las subreglas citadas, la Corte también ha enfatizado en diversos elementos fácticos de evaluación de casos en los que se discuta la violación de la prohibición de discriminación en relación con personas portadoras del VIH o que padecen de Sida. Estas consideraciones son relevantes porque demuestran que muchos actos discriminatorios parten del estigma y otros prejuicios que soportan las personas con VIH, los cuales se derivan a su vez de la ignorancia y otros factores tradicionales de rechazo hacia grupos que soportan patrones históricos de exclusión y censura social no justificados.

21.1. En ese sentido, la Corte ha recordado que el virus del VIH no es 'selectivo' como se

pensó durante buena parte de la década de los 80 del siglo pasado. En términos específicos, no es cierto que se trate de un virus de hombres de orientación homosexual, pues afecta a hombres y mujeres sin importar su orientación sexual, así como a niños y niñas. Su modo de transmisión se produce principalmente por relaciones sexuales sin protección, transfusiones de sangre contaminada y uso compartido de jeringas, lo que desvirtuó la adecuación y necesidad de la medida, en los casos de los internos confinados al pabellón Nuevo Milenio en la cárcel Modelo de Bogotá (T-577 de 2008) y de la prohibición de donación de sangre a hombres homosexuales (T-248 de 2012).

21.2. Aparte del rechazo a las personas con VIH derivada de la errónea asociación de la enfermedad al homosexualismo masculino (y no a los distintos factores objetivos de riesgo), el temor a la enfermedad se debe en buena medida a su asociación con la muerte. Sobre este punto es importante indicar que el VIH no es una enfermedad, aunque puede desencadenar en una especialmente grave denominada Sida, cuya característica es atacar o incluso anular el sistema inmunológico, haciendo vulnerable a la persona a más de 20 enfermedades oportunistas y cánceres que suelen ser la causa de muerte de la persona que desarrolla el Sida.

Sin embargo, desde el año 1996 se viene implementando el tratamiento con medicamentos antirretrovirales, los cuales han modificado dramáticamente la intensidad en la afectación a la salud de las personas portadoras del VIH, disminuyendo las tasas de mortalidad y postergando la aparición del Sida y sus estadios avanzados.

En otros términos, el acceso a un tratamiento adecuado a tiempo permite a las personas portadoras del VIH vivir en condiciones de salud acordes con la dignidad humana durante muchos años y evitar el desarrollo ulterior de la enfermedad. Desafortunadamente los temores y prejuicios que la sociedad mantiene en relación con el sida, llevan a que las personas posterguen o eviten la práctica de la prueba diagnóstica, lo que frustran el acceso al tratamiento y la adopción oportuna de medidas de prevención para evitar la propagación de la epidemia. Una sociedad que acepte, apoye y despliegue su solidaridad hacia las personas que conviven con el VIH, aceptando la vulnerabilidad de todos ante esta amenaza y dejando de lado los prejuicios citados, propiciaría la práctica de pruebas tempranas y fomentaría la eficacia de los tratamientos que día a día se perfeccionan.

A continuación aborda la Sala el estudio del caso concreto.

Análisis de procedibilidad formal. (Inmediatez y subsidiariedad)

22. En el presente asunto no existe discusión alguna sobre el cumplimiento del requisito de inmediatez. El acto que el peticionario considera violatorio de sus derechos humanos es la decisión de traslado de la cárcel El Bosque de Barranquilla a la penitenciaría La Vega de Sincelejo, decisión adoptada mediante resolución de 26 de julio de 2012. La tutela fue presentada aproximadamente un mes y medio después, término razonable para perseguir la protección urgente de sus derechos.

23. En relación con la subsidiariedad, tanto el Decreto 2591 de 1991 como la jurisprudencia de esta Corporación han establecido que la tutela es un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales que procede cuando no existen medios ordinarios de defensa; cuando estos existen pero no son adecuados o eficaces para la protección del derecho en las circunstancias del caso concreto, evento en el que la acción procede con el fin de otorgar un remedio definitivo a la amenaza o vulneración; o cuando se interpone para evitar un perjuicio irremediable, hipótesis en la que el amparo se concede con efectos transitorios, manteniendo el peticionario la carga de acudir al juez natural del proceso para la resolución definitiva de la controversia.

En el caso concreto, la Sala enfrenta un supuesto de ineficacia del mecanismo ordinario de protección. En efecto, el actor cuestiona la validez constitucional de un acto administrativo, pero el mecanismo que el orden jurídico prevé para esa discusión ante la jurisdicción contencioso administrativa, no permitiría la protección de sus derechos de manera urgente, tomando en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional por ser portador del VIH.

Esta conclusión ha sido sostenida por diversas salas de selección, entre otros casos, en la sentencia en que se analizó el cierre del hogar comunitario a cargo de una mujer portadora del VIH (T-248 de 2012). La Sala no encuentra motivo alguno para apartarse de ese precedente, sino por el contrario, estima pertinente reiterarlo, por lo que abordará el fondo del asunto, sin necesidad de consideraciones ulteriores sobre la satisfacción del requisito analizado.

Análisis de fondo.

24. En su escrito de tutela, el actor indica que persigue la protección de un amplio número de derechos fundamentales, entre los que destaca la salud, la integridad personal, la igualdad y la prohibición de discriminación, y la cercanía familiar. La Sala considera que, en atención a las características del caso concreto y la pretensión material de amparo, que consiste en dejar sin efectos el traslado de Barranquilla a Sincelejo, el problema central del caso constituye en determinar si el Director del centro penitenciario El Bosque violó el principio de no discriminación al ordenar su traslado, pues las demás amenazas serían consecuencia de esa decisión.

25. En concepto de la Sala la violación al principio de no discriminación por parte del Director de la cárcel El Bosque de Barranquilla es evidente, por las siguientes razones: al afectar directamente a una persona con VIH, la decisión de traslado no solicitado por el actor es sospechosa desde el punto de vista constitucional, y debe ser objeto de un análisis estricto de razonabilidad.

26. El fin perseguido por esa decisión, según consta en la parte motiva de la resolución cuestionada es el de propiciar la cercanía familiar. Sin embargo, al responder la acción de tutela, el Director de la cárcel El Bosque indicó que lo expuesto en el acto administrativo obedece a un error, ya que el motivo real del ejercicio de la facultad de traslado excepcional fue el interés de proteger la seguridad de los demás internos y funcionarios del lugar, pues “al parecer” el peticionario y otro interno con VIH amenazaban a toda la población carcelaria con inyectarles su sangre y así contagiarlos con el virus.

27. La Corte ya ha establecido, en el caso del cierre del hogar comunitario por parte del ICBF (T-248 de 2012), que la posibilidad de ‘completar’ la motivación de una decisión administrativa cuestionada por la vía constitucional al momento de responder la acción de tutela es inadmisibles desde el punto de vista constitucional. Esta Sala comparte plenamente esa apreciación; sin embargo, tomará en cuenta esa respuesta como un hecho indicador de la violación a la prohibición de discriminación y al derecho a la igualdad del actor.

En consecuencia, la Sala analizará en primer término la razonabilidad de la medida, a partir de lo consignado en la resolución 0982 de 26 de julio de 2012, del Director de la cárcel El Bosque. Y, posteriormente, efectuará algunas consideraciones sobre la posición planteada

por el mismo funcionario en sede de tutela, con el objeto de prever futuras conductas discriminatorias hacia la población interna y portadora del VIH.

El propósito que se plasma en la parte motiva de la resolución 0982 de 2012, consistente en propiciar la cercanía entre el actor y su núcleo familiar es legítimo desde el punto de vista constitucional, e incluso podría considerarse imperioso, pues las personas que portan el VIH o padecen el Sida requieren el apoyo de su familia para mantener un bienestar emocional acorde con la concepción amplia del derecho a la salud que ha defendido esta Corporación, en armonía con la Observación General No. 14 del Comité DESC de la ONU. En el caso concreto se constata que existe una prescripción médica que conceptúa a favor de la cercanía entre el peticionario y su grupo familiar.

Sin embargo, la medida no era idónea pues la familia del actor no reside en Sincelejo sino en Barranquilla. En ese orden de ideas, la decisión no solo carece de adecuación para alcanzar el propósito formalmente expuesto en la resolución de traslado, sino que por el contrario frustra su consecución de manera absoluta. Por lo tanto, debe concluirse que la medida no solo es incapaz de superar un examen mínimo de razonabilidad y proporcionalidad sino que es abiertamente irracional, caprichosa y arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional.

En ese marco, si bien la seguridad de la población carcelaria y principalmente la importancia de evitar que una persona les inyecte sangre con el virus del VIH podría considerarse un fin legítimo e incluso imperioso, y el traslado de la cárcel de Barranquilla a Sincelejo parece adecuado para conseguirlo, no considera la Sala que se trate de una medida necesaria, pues las directivas de la institución deben estar en capacidad de controlar el acceso de jeringas y otros elementos de riesgo, especialmente en caso de tener identificada una amenaza de tales características; poseen, además, la obligación de controlar los actos de violencia entre las personas privadas de la libertad, y el deber de otorgar una atención psicológica y social adecuada, suponiendo que una persona desplegara una amenaza de esa entidad. De igual forma, la medida es evidentemente desproporcionada pues la afectación de los derechos del actor, una persona de especial protección constitucional es particularmente intensa, mientras que no se encuentra fácticamente demostrada la supuesta amenaza a la seguridad pública de la penitenciaría, en tanto el Director de El Bosque se limita a señalar que “al parecer” dos internos con VIH

pretenden atacar a toda la población carcelaria.

Y es en este punto donde se demuestra con toda claridad la existencia de una conducta discriminatoria dirigida en contra del peticionario por parte del Director de la cárcel El Bosque, pues la Sala encuentra que sin sustento fáctico alguno, este funcionario atribuye a Rubén una conducta particularmente censurable, aspecto en el que este caso difiere de otros en los que se ha aplicado una presunción de discriminación, lo que indica el uso de una regla de apreciación de las pruebas destinada a llenar los vacíos probatorios derivados de la dificultad de demostrar un acto de discriminación.

29. En el caso concreto, en cambio, ninguna credibilidad merece a la Sala lo expresado por el Director de la penitenciaría El Bosque de Barranquilla. Primero, porque el funcionario no dice que existan amenazas sino que “al parecer” el peticionario amenazaba a toda la población carcelaria y los funcionarios del lugar con inyectarles de su sangre. Resulta incomprensible que con un fundamento tan vago se considere que existe un peligro actual que amerite el traslado del actor a otro centro penitenciario. Segundo, porque no existe ninguna prueba que respalde su dicho. No existen informes de seguridad de la penitenciaría sobre tan grave amenaza, ni se presentan dictámenes psicológicos o psiquiátricos que asocien al peticionario a semejante conducta. Tampoco en la cárcel de Sincelejo, de la cual quería trasladarse el peticionario a Barranquilla consta que haya acudido a una amenaza como esta, a pesar de que se refiere la existencia de problemas de convivencia entre los internos con VIH y los internos seronegativos. No es consistente con el propósito del actor de ser internado en Barranquilla que, al llegar a este lugar, amenace a la población carcelaria, arriesgando su permanencia en el lugar de residencia de su familia.

Pero, más allá de todo lo expuesto, la Sala constata que la resolución 0928 se profirió el mismo día en que se produjo el traslado de Rubén desde Sincelejo hacia Barranquilla. No queda claro en qué momento Rubén pudo haber amenazado a tantas personas, ni por qué las directivas de la penitenciaría El Bosque debían tomar como ciertas esas amenazas, si se repara en las condiciones de seguridad que rodean el traslado de un interno en las que, presumiblemente, no se permitirá a la persona portar jeringas o cualquier otro mecanismo cortopunzante.

30. Esas reflexiones permiten concluir que lo que realmente demuestra la respuesta del

Director de la cárcel El Bosque al juez de tutela es, precisamente, el temor, el prejuicio y la falta de conocimiento sobre la condición del virus, factores que en su conjunto marcan con un estigma a las personas que viven con el VIH: el temor basado en la asociación de la enfermedad a la muerte que se refleja en el contenido de la amenaza que, sin fundamento alguno, atribuyó el Director de la penitenciaría El Bosque a Rubén; la falta de conocimiento sobre la enfermedad, que le hace prever su contagio incontrolable; y el prejuicio que lo lleva a rechazar al actor, remitiéndolo el mismo día de su llegada al lugar del que proviene.

31. En virtud de lo expuesto, la Sala revocará la decisión de instancia y concederá el amparo invocado por el actor. En consecuencia, dejará sin efectos la resolución 0982 de 2012 y ordenará al Director de la Penitenciaría La Vega de Sincelejo que disponga lo necesario para el traslado de Rubén a Barranquilla en un término de 8 días contados desde la notificación de esta providencia.

32. Ahora bien, como los internos en los centros penitenciarios son uno de los grupos más vulnerables frente al VIH y el Sida, la Sala considera de extrema gravedad para el goce efectivo de sus derechos, que las decisiones de las directivas de estos establecimientos adopten sus decisiones con base en temor, miedo y prejuicios. Por lo tanto, remitirá copia de esta actuación a la Dirección General del Inpec para que, en el marco de sus funciones, implemente medidas de capacitación a sus funcionarios destinadas a la toma de conciencia y sensibilización sobre los derechos de la población carcelaria portadora del VIH; y a la Procuraduría General de la Nación para que determine si el Director de la cárcel El Bosque de Barranquilla incurrió en una conducta susceptible de ser sancionada disciplinariamente, como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales de Rubén.

Finalmente, tomando en consideración las condiciones de salud del actor, el hecho de que se encuentra condenado a una pena de tres años por un delito de hurto simple, y que ya ha purgado parte de la pena, la Sala solicitará al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Valledupar que, en el marco de sus funciones, evalúe si es procedente la concesión de un beneficio de prisión domiciliaria a favor de Rubén[11].

La Sala solicitará a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, que en el marco de sus funciones provea a Rubén el acompañamiento necesario en los trámites judiciales y en todo lo requerido para el traslado efectivo del actor desde Sincelejo hasta la cárcel El Bosque de

Barranquilla; y para que coadyuve cualquier solicitud del actor para efectos de redención de pena, en caso de que ello sea necesario.

También se dictará una orden de prevención al Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario El Bosque, de Barranquilla, para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en conductas discriminatorias, como la que se comprobó en este trámite.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012) proferido por el Juzgado Segundo (2º) Penal de Sincelejo y, en su lugar, conceder el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad, la salud, la vida digna y la cercanía familiar de Rubén.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS el numeral 1º de la Resolución 0982 de 2012, proferida por el Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Barranquilla (El Bosque), “por la cual se ordena el traslado de unos internos por causas excepcionales” al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sincelejo (La Vega).

Tercero.- REMITIR copia de esta actuación a la Dirección General del Inpec para que, en el marco de sus funciones, implemente medidas de capacitación a sus funcionarios, destinadas a la toma de conciencia y sensibilización sobre los derechos de la población carcelaria portadora del VIH.

Cuarto.- REMITIR copia a la Procuraduría General de la Nación para que determine si el Director de la cárcel El Bosque de Barranquilla incurrió en una conducta susceptible de ser sancionada disciplinariamente, como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales de Rubén.

Quinto.- SOLICITAR al Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Valledupar que, en el marco de sus funciones evalúe la procedencia de un beneficio de excarcelación que favorezca a Rubén, tomando en cuenta la dosificación de su pena, el tiempo purgado y su condición de salud. Esta evaluación deberá efectuarse con observancia y aplicación directa de las normas constitucionales pertinentes.

Sexto.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, que en el marco de sus funciones provea a Rubén el acompañamiento necesario en los trámites judiciales y en todo lo requerido para el traslado efectivo del actor desde Sincelejo hasta la cárcel El Bosque de Barranquilla; y para que coadyuve cualquier solicitud del actor para efectos de redención de pena, en caso de que ello sea necesario.

Séptimo.- PREVENIR al Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario El Bosque, de Barranquilla, para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en conductas discriminatorias, como la que se comprobó en este trámite.

Octavo.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por auto de doce (12) de marzo de dos mil trece (2013), proferido por la Sala de Selección Número Tres.

[2] El nombre del peticionario ha sido remplazado por el pseudónimo 'Rubén' con el fin de proteger sus derechos a la intimidad y al habeas data.

[3] La jurisprudencia sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación es abundante. La doctrina actual de la Corte sobre la metodología para el examen de eventuales violaciones al derecho a la igualdad fue establecida principalmente en las sentencias C-093 y C-671 de 2001, en las que se definió el test integrado de razonabilidad. Esta exposición seguirá de cerca dos pronunciamientos recientes: la sentencia T-340 de 2010 en la que se la Corporación declaró la violación al principio de discriminación de una persona con discapacidad, deportista lanzador de jabalina, que cuestionaba la inexistencia de estímulos para los participantes en los juegos paralímpicos, similares a los que otorgaba el Departamento de Valledupar a los competidores de los juegos deportivos nacionales, así como la sentencia T-248 de 2012 en la que la Corporación declaró que la prohibición para donar sangre impuesta a los hombres de orientación homosexual resultaba violatoria de la Constitución y, concretamente, del principio de no discriminación. Una vez expuestas las reglas y parámetros generales sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, se hará referencia a pronunciamientos relevantes en los que este Tribunal ha constatado violaciones concretas al derecho a la igualdad por imposición de actos o medidas discriminatorias en contra de personas portadoras del VIH, o enfermas de Sida.

[4] La protección a la estabilidad laboral de las personas portadoras del VIH ha sido ampliamente reiterada por la Corte Constitucional. Ver, entre otras, las recientes sentencias T-025 de 2011, T-554 de 2010 y T-898 de 2010.

[5] Ver, entre otros, las sentencias T-323 de 2011, T-557 de 2010, T-1046 de 2003 y T-700 de 2011 y T-792 A de 2012, en la que se efectúan una amplia reiteración sobre el alcance del derecho a la salud de las personas portadoras del VIH, internas en centros penitenciarios.

[6] El Programa Conjunto de las Naciones Unidas dedicado al VIH/SIDA (ONUSIDA) está encargado de coordinar los esfuerzos de algunos organismos de las Naciones Unidas con el único fin de combatir la epidemia del VIH/SIDA. Para ello combina los conocimientos,

recursos y alcance de los siguientes organismos: UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia, la Educación y la Cultura), UNFPA (Fondo de Población de las Naciones Unidas), OMS (Organización Mundial de la Salud), Banco Mundial, PNUFID (Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas). Estos organismos son conocidos como copatrocinadores del ONUSIDA y aumentan su campo de acción a través de alianzas estratégicas con otros organismos de las Naciones Unidas.

[7] Sobre la situación general del estigma y la discriminación relacionados con el VIH/SIDA, ver la página de la ONUSIDA <http://www.unaids.org/humanrights/index.html>.

[8] “esta Corte ha construido una presunción de discriminación que invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido [la discriminación por motivos de VIH]. Por regla general, en los procesos judiciales es el demandante el que debe probar lo que sustenta su pretensión, que en este caso sería la discriminación. Sin embargo, en este evento la carga de la prueba se invierte y, en consecuencia, el demandado debe probar que no ha existido discriminación, demostrando una razón objetiva para su conducta. En virtud de la presunción, si se prueba alguna razón objetiva la discriminación será descartada pero si ésta no se logra probar, la conducta se tendrá por discriminatoria. Para activar la presunción explicada, lo que debe demostrar el demandante, por cualquier medio probatorio, es que el demandado conocía que padecía de Sida o era portador del VIH, condición que se entiende cumplida también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega”.

[9] En la sentencia T-792 A de 2012, la Corporación analizó un caso en el que se decidió trasladar a un interno del pabellón Nuevo Milenio de la cárcel Modelo de Bogotá, al pabellón 4 de la cárcel la Picota, lo que generó un deterioro en su salud por ausencia de medicamentos, procedimientos y una dieta adecuada para tratar su condición.

La Corporación recordó entonces el deber del Estado de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud a las personas privadas de la libertad en los centros carcelarios, destacando que los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad, entre otros, no se encuentran sujetos a ningún tipo de restricción por la imposición de una condena penal, tal

como lo se indicó en las sentencias T-254 de 2005 y T-185 de 2009.

Además, explicó la Corporación que “el Estado no puede permitir que la protección del derecho a la salud sea entorpecido por situaciones de tipo administrativo”, recalando que las razones de índole administrativo y financiero no pueden erigirse en barreras para la prestación del servicio de salud a las personas internas en centros penitenciarios, y concluyó que “cuando se trata de internos portadores del VIH, el Estado posee la obligación de garantizar una mayor protección a sus derechos fundamentales por cuanto, en primer lugar, se despliega una relación de sujeción especial que, además de exigir derechos y obligaciones entre las partes, limita a los internos a acceder únicamente a los servicios médicos que le proporciona el establecimiento penitenciario (...) y, e segundo lugar, el VIH es considerado como una enfermedad degenerativa que torna a la persona en un sujeto de especial protección constitucional al cual se debe garantizar su derecho a la salud de forma continua y oportuna y sin ningún obstáculo de índole administrativo o financiero”.

En el caso estudiado, sin embargo, la Sala Octava no constató que se hubiera presentado una violación al derecho a la salud del interno, ni que en el pabellón 4 de la cárcel La Picota no se le brindara un tratamiento adecuado, razones por las cuales descartó la existencia de una conducta discriminatoria en contra del peticionario, razón por la cual negó el amparo invocado, aunque previno a las directivas de la institución accionada sobre su obligación de preservar la continuidad e integralidad del tratamiento del actor.

[10] Así lo expresó la Sala citada: “17.- Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra la Corte que la medida restrictiva de la libertad de circulación por el penal del demandante y de los demás internos del patio Nuevo Milenio no resulta necesaria para garantizar el valor constitucional que se pretende hacer prevalecer, pues existe una presunción de que las directivas de la cárcel se encuentran en capacidad de implementar otro tipo de medidas que garanticen la salubridad y el orden en su interior y que impliquen menor sacrificio de los derechos fundamentales de los internos que conviven con el VIH/SIDA. Más aun, es relevante hacer notar que la medida obedece a prejuicios y al estigma del que son objeto quienes conviven con este virus y, con base en ello, no es válido que las directivas de la cárcel vulneren sus derechos fundamentales. Muestra de ello son las afirmaciones del Director del penal, quien en la contestación de la acción de tutela llega a afirmar que estos reclusos representan un peligro para los demás internos de la cárcel por cuanto la mayoría

de ellos son “homosexuales” y no acostumbran “protegerse en sus relaciones sexuales”, lo cual implicaría la propagación del virus dentro de la población carcelaria. Lo que estas afirmaciones implican, en últimas, es el reconocimiento por parte de las directivas de la penitenciaría de la falta de garantías para los internos y la ausencia de recursos y de personal para ofrecer respuestas inmediatas tendentes a garantizar el orden dentro del penal, sin que sea necesario implementar actuaciones vulneratorias de derechos fundamentales que, aun cuando de manera limitada y restringida, conservan quienes se encuentran privados de su libertad por la imposición de una medida punitiva.

18.- Por último, es evidente que las disposiciones tomadas por las directivas de la Cárcel Modelo de Bogotá son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello. El confinamiento casi absoluto de las personas portadoras del VIH implementado por las directivas del centro carcelario demandado para prevenir la propagación de esta enfermedad, vulnera los derechos del señor Guzmán Donoso a la igualdad y a la dignidad humana –entre otros-. Además, desdibuja el fin resocializador de la pena privativa de la libertad y lo pone en condición de desigualdad frente a los demás internos del penal, por cuanto, aquellos, a quienes se les permite trasladarse y desempeñar las diferentes actividades para redimir su pena, podrán obtener su libertad antes que éste último, de haber sido condenados a una pena privativa de la libertad de igual duración que la impuesta al actor.”

[11] A folio 5 del cuaderno de tutela, en la resolución 0259 de 2012, del Director de la cárcel La Vega de Sincelejo, se encuentra la siguiente anotación: “Rubén, condenado a pena de 3 años de prisión por el delito de hurto por el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Bello (Cesar), a órdenes del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Valledupar. Captura 16/01/2012, ingreso 18/01/2012.