

Sentencia T-376/19

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y TEMERIDAD-Diferencias

En el contexto en el que una demanda es interpuesta en más de una oportunidad ante autoridades judiciales distintas, ya sea de forma simultánea o sucesiva, pueden surgir dos posibles consecuencias jurídicas: Primero, que opere únicamente la cosa juzgada; y segundo, que al mismo tiempo que se configura la cosa juzgada, se trate de una acción temeraria o de mala fe. Respecto de la primera, la finalidad de enfundar las providencias judiciales en la denominada cosa juzgada, es garantizar que la resolución dada por un juez a una controversia sea concluyente y definitiva. Si por el contrario, las sentencias fuesen ilimitadamente cuestionables, realmente no habría respuesta al debate planteado y el conflicto seguiría activo, de modo que esta institución es entonces una manifestación del Estado de Derecho, en el que los ciudadanos disfrutan de los beneficios de tener la certeza, tanto de las normas que encausan la vida en sociedad, como de las decisiones judiciales que concretan el punto final del litigio en el que están envueltos.

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD LGBTI-Reglas constitucionales para la prueba de actos discriminatorios

DERECHO A LA IGUALDAD-Prohibición de discriminación

PROHIBICION DE DISCRIMINACION-Principio ius cogens en el derecho internacional

DISCRIMINACION-Rasgos fundamentales del fenómeno se establecen en función del contexto y del escenario específico en el que se produce, y en particular, del tipo de relaciones que subyacen al mismo

ENFOQUE DE INTERSECCIONALIDAD PARA ESTABLECER EL IMPACTO DE LA DISCRIMINACION

ACTO DISCRIMINATORIO-Concepto

POBLACION LGBTI-Protección constitucional

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Protección constitucional

DERECHO A LA SALUD Y ESPECIAL PROTECCION DE PERSONAS PORTADORAS DEL VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

PRESUNCION DE DISCRIMINACION-Se invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido

La carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales

DERECHO AL HABEAS DATA EN TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES-Principios y garantías constitucionales

RESERVA DE HISTORIA CLINICA-Portador de VIH

Referencia: expediente T-7.248.855

Acción de tutela interpuesta por Gabriel contra la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, Dispensario Médico de Bucaramanga y otros.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos Relevantes[1]

1.1. Gabriel[2] nació en febrero de 1972[3], actualmente es paciente que vive con VIH estadio B1[4] y es beneficiario del servicio de salud gestionado por la Dirección de Sanidad Militar de Bucaramanga.[5]

1.2. Gabriel manifestó que el tratamiento de su enfermedad exige su presencia constante en el Hospital Regional Militar de Bucaramanga y “pude evidenciar que la forma en la que me hablan y me tratan los especialistas y funcionarios del hospital no es normal, me tratan con desigualdad, me discriminan, por padecer esta enfermedad y porque soy homosexual”. [6] Además, afirmó que es tratado “con burla e irrespeto”.

1.3. En el mismo sentido, indicó que especialistas y funcionarios del hospital “divulgan de mi enfermedad y mi sexualidad, tanto verbalmente como en los historiales clínicos”. [7]

1.4. Respecto a la programación de citas médicas en dicho hospital, el accionante sostuvo que cuando las ha solicitado verbalmente “me las niegan argumentando los funcionarios que yo no tengo derecho a nada”. Del mismo modo, “cuando voy a reclamar los medicamentos me los demoran, poniendo esta situación en riesgo mi vida”. [8]

1.5. Gabriel sostuvo que los comportamientos discriminatorios son persistentes debido a la formación militar de los funcionarios de ese centro médico, y en particular, quienes tienen a su cargo dar trámite a sus solicitudes, “son machistas y no aceptan mi condición médica”. [9] Señaló los nombres, así como los cargos o funciones de los trabajadores a quienes atribuye tales conductas prejuiciosas:

Nombre

Cargo/Función

Laura Iregui Jones

Jefe de la Oficina de referencia y contrareferencia.

Soldados Bayona y Paternina

Soldados encargados de la asignación de citas.

Zaira Mendoza

Funcionaria de la Oficina Jurídica

1.6. Relató que el entorno en el Hospital Regional Militar de Bucaramanga lo “tiene muy preocupado y con desespero, no entiendo porque me discriminan y me tratan con desigualdad”, [10] y que con anterioridad a los hechos que describió en el escrito de tutela, ya había sido “maltratado, humillado y discriminado” por los funcionarios, incluidos los médicos tratantes de su enfermedad, situación que motivó la presentación de unas peticiones, “para que los directores o funcionarios encargados, tuvieran conocimiento de los hechos que a diario ocurrían en el hospital”. Al respecto, manifestó que le contestaron que “iban a realizar charlas para hablar acerca de la humanización en los diferentes servicios del Dispensario médico de Bucaramanga, para mejorar las relaciones interpersonales entre los usuarios y los funcionarios”.

1.7. Afirmó que su estado de salud empeora cuando debe hacer filas y madrugar a solicitar autorizaciones, exponiéndose al contagio de las enfermedades que padecen quienes se encuentran realizando el mismo trámite, debido a que “no tengo defensas y constantemente me da gripa”. En consecuencia, manifestó que ha solicitado prioridad en la entrega de autorizaciones o en las citas médicas y la respuesta ha sido “insultos y groserías por mi condición médica”, con expresiones como “ahí viene el marica que tiene sida”.

1.8. Gabriel presentó acción de tutela en octubre 22 de 2018, contra la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, para pedir la protección de sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana. Solicitó que se ordenara a la entidad accionada que: i) Los funcionarios del Hospital Regional Militar de Bucaramanga le prodiguen un trato sin discriminación durante las citas médicas y la realización de los tratamientos de su enfermedad. ii) Le aseguren prioridad al momento de solicitar el agendamiento de citas médicas, con una atención rápida y sin burlas. iii) Le garanticen prevalencia cuando solicita los medicamentos

y que estos sean entregados de forma adecuada y rápida. iv) Cuando su historia clínica sea expedida no se divulgue su sexualidad. v) La entidad accionada dé respuesta a lo pedido de manera clara, precisa y congruente dentro de cuarenta y ocho (48) horas. [11]

2. Contestación de la entidad y funcionarios accionados

2.1. Zaira Mendoza Cáceres, Asesora Jurídica del Dispensario Médico de Bucaramanga, presentó escrito de contestación el 25 de octubre de 2018[12]. Allí señaló que no es su competencia entregar medicamentos, autorizar servicios médicos, ni asignar valoraciones médicas, por lo que no tiene ningún contacto con el accionante. Afirmó que “si bien en una oportunidad le colaboré para la asignación de un examen no significa que sea una obligación dado que no se encuentra dentro de mis funciones”. [13] Agregó que se le ha informado al actor los trámites internos que debe seguir para gestionar sus solicitudes, tal como lo hacen pacientes con un diagnóstico similar, según los horarios y protocolos dispuestos por la entidad. Finalmente, solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela y que se le desvinculara del contradictorio pues “los asesores jurídicos no realizamos ningún trámite que tenga que ver con la prestación de servicios de salud, pues nuestra función es de tipo administrativo”[14].

2.2. Eddy González González, Directora del Dispensario Médico de Bucaramanga, respondió el 25 de octubre de 2018[15]. Allí señaló que la atención a los usuarios es prestada con decoro y respeto, y que las afirmaciones del accionante carecen de fundamento dado que se encuentra activo en el sistema y ha recibido atención médica en condiciones óptimas. Según una imagen copiada en el texto, Gabriel estuvo en veintidós (22) valoraciones, realizadas entre el 7 de marzo de 2018 y 23 de octubre del mismo año, de las cuales ocho (8) corresponden a servicio de urgencias y las demás a atención ambulatoria. Las acciones registradas para todas las valoraciones fueron incapacidad y certificado médico.

Sostuvo que los servicios han sido autorizados sin inconvenientes y que en las instalaciones se encuentra un punto de atención al usuario para apoyar a los afiliados con los trámites, quienes tienen “responsabilidades que son de su competencia como la de surtir los trámites de autorización de servicios, el registro y asignación de valoraciones, reclamación de medicamentos, las cuales deben cumplir dentro de las áreas encargadas y en el horario

de atención al público”.[16] Respecto a la atención prioritaria, afirmó que se encuentra el “punto de atención destinado para personas con discapacidad, mujeres embarazadas y personas de la tercera edad, igualmente si se presenta algún usuario que tenga una condición especial esta será tratada por el grupo interdisciplinario encargado”.[17] Al respecto citó los literales a y b del artículo 21 de la Ley 352 de 1997.[18]

Finalmente, indicó que se trata de una “tutela temeraria”, puesto que el accionante ya había interpuesto una acción de tutela “por los mismo hechos, partes y objeto” y adjuntó dos folios de la sentencia de noviembre 11 de 2009 proferida por el Consejo de Estado, en la que se ordenó la prestación inmediata e ininterrumpida de la atención médica requerida por Gabriel.

2.3. Laura Iregui Jones, Jefe de la Oficina de referencia y contrareferencia, presentó escrito de contestación el 29 de octubre de 2018, en el que señaló que solamente ha visto al accionante una vez, cuando “el señor llegó exigiendo que le entregaran la orden, a lo cual yo le informé que las personas encargadas de entregar dichas órdenes ya no se encontraban laborando y que debía acercarse al siguiente día en el horario de 07:00 am a 11:00 am, para que reclamara la respectiva orden”[19], información que sostuvo fue dada con respeto.

2.4. Javier Paternina Puente, Auxiliar de Registro del Dispensario Médico de Bucaramanga, respondió al amparo el 31 de octubre de 2018 y sostuvo que como funcionario actúa con respeto y que su función es efectuar registros en la plataforma SALUD.SIS, más no asignar citas médicas, las cuales se realizan a través del Call Center, sin realizar filas. “No obstante, se presentes (sic) situaciones en las que algunos usuarios cancelan citas y estas se reasignan a otros usuarios. Tal es el caso del señor Gabriel, en donde el día 23 de octubre de 2018, se le asignó una cita de Medicina Interna por parte mía a él y a su padre”.[20] Finalmente, solicitó ser desvinculado del trámite constitucional.

2.5. Ciro Bayona Parra, Auxiliar de Registro del Dispensario Médico de Bucaramanga, contestó la acción de tutela el 31 de octubre de 2018.[21]Afirmó que actúa con respeto, que la responsabilidad de su cargo es realizar registros en la plataforma SALUD.SIS, mas no asignar citas médicas, pues para ello está dispuesto el call center.

3.1. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Tercero de Familia de Bucaramanga decidió en providencia de noviembre 2 de 2018:

Primero, negar la protección de los derechos a la salud y vida, pues consideró que está fuera de su competencia, dado que ya existe un fallo de tutela en el que se protegieron tales derechos y se ordenó aplicar el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud. En consecuencia, no es posible “retrotraer un debate judicial ya definido”, [22] sino que el ciudadano dispone del incidente de desacato para lograr el efectivo cumplimiento de las órdenes dadas en la sentencia. En ese sentido, remitió copias de la presente acción de tutela al Tribunal Administrativo de Santander, autoridad judicial que conoció en primera instancia el amparo que fue resuelto previamente a favor del actor, para que “dentro del límite de su competencia, de (sic) inicio al trámite legal con miras a hacer efectivo el derecho fundamental a la salud que allí le fuera reconocido al señor Gabriel”.

Segundo, afirmó la condición del accionante como sujeto de especial protección constitucional, tanto por la enfermedad catastrófica que padece, como por su orientación sexual, circunstancias que exigen que se le otorgue un trato especial para asegurar la efectiva materialización de sus derechos.

Tercero, consideró que debido a la teoría de la carga dinámica de la prueba a favor del sujeto de especial protección, la respuesta de la entidad accionada y de los funcionarios vinculados, en la que señalaron que no han incurrido en actos de discriminación y trato desigual, sino que han estado prestos a colaborar al afiliado, “no corresponde con su deber de desvirtuar la presunción de veracidad que aplica a la queja del accionante”, pues según la sentencia T-291 de 2016 [23] “es insuficiente para el operador jurídico la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta”. [24]

De manera que concedió la protección a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, y en consecuencia, previno a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional Seccional Santander, así como a los funcionarios vinculados “para que en adelante se abstengan de realizar conductas lesivas tendientes a vulnerar los derechos fundamentales de quienes se encuentran en debilidad manifiesta, ya sea por su condición médica u orientación sexual”

Cuarto, con respecto a la solicitud de que se omita la orientación sexual en la historia clínica, aludió a la resolución No. 1995 de 1999, según la cual este documento es privado, obligatorio, sometido a reserva y sólo puede ser conocido por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley. Además, según la misma reglamentación, allí deben registrarse los datos e informes sobre la condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medio ambiental que pueden incidir en la salud del usuario. Por consiguiente, consideró que consignar en la historia clínica información asociada con la salud del paciente no es una facultad discrecional del médico tratante, sino que es imperativo. Al final, concluyó que incluir información relativa a la orientación sexual en la historia clínica no constituye una violación a un derecho fundamental.

Quinto, el Ejército Nacional de Colombia, la Dirección de Sanidad Militar nivel central y la Dirección General de Sanidad del Ejército Nacional fueron desvinculadas de la presente acción de tutela, “en atención a que no se encontró compromiso de su parte”.

3.2. Impugnación. La Directora del Dispensario Médico de Bucaramanga presentó escrito de impugnación el 14 de noviembre de 2018. Insistió en que no han realizado conductas que violen los derechos del solicitante, puesto que se han prestado los servicios médicos sin inconvenientes, y la oficina de atención al usuario ha resuelto todos los requerimientos presentados por el accionante. Nuevamente copió la imagen de las valoraciones realizadas entre el 7 de marzo de 2019 y el 23 de octubre de 2018.

Así mismo, reiteró que todos los usuarios del sistema tienen el deber de adelantar los trámites de autorización de servicios, registro y asignación de valoraciones, reclamo de medicamentos en las áreas asignadas y dentro del horario de atención al público. “De esta manera no se logra evidenciar en el fallo las supuestas conductas lesivas que este nivel y sus colaboradores a (sic) infringido con el mencionado” quien “debe surtir los trámites de su competencia puesto (sic) su condición médica y sexual no impiden que realicen los mismos”. Agregó que el personal atiende a los usuarios de la mejor manera.

Para finalizar, solicitó instar al accionante a efectuar los trámites que le corresponden, pues no puede señalar la afectación a la dignidad humana cuando se están prestando los servicios de salud.

3.3. Sentencia de segunda instancia. La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bucaramanga, en sentencia del 11 de diciembre de 2018, revocó la providencia de primera instancia respecto a la protección de los derechos a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Primero, “no se trajo prueba alguna de una acción o una omisión que permita inferir la discriminación”. [25] No se adjuntaron las quejas previamente presentadas por el accionante ante la entidad accionada, como tampoco contra los funcionarios del Dispensario Médico de Bucaramanga. Además, “todos los funcionarios acusados afirmaron no tener acceso a la historia clínica del accionante, ni conocimiento de la misma, para predicar que no es consecuente sostener que producto del conocimiento de la situación del accionante es que se le da un trato deshumanizado”. [26]

Igualmente, aludió a lo expuesto por Laura Iregui Jones, quien relató que el accionante en una oportunidad no acudió en el horario establecido por el dispensario médico para la entrega de una autorización, para concluir que “existe un hecho objetivo que justifica válidamente la no entrega del medicamento en su momento: Haberse presentado a reclamarlo fuera del horario de atención al público. En efecto, es una razón objetiva, que no implica discriminación”. [27]

En el mismo sentido, el Juez afirmó que el accionante debe seguir los protocolos y los trámites internos de la entidad a efecto de reclamar órdenes médicas e incluso medicamentos, para garantizar el principio de universalidad a todos los afiliados, “sin desconocer, claro está, los otros principios y el enfoque diferencial” [28].

Finalmente, concluyó que los accionados probaron sumariamente que no incurrieron en acto discriminatorio y que no se aportó prueba sumaria de un hecho indicador de discriminación en contra del accionante, quien no puede pretender un trato privilegiado respecto de los demás usuarios, “como omitir los protocolos internos de la entidad”.

4. Actuaciones realizadas en el trámite de revisión.

4.1. La Sala de Selección No. 3, conformada por las magistradas Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado, con auto del 28 de marzo de 2019, seleccionó el expediente y ordenó repartirlo al despacho de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

4.2. La Magistrada sustanciadora, mediante auto del 17 de mayo de 2019, dispuso que por Secretaría General, se solicitara al accionante y a las entidades accionadas, precisar y ampliar los hechos expuestos en el escrito de tutela y en el de contestación, con base a las preguntas formuladas en dicho auto.[29] Del mismo modo, invitó a las siguientes instituciones a emitir su concepto sobre la controversia: Defensoría del Pueblo, Organización Colombia Diversa, Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social-PAIIS y al Instituto de Bioética Pontificia Universidad Javeriana. Finalmente, solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social que informara si ha implementado o están en curso programas dirigidos a la sensibilización y educación del personal sanitario y administrativo respecto a los prejuicios y estigmas que soportan las prácticas discriminatorias contra la población homosexual que vive con VIH.

4.3. En cumplimiento de lo ordenado en este auto, la Secretaría General recibió los siguientes escritos: intervención ciudadana de la organización Colombia Diversa; concepto de la Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo y del Vicedefensor del Pueblo con funciones asignadas de Defensor del Pueblo; Oficios del Ministerio de Salud y Protección Social correspondientes a la Dirección Jurídica y la Dirección de Promoción y Prevención; y finalmente, escrito del Dispensario Médico de Bucaramanga.

5. Intervención ciudadana de la Organización Colombia Diversa.[30]

La Directora Ejecutiva, junto con el abogado de Litigio Constitucional y Derechos Humanos de esta organización, abordó en su escrito los siguientes argumentos:

5.1. La aplicación de la figura de la cosa juzgada es improcedente en este caso, debido a las circunstancias fácticas y a la multiplicidad de facetas del derecho a la salud afectadas en el caso concreto. Con relación a lo primero, señalaron que “el tránsito a cosa juzgada se predica una vez la Corte Constitucional selecciona y profiere un fallo, o en su defecto, cuando vence el término para insistir en la selección de un expediente”.[31] Indicarón que esta Corporación ha identificado cuatro elementos para evaluar la vulneración de este principio: El impulso de un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, identidad jurídica de las partes, pretensiones y hechos.

5.2. En ese sentido, concluyeron que tales criterios no se cumplen en el caso objeto de

estudio, porque el actual “proceso no se promovió con posterioridad a la ejecutoria de la presente sentencia”; la identidad jurídica de las partes es parcial, “pues al menos el accionante y al parecer al menos una de las demandadas, Dirección de Sanidad del Ejército Nacional coinciden nuevamente en el presente proceso”; el objeto del proceso no es el mismo, pues la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se ocupó de la atención médica integral, “pero no estudió situaciones de maltrato y discriminación, y lo relacionado con la solicitud de ajustes razonables sobre filas y solicitud de citas”; finalmente, estiman que “hay hechos que probablemente no fueron planteados dentro de la litis anterior, especialmente si se tiene en cuenta que han pasado 10 años”.

5.3. En cuanto a las múltiples facetas del derecho a la salud, recordaron que esta garantía se encuentra en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue ratificado por Colombia, así como en la Observación General No. 14 , en la que se enlistan como componentes del mismo derecho: controlar el cuerpo y la libertad sexual y genésica, el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, acceso al agua limpia y potable, nutrición adecuada, vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo, información sobre salud sexual y reproductiva y participar en la adopción de decisiones sobre salud en los planos comunitario, nacional e internacional, entre otros.

5.4. Destacaron que en el mismo documento se mencionan las dimensiones del derecho a la salud: Disponibilidad y Accesibilidad. Esta última incluye la no discriminación de hecho y derecho respecto de los sectores más vulnerables y marginados de la población, así como la accesibilidad física, económica y el acceso a la información; Aceptabilidad que exige que los servicios sean “respetuoso de la ética médica y culturalmente apropiados , es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos de género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad”; y finalmente, calidad, que requiere personal médico capacitado, entre otras cosas.[32]

5.5. Mencionaron el artículo 49 de la Constitución Política y la Ley Estatutaria de Salud, de la cual resaltaron el artículo 6º, que contiene las 4 dimensiones del derecho. Respecto a la aceptabilidad, allí se señala que los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica, responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con

el género y prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad. Con relación a la accesibilidad, comprende la no discriminación, así como el deber de las autoridades y demás actores del sistema de salud de adoptar la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud.

5.6. Igualmente, destacaron el artículo 10º de la misma ley, que enlista los derechos relacionados con la prestación del servicio de salud, dentro de los cuales se encuentra la oportunidad, el derecho a recibir un trato digno y un servicio de calidad por trabajadores debidamente capacitados, el acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos, no ser sometido en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten la dignidad, ni ser obligado a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento, y a que no se trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio.[33]

5.7. Estimaron que existe una vulneración del derecho a la salud en el presente caso, porque las respuestas a los derechos de petición del accionante se refirieron a la futura realización de charlas de humanización en el Dispensario, con lo cual “se ha trasladado la carga a un paciente de tener que solicitar que el personal médico y administrativo que lo atiende, cumpla con unos niveles mínimos de calidad”.

5.8. Por su parte, hicieron referencia a la intersección entre VIH y orientación sexual, la discriminación histórica y las barreras en el acceso a la salud de los hombres gays que viven con VIH. Tras realizar una breve caracterización del VIH sobre sus síntomas, consecuencias y transmisión; así como de su tratamiento y seguimiento, y del desarrollo científico que permite su manejo de manera “similar a la diabetes”, citaron un artículo científico[34] para señalar que:

Existe una fuerte intersección que tiene un origen histórico entre ser un hombre homosexual y el VIH/Sida. Esta relación viene principalmente de Estados Unidos. La falta de información sobre el VIH/Sida y el cubrimiento amarillista de los medios de ese momento dio lugar a que se iniciaran a utilizar términos como `neumonía gay`. Fue tan fuerte la asociación entre homosexualidad y VIH que incluso a pesar de que finalizando el año 1981

ya se sabía que el VIH afectaba a otras poblaciones, existieron etiquetas como `GRID Gay-related immune deficiency)` [enfermedad inmune relacionada con la homosexualidad] o `cáncer gay` para describir el VIH.

5.9. En el mismo sentido, destacaron otro artículo[35] en el que se expuso que “los hombres gays y bisexuales que viven con VIH/Sida (GBMLHA)[36] es probable que experimenten el estigma del VIH y el estigma relacionado con su orientación sexual, que puede causar un significativo estrés psicológico”, de modo que se trata de un doble estigma, “influenciado por las percepciones individuales de que los hombres gays y bisexuales que contraen la enfermedad son `culpables` de sus propias acciones”. Sostuvieron los intervinientes que este estigma “fuertemente arraigado a patrones culturales es particularmente fuerte, desde los mismos terapeutas y personal que brinda apoyo a personas con VIH, hasta otras personas LGBT”. Ilustraron esta situación con el siguiente ejemplo, “un hombre gay terapeuta que es VIH-negativo puede pensar que su paciente GBMLHA es promiscuo o un abusador de drogas, transfiriendo culpa a su paciente y fallando en la posibilidad de proveer un ambiente seguro y empoderador para él”.

5.11. Con relación al impacto en el acceso a la salud, resaltaron que este “estigma sobre el VIH distorsiona las percepciones y funcionamiento de proveedores de salud, como también de los pacientes en general y de los hombres gays y bisexuales que viven con VIH”, de modo que:

La experiencia del estigma relacionado con VIH ha sido asociada con una disminución de pruebas de VIH, uso de condones, uso de PrEP, adherencia a la medicación, relacionado al cuidado, y la retención en el cuidado, todos estos componentes esenciales para el continuo cuidado del VIH. (...) el estigma puede manifestarse a través de comportamientos inadvertidos e ideologías, como la homofobia, la transfobia, el racismo, y las percepciones negativas de personas que se inyectan drogas y esto puede generar espacios incómodos y actuar como una barrera para la prevención, tratamiento y cuidado del VIH.[37]

5.12. Destacaron la Declaración Conjunta de las Naciones Unidas para poner fin a la discriminación en los centros sanitarios, en la que se planteó que:

Muchas personas y grupos sufren discriminación por motivos de edad, sexo, raza u origen étnico, estado de salud, discapacidad o vulnerabilidad a las enfermedades, orientación

sexual o identidad de género, nacionalidad, situación migratoria o de asilo, o antecedentes penales, y con frecuencia son objeto de formas entrecruzadas de discriminación (...) La discriminación en los centros sanitarios adopta diversas formas y suele consistir en la denegación a una persona o grupo del acceso a servicios sanitarios (...) situaciones de abuso verbal de las que son objeto determinadas personas o grupos, el tratamiento involuntario, las violaciones de confidencialidad”.

5.13. Para el contexto de América Latina, sostuvieron que

“la discriminación en el sector salud a personas con VIH de grupos vulnerables fue tan fuerte, que ONUSida, orientación adicional para los países de América Latina y el Caribe – GAM 2019: Indicadores regionales para medir el avance de la reducción de la discriminación contra personas con VIH es la medición de “personas de poblaciones clave y vulnerables que experimentaron discriminación en servicios de salud”. Lo anterior se justificó en que `se ha reportado falta de confidencialidad en algunos entornos de asistencia médica, con la prestación de servicios influida por actitudes negativas ante el estado serológico respecto del VIH de las personas, su comportamiento, orientación sexual o identidad de género, o que no se adhieren a las políticas y protocolos establecidos”.

5.14. Reiteraron que los hombres Gay que viven con VIH son sujetos de especial protección constitucional[38] y que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación.[39]

5.15. Posteriormente, se ocuparon de exponer la teoría de la carga dinámica de la prueba, la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación y aplicación de reglas de la experiencia. Recordaron el artículo 167 del Código General de Proceso, según el cual, por regla general corresponde a las partes probar el hecho que alegan y que según el caso, el juez puede exigir “probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación fáctica más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”. Agregaron que esta facultad ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional[40].

5.16. Señalaron que frente a actos de discriminación y la condición de sujetos de especial protección, es adecuado aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba, como lo ha señalado la Corte Constitucional.[41]

5.17. Referente a la máxima de la experiencia, aludieron a su definición en la jurisprudencia de esta Corporación[42] y de la Corte Suprema de Justicia, para formular que

Las personas LGBT no suelen revelar su orientación sexual o identidad de género por temor a la discriminación. Las personas que viven con VIH viven un fuerte estigma relacionado con diagnóstico médico, lo que lleva a que busquen fuertemente evitar que su diagnóstico sea conocido por terceros. En ambos casos no encuentra incentivos para revelar estos datos sensibles, a menos de que se encuentre indispensable.

Si un hombre gay con VIH revela ambos elementos en derechos de petición y/o acciones legales, exponiéndolo a muchas personas más allá de su círculo íntimo, se puede inferir razonablemente que existe un incentivo, en este caso, un riesgo para sus derechos fundamentales.

Si bien, este hecho no parece probar nada en sí mismo, consideramos que en aplicación de una posible máxima de la experiencia podríamos construir un indicio, pues los hombres gay con VIH viven un fuerte estigma y experiencia de vida que va más allá de sumar la orientación sexual y vivir con VIH (...) Por lo anterior, es natural que por lo general, lo último que quiere un hombre gay con VIH con un sistema inmunológico que puede verse afectado por problemas en el servicio de salud, es exponerse. Lo anterior en especial porque iniciar esta reclamación distribuye aún más la información sobre su orientación sexual y su diagnóstico médico. En ese sentido, los médicos y personal administrativo seguramente se les pedirán información sobre el accionante para contrarrestar los hechos por parte de la parte accionado. El área administrativa y jurídica de la accionada, también conocerá de la situación.

Adicionalmente, jueces, secretarios y auxiliares de los despachos de instancia, algunos integrantes de esta Sala de Revisión también se enterarán de estos elementos. Esta exposición de la persona, precisamente por el contexto de estigma, discriminación y violencia que viven hombres gays con VIH es precisamente lo último que se buscaría una persona a menos de que lo considerase necesario para garantizar su salud y otros derechos fundamentales (...) Esta carga no habría sido asumida por un ciudadano que efectivamente no sintiera que sus derechos fundamentales se encuentran en grave peligro (...) como está planteado el silogismo, existen limitaciones, tanto en su alcance y la capacidad probatoria

del mismo, sin embargo, consideramos que es un indicio que debe tenerse en cuenta en la valoración de otras pruebas del expediente.

5.18. Respecto al derecho a la igualdad, tras referenciar el artículo 13 de la Constitución Política y jurisprudencia de este Tribunal,[43] consideraron que ha sido vulnerado en dos escenarios: Primero, debido a los presuntos ataques verbales, las dificultades en la asignación de las citas al parecer ligadas a la orientación sexual, así como los problemas en la entrega de medicamentos, el cual se enmarca en “los típicos ejemplos y barreras que encuentran los pacientes con VIH (...) la prevalencia de esos comentarios, percepciones y estigmas, edifican una clásica discriminación en esta materia”. Segundo, “la vulneración se estructura en lo que el demandante denuncia es la obligación de hacer filas en cercanía con otros pacientes y la ausencia de priorización en agendamiento de citas”.

5.19. Citaron la sentencia SU-256 de 1996, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que una persona con VIH fue víctima de actos de discriminación en el club en el que laboraba, después de que un médico recomendó la prueba de VIH y había establecido que el accionante portaba el virus. En cuanto al trato especial que debe darse a quienes viven con enfermedades catastróficas o ruinosas, refirieron el fallo T-600 de 2012, MP. Mauricio González Cuervo, según el cual “la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de estas personas en que por su enfermedad se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se prolongue en el tiempo, situación que, desconocería abiertamente los fines y principios que defiende el Estado Social de Derecho”.

5.20. Sostuvieron que un hombre gay con VIH, que debe exponerse a hacer filas y a quien le niegan citas prioritarias, se encuentra en una situación preocupante porque debido a las deficiencias en el sistema inmunológico y si el virus no está controlado, hay altas posibilidades de que sea atacado por enfermedades oportunistas como neumonía o meningitis. De modo que “resultaría importante que las accionadas pudieran disponer de mecanismos que redujeran el riesgo de exposición y al mismo tiempo en reconocimiento a lo delicado que puede ser el sistema inmunológico en una persona con VIH, se diera la atención especial y prioritaria que esto amerita”.

5.21. Respecto a la anotación de la orientación sexual en la historia clínica, argumentaron

que incluirla sin una justificación médico-científica y la necesidad vinculada a la atención en salud del paciente es arbitraria, especialmente porque se puede catalogar como un dato sensible, según la Ley 1581 de 2012 sobre habeas data. En ese sentido, resaltaron que en la resolución 1995 de 1999, regula la integralidad de la historia clínica, característica que implica que aquella “debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria”.

5.22. Con relación a la integralidad de la historia clínica, indicaron que son dos las interpretaciones que pueden derivar de ella: primero, que se deben registrar todos los aspectos de la persona, no obstante, la encuentran problemática porque la historia clínica “fungiera como una especie de biografía del paciente”, desplazando la atención en salud. La segunda interpretación, resulta entonces más garantista y armónica con el servicio público de salud y el derecho al habeas data del paciente, en sintonía con el principio pro-homine que contempla la Ley Estatutaria de Salud.

Esta interpretación parte de la idea de que cuando el artículo tercero hace referencia a la integralidad, el sujeto principal o el corazón de la integralidad es la atención en salud dirigida al paciente. Esta atención se puede presentar en distintas fases, y desde aspectos científicos, técnicos y administrativos. Luego el mismo artículo plantea que las fases se deben abordar en todos sus aspectos biológicos, psicológicos, sociales y en relación con esa atención en salud en sus distintas facetas. Teniendo en cuenta que el núcleo de la historia clínica es la salud, resulta entonces menester cuestionar si la orientación sexual de una persona, es una condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden incidir en la salud del usuario por si sola.

Nuestra respuesta inicial sería negativa. La orientación sexual o la identidad de género de un paciente, por si sola, no tiene la capacidad de incidir en la salud del usuario, pero puede generar necesidades especiales o diferenciadas en la atención. Este caso es particularmente claro para las personas trans. O otra la afectación de la discriminación sobre la integridad física o mental de la persona entre otros elementos. Todo siempre amparado en una justificación médico-científica.

5.23. Con base en esta consideración, los intervinientes presentaron tres requisitos imprescindibles para incluir la orientación sexual o la identidad de género en la historia clínica: i) El objeto debe ser la atención en salud, relacionado con servicios, tratamientos o necesidades especiales o riesgos que surgen de la relación de esas categorías con el tratamiento médico; ii) Nunca es admisible médica o científicamente que el tratamiento sea para “corregir”, iii) De acuerdo al rol de registro de la historia clínica, es imperativo incluir y demostrar la aplicación de procedimiento y servicios relacionados con ese tratamiento. Para finalizar, concluyeron que frente al incumplimiento de estos tres criterios, “lo que se está haciendo es incluir un dato sensible de la persona, sin su consentimiento, que no tiene una relación directa con el servicio público de salud”.

6. Intervención de la parte accionada.[44]

6.1. La Directora del Dispensario Médico de Bucaramanga presentó su escrito en el que expuso que el accionado se encuentra activo en el sistema SALUD.SIS y se han venido prestando los servicios médicos sin inconveniente. Agregó, que la dependencia de Atención al Usuario ha sido la encargada de atender todos los requerimientos del paciente, como autorización de servicios, asignación de citas y laboratorio clínico.

6.2. Respecto a la entrega de medicamentos informó que

se le ha entregado los medicamentos ordenados por vida medical de forma completa, al igual que la fórmula se (sic) en el mes de abril 2019 se le transcribió en el DMBUG (sic) se le entregaron los medicamentos (...) con la novedad y disgusto del paciente ese día de su cita (13 de mayo 2019) sale de (sic) halla y no recibe el despacho de sus medicamentos. La dificultad se ha presentado en el mes de Mayo que al pasar a consulta en vida medical (13 de mayo), no recibe el despacho de sus antiretrovirales al no termina (sic) la consulta de buena forma, el paciente se acercó a informar en el Dispensario la novedad. Por tal razón, se hicieron trámites para conseguirle la cita por consulta externa se le asignan con internista Dr. Perea para el 16 de mayo, para verificación del tratamiento y transcripción del mismo. Paciente informa a subdirección científica el día de la cita que no va a asistir porque con el internista que se le asignó esta cita no está conforme, no se pudo realizar transcripción de medicamentos y no asiste al dispensario. Se solicita la cancelación de la cita para que no quede bloqueado en el sistema”

6.3. Reiteró que toda la población afiliada, sin importar su condición médica, realiza los trámites según sus deberes como usuarios, y que la prioridad está asegurada con un punto de atención destinado para personas con discapacidad, mujeres embarazadas y personas de la tercera edad. Agregó que la condición médica del accionante y su orientación sexual no impiden que realice esos trámites.

6.4. Sostuvo que se ha brindado la atención requerida por el área de atención al usuario, que atiende a la “importancia de generar actitudes empáticas para el desarrollo de habilidades de comunicación asertivas con el fin de contribuir al programa de HUMANIZACIÓN DE LA CONVIVENCIA, BUEN TRATO, TIPS DE HUMANIZACIÓN Y CONOCIENDO AL USUARIO”, así como también informó que han realizado campañas de sensibilización con el fin de mejorar la atención. Además, indicó que la solicitud del sello #aquíentrantodos, no corresponde al Dispensario, sino a la Dirección de Sanidad Militar. Al respecto, adjuntaron copia de un acta de capacitación sobre buen trato al usuario, de fecha 13 de julio de 2018, con un registro de asistencia de cinco personas del área administrativa.[45]

6.5. Finalmente, adjuntó un oficio firmado por la coordinadora de la IPS Vidamedical, de fecha 13 de noviembre de 2018, en el que informaron que el paciente

Regresa a su atención en programa el 19 de septiembre del año en curso y se niega a tomarse los laboratorios de ingreso, pues indica que en la IPS que lo estaba atendiendo hacía pocos días se los habían tomado; quedamos pendiente el resultado y no los aportó. Regresa a consulta el 8 de octubre, negándose nuevamente a tomarse los laboratorios aludiendo la misma razón. Se programa con el paciente nueva cita de control, el 7 de noviembre del año en curso, y no es posible conseguirse vía telefónica para confirmar la cita t así recordarle la llegada puntual y en ayunas para la toma de los laboratorios, termina la jornada y no se presenta a su cita. Trabajo social hace seguimiento telefónico y no ha sido posible localizarlo para reprogramar su cita, el paciente no aceptara visita domiciliaria, por lo cual, por esta vía, tampoco se ha podido contactar.

6.6. Igualmente, en el mismo oficio se indicó que “el paciente ha presentado cargas virales por encima de las 5.000 copias, lo que pone en duda la toma efectiva o adherencia al tratamiento por parte del paciente”. [46] Allí se presentó la siguiente tabla con los

resultados de los últimos 3 años:

RESULTADO CARGA	VIRAL
-----------------	-------

5/05/2015	
-----------	--

27	
----	--

3/11/2015	
-----------	--

77.601	
--------	--

5/05/2016	
-----------	--

26.544	
--------	--

8/11/2016	
-----------	--

28.411	
--------	--

4/10/2017	
-----------	--

83.600	
--------	--

11/12/2017	
------------	--

151.000	
---------	--

6.7. Para finalizar, en el mismo documento se sostuvo que se hicieron dos pruebas de resistencia a los medicamentos, sin que resultaran positivos, por lo que “se confirma que el resultado elevado de las cargas virales corresponde a que el paciente NO SE TOMA LOS MEDICAMENTOS”.^[47]

7. Intervención de la Defensoría del Pueblo.^[48]

A. Delegada para los Asuntos Constitucionales y legales

7.1. Estimó que el caso bajo estudio es una oportunidad para evidenciar que respecto de los derechos invocados, “la confluencia de diferentes factores de discriminación, como lo son hacer parte de la población con orientación sexual diversa y convivir con una enfermedad catastrófica, limita su ejercicio en un grado que no es experimentado por otros sectores de la sociedad”,[49] situación que justifica la implementación de medidas especiales.

7.2. Argumentó que es necesario abordar el caso desde la perspectiva de la discriminación interseccional, que inicialmente fue planteada en los años setentas para buscar el reconocimiento del incremento de la discriminación que ya padecían las mujeres, debido a otros factores de exclusión, como su pertenencia étnica o su clase económica, de modo que se advirtió la diversidad de la población femenina, así como de sus demandas. Por tanto, según la “cantidad y diversidad de variables que se pueden presentar en cada caso, se configura un tipo distinto de discriminación”,[50] las cuales son:

a) discriminación múltiple, que se produce cuando una persona es discriminada por diferentes motivos y en momentos temporales distintos; b) discriminación compuesta, en la que la discriminación se da como consecuencia de dos o más factores, añadidos el uno al otro en un determinado momento temporal, c) en tercer lugar, la discriminación interseccional, que se produce cuando varios motivos de discriminación interactúan o interaccionan a la vez – de forma concurrente-, y ello tiene como efecto directo la dificultad añadida en el proceso de socialización e integración social de las personas que la sufren[51].

7.3. Consideran pertinente estudiar la controversia desde el género como categoría crítica de análisis, a la que se suman circunstancias que aumentan la vulnerabilidad, como es el hecho de convivir con una enfermedad catastrófica, “potenciando la posibilidad de discriminación y de que esta le cause mayor daño”. De manera que se trata de una discriminación interseccional, que genera exclusión y “un efecto multiplicador de la marginalización, que por lo general se exterioriza en contra de sus víctimas a través de distintos tipos de violencia, como por ejemplo las burlas y los tratos humillantes”. En este sentido, sostiene que esta “perspectiva de análisis permite comprender las razones por las cuales ciertas poblaciones aunque compartan realidades básicas, al contar con un factor adicional, se encuentran en mayor desventaja que otras en la posibilidad de satisfacer sus necesidades y ejercer sus derechos”.

7.4. En consecuencia, encuentra pertinente que esta Corporación se pronuncie respecto de la perspectiva diferencial por parte de las entidades y autoridades para la protección de las personas con orientaciones sexuales diversas que viven con enfermedades catastróficas. Al respecto, destacó que la Corte ya ha utilizado el enfoque interseccional.[52]

7.5. Argumentó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que frente a casos de discriminación se adoptan dos estándares de prueba: La variación de la carga de la prueba y la admisión de casos de discriminación indirecta. Respecto al primero, señalaron que si bien la regla general es que quien alega debe aportar las pruebas, es difícil para las víctimas probar que han sido objeto de discriminación o que detrás de una acción aparentemente neutra existe una intención discriminatoria, por lo que es necesario flexibilizar la regla probatoria.

7.6. Señalaron que esta variación en la carga de la prueba se justifica en que: primero, la protección general contra la discriminación es reforzada en aquellos casos en los que la violación de derechos se basa en criterios sospechosos de discriminación, los cuales han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.[53] En consecuencia, cuando “el trato desigual recae sobre una persona o conjunto de ellas perteneciente a una de estas categorías, se producen algunas presunciones que deben ser desvirtuadas por el demandado”. Segundo, por la condición de vulnerabilidad de las víctimas, y tercero, porque los casos de discriminación son una carga de la prueba que es difícil de alcanzar para la víctima.

7.7. Con relación a la inversión de la carga probatoria, recordaron que la Corte Constitucional ha señalado la complejidad de la prueba de actos de discriminación y que por ello es una garantía que se invierta la prueba, especialmente cuando se alega ser víctima con base en una categoría sospechosa de discriminación o cuando se trata de personas en situación de indefensión.[54] Agregó que esta inversión probatoria no se aparta de la regla general procesal, pues el demandante debe acreditar el trato desigual mediante indicios suficientes y una vez así sea, le corresponde a la parte demandada justificar el trato desigual.

7.8. En ese sentido, el accionante debe constituir un caso prima facie de discriminación, que según la Corte implica que el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar: i) que la

persona hace parte de un grupo históricamente discriminado, ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación y iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo.[55] De modo que concluyó que “el estándar probatorio aplicable para casos de discriminación implica la inversión de la carga probatoria. En este proceso el demandado deberá probar que su actuación está justificada después de que el accionante haya probado sumariamente los hechos discriminatorios”.

7.10. Agregaron que también se han observado en la jurisprudencia constitucional los criterios para reconocer discriminaciones negativas: i) Estar fundadas en criterios sospechosos de discriminación, ii) No estar justificadas plenamente como idóneas para alcanzar el fin que declaran perseguir, iii) se debe producir un efectivo trato desigual, iv) Tiene que configurarse un perjuicio.[57] De manera que “el accionado está en la obligación de aplicar este test para demostrar que el trato no es incompatible con la Constitución”.

Respecto del caso concreto, resaltaron que el fallador de segunda instancia “estableció como no probados los hechos alegados por el accionante, pues sus afirmaciones no tuvieron soporte documental, mientras que el relato de una funcionaria respecto a la no asistencia del accionante en los horarios de atención al público, fue suficiente para establecer que la no entrega de los medicamentos obedeció a una razón objetiva”.

7.11. Recordó que la protección a la identidad sexual está fundada en la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que no puede ser un parámetro para imponer tratos discriminatorios.[58] Teniendo en cuenta la discriminación histórica que han padecido quienes tienen una identidad sexual diferente a la heterosexual, “se ha tendido a relacionar la diversidad sexual con comportamientos reprochables, para así justificar su represión en múltiples formas, como lo pueden ser los tratos humillantes o la exposición pública de su preferencia sexual”.

7.12. Respecto al derecho a la salud, mencionó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado las diferentes dimensiones del derecho a la salud, de modo que no solo se trata de la ausencia de enfermedades, sino un estado completo de bienestar físico, mental y social.[59] Por su parte, señalaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la discriminación en contra de las personas LGBTOI lesiona su derecho individual a la salud[60], y a su vez, la CIDH ha enfatizado en que “no es

propiamente el ser LGBT lo que facilita la infección por el VIH, sino más bien es la discriminación y la vulnerabilidad enfrentadas por la población LGBT que resultan en que la misma se torne más vulnerable al VIH”.[61] De modo que la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la salud también incluye garantizar la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

7.13. Del mismo modo, mencionaron los Principios de Yogyakarta +10, los cuales establecen que el derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud incluye “proteger todas las personas de la discriminación, violencia y otros daños por razones de su orientación sexual, identidad de género, expresión de género, y características sexuales, en el sector salud”.[62] Además, recordó que en la jurisprudencia constitucional se ha establecido que las personas portadoras de VIH son sujetos de especial protección constitucional.[63]

7.14. Para finalizar, concluyeron que debe estudiarse si las entidades demandadas adoptaron las acciones afirmativas necesarias para garantizar el derecho a la salud del accionante y sí en el acceso a este derecho se garantizó la existencia de un ambiente libre de discriminación. Igualmente, solicitaron que el presente caso sea analizado desde la perspectiva de la interseccionalidad y se implementen estándares probatorios flexibles, dado que se trata de un sujeto de especial protección constitucional y se encuentran involucrados criterios sospechosos de discriminación.

B. Vicedefensor del Pueblo con Funciones Asignadas de Defensor del Pueblo.

7.15. Mostró que para 2018 hubo un aumento del 55.51% respecto del 2017, en el número de acciones de tutela presentadas por pacientes diagnosticados con VIH/Sida. Además, presentó la siguiente tabla, que fue elaborada con base en cálculos de la Defensoría del Pueblo con datos de la Corte Constitucional.

SOLICITUDES DE TUTELA DE PACIENTES DIAGNÓSTICADOS CON VIH/SIDA

PERIODO 201-2018

2017*

2018*

Variación %

Nº. Solicitudes

Part. % en solicitudes

Part. % en solicitudes

Medicamentos

798

29.30

1419

33.50

77.82

Otras relacionadas con el sistema[64]

483

17.73

911

24.51

88.61

Tratamientos

762

27.97

904

21.34

18.64

Prótesis, órtesis e insumos

559

20.52

501

11.83

Citas médicas especializadas

64

2.35

356

8.40

456.25

Procedimientos diagnósticos

58

2.13

145

3.42

150.00

Total solicitudes

2.724

100.00

4.236

100

55.51

Total tutelas en salud*

1.375

1.697

23.42

* Valores estimados con base en registros muestrales.

7.16. Del mismo modo, resaltaron que en el 2018 y respecto del 2017, hubo “un aumento significativo superior al 10º por ciento en las quejas, solicitudes y peticiones elevadas por los pacientes con patología de VIH/Sida ante esta entidad, siendo los principales motivos:

- Deficiente e inoportuna atención médico-asistencial en el servicio de atención de: urgencias, consulta externa, hospitalización, procedimientos, medicamentos o terapias.
- Negación, obstaculización o demora de la atención de salud por ausencia, falta de continuidad, de regularidad, de oportunidad o suministro incompleto del tratamiento.
- Negación, obstaculización o demora de la atención de salud de un servicio fuera del

POS: medicamento, tratamiento, procedimiento o medio diagnóstico.

- Negación de condiciones dignas mediante la prolongación del dolor del malestar cuando existen recursos disponibles para mejorar la calidad de vida.
- Negación, obstaculización o demora de la atención de salud por falta de continuidad en el servicio.
- Ausencia o falta de información comprensible, oportuna y completa para que la persona pueda decidir sobre su situación de salud.

8. Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social[65]

8.1. La Directora Jurídica de este Ministerio presentó escrito oportunamente, en el que informó que desde el año 2011 cuenta con 5 guías de prevención en VIH dirigidos a profesionales de la salud, en las que se abordan a 6 poblaciones en contextos de vulnerabilidad al VIH: i) mujeres trabajadoras sexuales, ii) Jóvenes en contexto de vulnerabilidad, iii) Mujeres en contexto de vulnerabilidad, iv) Mujeres Trans, v) Hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, vi) Población privada de la libertad.[66] Destacó que cada una de ellas contempla un marco normativo vigente, se fundamenta en un enfoque de derechos humanos, contiene un capítulo de estigma y discriminación, así como herramientas básicas para el abordaje de tales poblaciones desde un enfoque diferencial. Al mismo tiempo, hicieron referencia a la campaña “Personas distintas, Derechos iguales”, en el marco de la cual fueron distribuidas dichas guías.[67]

8.2. Adicionalmente, comunicaron que a partir del informe “Voces Positivas”, tales guías fueron parte esencial de la fase I del proyecto financiado por el Fondo Mundial de la Lucha contra el Sida, la tuberculosis y la malaria, implementado en 2011 y 2012, en 20 departamentos y 75 municipios; así como en la fase II, desde 2013 hasta 2016, en 17 departamentos y 64 municipios, dentro del proyecto “Construyendo capacidad institucional y comunitaria para la oferta de servicios preventivos y de salud y reducir la morbi-mortalidad y vulnerabilidad asociada con el VIH/Sida entre grupos clave afectados”.

8.3. Así mismo, en el marco del mismo proyecto, fueron desarrolladas siete guías rápidas de

atención en VIH/Sidacon enfoque diferencial, las cuales fueron distribuidas en físico a diferentes personas del área de la salud. En el mismo sentido, en el nuevo proyecto para 2017-2019, han insistido en la misma estrategia y una octava guía rápida fue publicada, para la atención de personas que se inyectan drogas. Comunicaron que durante la ejecución del proyecto para 2017-2019, las guías han sido distribuidas a través de una aplicación móvil, dirigida principalmente para personal de la salud.

9. Finalmente, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional guardó silencio durante el trámite de revisión.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

2. Cuestión Previa: Elementos para la configuración de la cosa juzgada constitucional y su diferencia con la actuación temeraria.

2.1. Teniendo en cuenta que los accionados sostuvieron que la acción de tutela objeto de estudio es “temeraria”, debido a que la Sección Cuarta del Consejo de Estado profirió, el 11 de noviembre de 2009, providencia en la que amparó el derecho a la salud, vida y dignidad humana de Gabriel, la Sala de Revisión estima pertinente explicar por qué en el caso concreto solamente se configura cosa juzgada parcial, cuestión que descarta la estructuración de temeridad.

2.2. En el contexto en el que una demanda es interpuesta en más de una oportunidad ante autoridades judiciales distintas, ya sea de forma simultánea o sucesiva, pueden surgir dos posibles consecuencias jurídicas: Primero, que opere únicamente la cosa juzgada; y segundo, que al mismo tiempo que se configura la cosa juzgada, se trate de una acción temeraria o de mala fe.

2.3. Respecto de la primera, la finalidad de enfundar las providencias judiciales en la denominada cosa juzgada, es garantizar que la resolución dada por un juez a una controversia sea concluyente y definitiva. Si por el contrario, las sentencias fuesen ilimitadamente cuestionables, realmente no habría respuesta al debate planteado y el conflicto seguiría activo, de modo que esta institución es entonces una manifestación del

Estado de Derecho, en el que los ciudadanos disfrutan de los beneficios de tener la certeza, tanto de las normas que encausan la vida en sociedad, como de las decisiones judiciales que concretan el punto final del litigio en el que están envueltos.

Al respecto, esta Corporación ha explicado que “en relación con la cosa juzgada, de manera general se ha dicho que se trata de una institución jurídico-procesal en cuya virtud se dota de carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales en sus sentencias, con lo cual se garantiza la finalización imperativa de los litigios y en ese sentido el predominio del principio de seguridad jurídica”. [68]

2.4. Mencionada la finalidad de esta figura, es necesario resaltar que la jurisprudencia ha establecido tres requisitos para que se configure la cosa juzgada constitucional: i) identidad de objeto o pretensiones y de los derechos invocados, ii) identidad de los hechos o causa, y finalmente, iii) identidad entre las partes. La coincidencia entre estos tres elementos ha sido denominada la triple identidad. [69]

2.5. Por su parte, la actuación temeraria requiere, además de la existencia de la triple identidad que da lugar a la cosa juzgada constitucional, estar acompañada de un comportamiento probado de mala fe de quien “promueve injustificada e irracionalmente la misma acción de tutela ante distintos operadores judiciales, ya sea de forma simultánea o sucesiva”, [70] conducta que es ciertamente reprochable y con la que se “desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal”. [71]

En consecuencia, y en armonía con la presunción de buena fe respecto de todas las actuaciones de los asociados, ante la acusación de estar procediendo de mala fe, es deber del Juez “analizarla de manera especialmente cuidadosa, de forma tal que la declaración de temeridad no se derive de una simple inferencia mecánica de los requisitos de procedencia, sino que se base en la acreditación cierta de la mala fe del accionante”. [72]

De suerte que cuando se ha promovido la misma acción de tutela, simultánea o sucesivamente ante autoridades judiciales diferentes, hay lugar a explicar y justificar los motivos de dicha actuación, para argumentar que no se trata de un abuso del derecho. De tal modo que una vez verificada con certeza la existencia de temeridad y la plena convicción del juez en este sentido, la acción de tutela no sólo es declarada improcedente,

sino que son impuestas las sanciones contenidas en el inciso tercero del artículo 25[73] y en el inciso segundo del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991.[74]

2.6. En este sentido, una cuestión es la configuración de la cosa juzgada constitucional, y otra muy distinta, es la estructuración de la temeridad. De modo que, en primer lugar debe verificarse que se encuentra acreditada la triple identidad, de manera que si no hay plena coincidencia de estos elementos no corresponde concluir que existe cosa juzgada constitucional y por tanto, no es necesario continuar con el análisis para establecer la mala fe. Ahora bien, en caso de que dicha coincidencia no sea total, será procedente el amparo para estudiar aquellos hechos, pretensiones y derechos que no fueron objeto de decisión en la sentencia anterior, dando lugar a la cosa juzgada parcial.[75]

2.7. Ahora bien, en cuanto al caso que se revisa, la Sala encuentra que en la controversia resuelta por el Consejo de Estado, si bien el accionante es el mismo, los accionados en esa oportunidad fueron solamente la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, mientras que en el amparo actual, además de estas entidades, estuvo dirigido contra funcionarios individualizados de esas instituciones.[76]

Con relación a la causa y el objeto, en la primera acción de tutela se pretendió la entrega oportuna de medicamentos, así como la atención médica integral. Por el contrario, en la segunda, además de esta misma solicitud, se plantearon vulneraciones a otros derechos: En primer lugar, el derecho a la igualdad, debido a tratos discriminatorios por parte del personal sanitario y administrativo, así como en los procesos de agendamiento de citas y entrega de medicamentos. En segundo lugar, el derecho de Habeas Data, porque la información sobre su orientación sexual ha venido siendo anotada en su historia clínica y divulgada entre los funcionarios del Hospital.[77]

2.8. Por tanto, en este caso no se configura plenamente la triple identidad, dando lugar a la cosa juzgada parcial. En ese sentido, la Sala de Revisión abordará el estudio de las violaciones alegadas respecto al derecho de habeas data y el derecho a la igualdad. Este último en relación con la discriminación en el trato, con ocasión del comportamiento y actitudes del personal sanitario y administrativo, así como en el proceso de agendamiento de citas médicas y entrega de medicamentos. En cuanto a la tardanza en el despacho de estos últimos, se encuentra que este tema está cobijado por la orden dada por la Sección

Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2009, en la que se ordenó “Prestar de manera inmediata e ininterrumpida la atención médica integral que requiere Gabriel”, de modo que sobre el mismo existe cosa juzgada constitucional.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el principio de atención integral en salud incluye “el suministro oportuno y asequible a los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos enunciados, así como todo otro componente que los médicos tratantes valoren como necesario para el restablecimiento de la salud”.[78] Y con la finalidad de “racionalizar el acceso a la acción de tutela, evitando que las personas tengan que acudir una y otra vez a esta herramienta jurídica”[79], “el reconocimiento a la atención integral en salud es procedente vía tutela”.[80] No obstante, esto no quiere decir que la orden de atención médica integral, “opere de manera absoluta e ilimitada, sino que la misma se encuentra condicionada a lo que establezca el diagnóstico médico”[81].

De manera que, en el caso concreto, tratándose del mismo diagnóstico que involucró la acción de tutela presentada en el año 2009 y la que actualmente se estudia, esto es VIH positivo, la orden de atención médica integral dada por la sección cuarta del Consejo de Estado, cubre a todas las prestaciones que requiera el actor para mejorar su condición de salud de manera integral y en relación con esa patología en particular, dentro de las cuales se encuentra la entrega oportuna de los medicamentos necesarios para el tratamiento completo de su enfermedad. De acuerdo con esto, ya hubo un pronunciamiento judicial que es inmutable conforme al principio de cosa juzgada, y ante el incumplimiento de la orden impartida en esa providencia que se encuentra en firme, el accionante puede acceder a la administración de justicia a través del incidente de desacato.

2.9. En conclusión, en el caso concreto se configura una cosa juzgada constitucional parcial respecto del derecho a la salud y en relación con la tardanza en la entrega de medicamentos. De manera que la Sala se pronunciará respecto de las vulneraciones alegadas del derecho a la igualdad y el derecho de habeas data, así como la dimensión de accesibilidad y adaptabilidad del derecho a la salud.

3. Legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad.

3.1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva. La acción de tutela fue presentada

por Gabriel, quien es el titular de los derechos a la salud, igualdad y habeas data que son objeto de estudio en esta providencia. Por su parte, las accionadas son entidades encargadas de la prestación del servicio público de salud, en el marco del cual se habrían desplegado vulneraciones a tales derechos, así como también se dirigió contra funcionarios que trabajan en esas instituciones, respecto de quienes el actor atribuye comportamientos y actitudes discriminatorias, así como un indebido manejo de información sensible en la historia clínica del paciente y en el entorno hospitalario.

3.2. Inmediatez. La Sala de Revisión encuentra que este requisito de procedibilidad está satisfecho, porque el amparo fue radicado el 22 de octubre de 2018 y según el escrito de tutela, para esa fecha el entorno discriminatorio persistía en el Hospital Militar de Bucaramanga y el Dispensario Médico de la misma ciudad, así como la información sobre la orientación sexual del accionante continuaba consignada en la historia clínica y seguía siendo divulgada. Adicionalmente, a la fecha no ha sido reportado que tales conductas hayan cesado, de modo que mientras la vulneración de los derechos de la víctima permanezcan en el tiempo, el daño es actual y por tanto amparable por la acción de tutela.[82]

3.3. Subsidiariedad. En primer lugar, el presente caso involucra a un sujeto de especial protección constitucional, como bien ha sido establecido en la jurisprudencia constitucional, según la cual las personas que padecen VIH se encuentran dentro de esta categoría debido a la discriminación histórica que han padecido y a la gravedad de su enfermedad, que los expone a un riesgo permanente para su vida.[83] Adicionalmente, el accionante también se hace parte de este grupo amparado por una protección constitucional especial, atendiendo a su orientación sexual homosexual. De modo que el actor está doblemente expuesto a ser discriminado y en un mayor estado de indefensión.

En segundo lugar, con relación a presuntos actos de discriminación en perjuicio de personas con orientación sexual diversa, especialmente hombres homosexuales, la Corte se ha pronunciado respecto de los mismos en espacios vecinales, en los que se utilizó un lenguaje ofensivo en contra de uno de los residentes de un conjunto de propiedad horizontal. Este caso fue objeto de estudio en la sentencia T- 141 de 2017,[84] en la que se explicó que se cumplía para ese caso el requisito de subsidiariedad porque “trasciende considerablemente al punto que la acción de tutela se instituye como el único mecanismo judicial idóneo y

eficaz que tienen las personas para obtener la proyección de todos los derechos fundamentales que estimen menoscabados por cualquier trato discriminatorio que constituya un hecho violatorio y/o amenazante de sus derechos”

4. Problemas jurídicos y metodología para resolver el caso concreto

Los interrogantes que en esta oportunidad resolverá la Sala de Revisión son los siguientes:

Primero, ¿El relato de un hombre homosexual que vive con VIH/Sida sobre la existencia de un entorno discriminatorio en la institución donde recibe la prestación de los servicios de salud, que incluye la referencia a burlas, tratos displicentes, murmullos y comentarios alusivos a su orientación sexual y su enfermedad, configura una vulneración al derecho fundamental a no ser discriminado?

Segundo, ¿El Dispensario Médico de Bucaramanga, el Hospital Militar de la misma ciudad y los funcionarios contra quienes se dirigió el amparo,[85] vulneran el derecho fundamental a la igualdad y a la salud de las personas con VIH/Sida cuando les exigen realizar filas en horarios y días específicos para agendar citas, reclamar autorizaciones y medicamentos?

Tercero, ¿La inclusión de la información relativa a la orientación sexual en la historia clínica, vulnera el derecho de habeas data del que es titular el paciente hombre homosexual que vive con VIH/Sida?

Cuarto, ¿El relato del paciente homosexual con VIH/Sida sobre la divulgación de su enfermedad y orientación sexual en el entorno hospitalario y sus dependencias administrativas configura una vulneración del derecho de habeas data del que es titular?

Para responder las preguntas formuladas, la Sala desarrollará los siguientes temas: Primero, el derecho fundamental a no ser discriminado, los actos discriminatorios y los escenarios de discriminación; Segundo, el enfoque de interseccionalidad y su importancia para valorar el impacto de la discriminación; Tercero, la orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación y la consecuente protección constitucional especial de las personas con orientación sexual diversa; Cuarto, el VIH/Sida como criterio sospechoso de discriminación, el estigma y el derecho a la salud; Quinto, las reglas constitucionales para la prueba de los

actos discriminatorios; Sexto, el derecho fundamental de habeas data y el carácter reservado de la historia clínica. Finalmente, será resuelto el caso concreto.

5. El derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación: los actos y escenarios de discriminación.

5.1. El Derecho fundamental a no ser discriminado ha sido reconocido por este Tribunal como el correlato de la garantía prevista en el artículo 13 de la Constitución Política, en el que se encuentra incluida tanto la dimensión formal como material de este derecho. En cuanto a la primera, dispone que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades, y gozarán de los mismo derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. De modo que las normas no pueden aplicarse de manera disímil según sea su destinatario, de allí que haya sido representada bajo la imagen de la diosa Temis, quien está ciega para diferenciar si frente a la Ley se encuentra un distinguido noble o un humilde cortesano.

5.2. Respecto a la dimensión material, el mismo artículo incorpora el deber del Estado colombiano de promover “que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, de manera que en esta dimensión, a diferencia de la anterior, es vital advertir las diferencias entre las personas, sus circunstancias particulares, sus trayectorias de vida y en comunidad, entre otros factores, para evidenciar las desventajas en las que se encuentran respecto del resto de la sociedad, con el fin de que el Estado pueda emprender acciones para asegurar que la igualdad no sea una ficción legal, sino una realidad de la que puedan disfrutar los ciudadanos.

5.3. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que no todo trato distinto es discriminatorio, pues efectivamente el Estado debe desplegar acciones a favor de ciertos grupos con el fin de remediar las desventajas y barreras que enfrentan por tener una característica en particular, como por ejemplo, la raza. En este contexto, los tratos distintos que realiza el Estado, no parten de una valoración negativa de esa característica física que trae como consecuencia la exclusión o segregación de ese grupo; sino que por el contrario, el trato distinto se basa en la estimación positiva de esos rasgos, y por ello busca incluir al grupo social que las posee.[86] En ese sentido, la dogmática constitucional ha establecido

que la discriminación es un trato distinto arbitrario, pues carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional.[87]

5.4. Además de la codificación constitucional en el orden jurídico colombiano, el derecho a la igualdad también se encuentra en diversos y múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto del sistema universal de protección,[88] como en el Sistema Interamericano,[89] y en otros sistemas regionales.[90] Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que “el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del Jus Cogens.[91]

5.5. Ahora bien, con el fin de identificar las distintas formas como se concreta la discriminación, en la jurisprudencia han sido desarrolladas dos expresiones: acto discriminatorio y escenario de discriminación.

5.6. El acto discriminatorio ha sido definido como “La conducta, actitud o trato que pretende -consciente o inconscientemente- anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de derechos fundamentales”.[92] Con base a esta definición, se ha destacado que todo acto discriminatorio tiene los siguientes elementos:

Primero. El acto discriminatorio es reprochable en sí mismo y no requiere la consciencia o la voluntad de discriminar por parte de quien lo realiza, porque se trata de un comportamiento que “priva a una persona del goce de sus derechos, con base en razones fundadas en prejuicios [o] preconceptos”.[93] De ahí que la intención, la consciencia o la inconsciencia de la conducta no representen un criterio de validación constitucional”.[94]

Segundo. El acto discriminatorio es un acto violento que se origina en las relaciones sociales e “implican el ejercicio de violencias en contra del sujeto receptor de la conducta, ya sea de tipo simbólica, física o psicológica, emocional, económica y demás”. [95]

Tercero. La identificación del acto discriminatorio es posible a través de los criterios

sospechosos de discriminación, que son “categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”.[96]

5.7. Por su parte, el escenario de discriminación es un recurso utilizado por este Tribunal para explicar que un acto discriminatorio, en ciertas condiciones, se despliega del mismo modo que una puesta en escena teatral y adquiere una naturaleza pública, “una escenificación”.[97] De manera que el juez constitucional dispone de cuatro criterios para determinar cuándo se despliega un escenario de discriminación:

Primero. Relación de poder, sujeción, dependencia o jerarquía, que “permite entender el ejercicio coactivo o la facilidad con que se presenta la dominación de una persona sobre otra en ese contexto, generándose un esquema de vulneración ciertamente mayor”. [98]

Segundo. Las relaciones entre los sujetos que acuden al escenario, tanto entre quien discrimina y es discriminado, como la que existe entre estos y los espectadores. Igualmente, en este criterio se valora si la escena es continua o esporádica, pues cuanto más frecuente, habrá una mayor intensidad de afectación de los derechos.

Tercero. El espacio, que “se refiere al tipo de lugar en el que se consolida el escenario. Permite valorar si, por ejemplo, se trata de una zona institucional, si está especialmente regulada, si es cerrada o abierta, privada, pública o mixta”.[99]

Cuarto. La duración, pues cuanto “mayor extensión del tiempo de exposición de la persona discriminada puede llevar, aunque no como regla imperativa, a una mayor afectación de sus derechos”. [100]

Quinto. Las alternativas de las que dispone la persona afectada para afrontar la situación y “valorar cuáles son las implicaciones de ello; por ejemplo si alejarse del contexto redundaría en la pérdida de su empleo, la pérdida de una oportunidad educativa, la pérdida de su vivienda y demás”.[101]

Sexto. La respuesta de los involucrados ante el acto discriminatorio y “la oportunidad de consolidar espacios de rectificación o reconciliación destinados a remediar los perjuicios causados”. [102]

5.8. El acto discriminatorio y el escenario de discriminación han sido objeto de análisis por parte de este Tribunal en distintos contextos. En la sentencia T-856 de 2003,[103] este Tribunal estudió el caso de un estudiante perteneciente a una comunidad indígena, quien relató que se sentía discriminado porque el profesor de inglés lo humillaba delante de sus compañeros, lo despreciaba comparándolo con delincuentes, se dirigía a él como “indígena mediocre”. Además, el docente también le señalaba que no iba a cambiar su estructura de enseñanza, dado que el estudiante insistió en no cursar esa asignatura, debido a los inconvenientes con el profesor y a que ya contaba con una segunda lengua, que correspondía a su lengua materna: Uitoto. En esa oportunidad, la Corte concluyó que hubo discriminación y concedió el amparo del derecho a la igualdad.

5.9. En un contexto similar, en el que un docente realizaba comentarios ofensivos en el salón de clase, pero esta vez con base a la raza, fue objeto de estudio en la sentencia T-691 de 2012.[104] El estudiante referenció que mientras era observado con “risa de burla” por el profesor, este último expresaba comentarios como “eso es, un trato negrero, como un esclavo al que su amo debe darle latigazos para que trabaje”, entre otros. En esa oportunidad, la Corte Constitucional verificó los criterios para identificar un escenario de discriminación y concluyó que: i) efectivamente existe una relación de poder entre docente y estudiantes; ii) respecto del espacio señaló que se trató de un lugar institucionalizado y reglado, “lo cual refuerza y amplifica el poder del docente”; iii) con relación a la duración, consideró que no se trató de un hecho repetitivo y constante, sino que fue corto. Finalmente, afirmó que el estudiante “fue sometido a un escenario de discriminación”, pues tuvo que escuchar “expresiones lingüísticas que mantienen estereotipos racistas”, lo cual es “excluyente y margina”.

5.10. En otra oportunidad, este Tribunal se pronunció sobre la situación de una mujer negra, a quién se le negó la entrada a la oficina del ICETEX en Medellín para radicar “la documentación de unos líderes de Urabá para los créditos condonables de comunidades negras”. En la sentencia T-366 de 2013,[105] se constató: i) La relación de poder, pues al ser la única dependencia del ICETEX en la ciudad, “potenció su capacidad de decidir la

forma en la que le prestarían el servicio público por ella requerido”. ii) En el espacio estaban presentes las personas que también esperaban el ingreso, quienes advirtieron la restricción para el ingreso de la accionante, de modo que generó “sentimientos de vergüenza, frustración e indefensión frente a la decisión que le fue comunicada”. iii) Señaló que si bien el lapso de duración de la situación pudo ser breve, se intensificó cuando “quedó expuesta al escrutinio”.

6. La convergencia que suma y cualifica desventajas: El enfoque de interseccionalidad para establecer el impacto de la discriminación.

6.1. Los motivos de discriminación enunciados en el artículo 13 de la Constitución Política, como la raza, el sexo o la orientación política, no se despliegan de manera aislada en las relaciones sociales, sino que por el contrario, suelen encontrarse en una misma persona o grupo, profundizando las desventajas en las que se encuentran. Así lo advirtieron inicialmente las mujeres de raza negra, quienes encontraron que padecían formas diferenciadas de discriminación en comparación con las mujeres blancas.[106]

6.2. Esta Corporación ha expuesto que “ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos”. [107]

6.3. En este sentido, esta Corporación ha explicado la intersección de factores de discriminación en el caso de la violencia contra la mujer, pues muchas de ellas están expuestas no sólo por ser mujeres, sino por “su edad, en el caso de las niñas o adultas mayores; su situación financiera, cuando tienen escasos recursos económicos; su situación de salud física o psicológica, como sucede en el caso de quienes se encuentran en estado de discapacidad; su orientación sexual; su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas; de migrantes; de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas; de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas, afro descendientes o miembros de población Rom; las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros”. [108]

6.4. En este mismo sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la

protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, ha resaltado que existe una “relación entre la orientación sexual y la identidad de género y otras cuestiones, por ejemplo el racismo, la pobreza, la migración, la discapacidad y otros factores”. [109]

6.5. Como bien fue señalado en una de las intervenciones, la sociedad asocia el VIH/Sida con los hombres homosexuales, como un conjunto naturalmente inseparable. Así se enunció después de que se conocieron los primeros casos y se utilizaran expresiones como neumonía gay, cáncer gay, [110] o enfermedad inmune relacionada con la homosexualidad, como fue nombrada por el Centro de Control y Prevención de Enfermedades (CDC) de Estados Unidos, que reportó por primera vez la infección.

6.6. En este contexto cultural y social, en el que convergen estos dos factores de discriminación, como bien lo señaló la Defensoría Delegada para asuntos Constitucionales, las personas ven limitado el ejercicio de sus derechos “en un grado que no es experimentado por otros sectores de la sociedad”. Cuanto más sean los rasgos discriminatorios que confluyen en una persona, mayor será el número de barreras que encontrará para desarrollar su proyecto de vida libremente y vivir con dignidad. La coincidencia de factores de discriminación en una misma persona, suma desventajas para el goce efectivo de sus derechos, “potenciando la posibilidad de discriminación y de que esta le cause mayor daño”. [111]

6.7. De manera que los distintos motivos de discriminación pueden interactuar entre sí, generando distintas formas de experimentar la discriminación y exponiendo a las personas a sufrir tratos desiguales más nocivos y excluyentes. Por tanto, a continuación se exponen dos criterios sospechosos de discriminación que en el caso concreto serán analizados desde este enfoque.

7. Discriminación con base a la orientación sexual por no cumplir con la expectativa social asociada al sexo y la especial protección constitucional de la comunidad LGBTI.

7.1. La sociedad suele ordenar los roles de cada uno de sus miembros con base en distintos criterios, uno de ellos son las diferencias biológicas, de modo que a las mujeres y los hombres se les asigna tareas distintas porque se asume que sus capacidades y habilidades dependen de dicha condición dada por la naturaleza. A partir de esos roles,

paulatinamente se va configurando la identidad que la sociedad espera que cada uno de ellos asuma, expectativa que además se construye sobre una clave binaria, de manera que ser de un sexo excluye adoptar características del otro.[112] En ese sentido, el hombre debe entonces corresponder con el modelo del proveedor económico, cuyo comportamiento debe coincidir con gestos varoniles opuestos a los catalogados como femeninos, debe sentir gusto por una mujer, etc.

7.2. Ahora bien, cuando esas expectativas sobre lo que debe ser la identidad femenina y masculina no se cumplen, la respuesta de la sociedad es rechazar, juzgar, incluso condenar a la persona que no responde a lo que la sociedad espera de ella. Esta reacción de la sociedad puede manifestarse desde gestos como excluir socialmente, de modo que ya no se le invita a participar en reuniones públicas o privadas, se puede asociar a la persona con la locura u otras patologías, pasando por despidos con base a esa condición, hasta actos de violencia física.

7.3. Este tipo de discriminación que se realiza con base en rasgos particulares de las personas, en este caso, la identidad de género diversa, u otros criterios sospechosos, como la discapacidad, es lo que ha motivado que se reconozca la existencia de la discriminación estructural, es decir, que los actos y escenarios de discriminación en contra de grupos específicos no es aleatoria o circunstancial, sino que corresponde a unos patrones que se han venido repitiendo en el tiempo, causando la consolidación de barreras que impiden o dificultan el goce de los derechos por parte de esa comunidad. Además, debido a que son “cotidianos se naturalizan y en consecuencia se invisibilizan, ocultando así el transfondo discriminatorio”. [113]

7.4. La Corte Constitucional ha hecho referencia a la discriminación estructural respecto de la población en condición de discapacidad,[114] las mujeres,[115] población afrocolombiana,[116] y la población LGBTI.[117] Respecto de esta comunidad en particular, se ha señalado que ante “la coincidencia de criterios frente a la situación generalizada de desigualdad y tratamiento diferenciado arbitrario en contra de la población LGBTI, no hay duda alguna sobre el carácter estructural de la discriminación que atraviesan los miembros de la misma, debido a la preponderancia contextual de patrones sexistas y estándares de normalización que tienden a invisibilizar la problemática de la desprotección”. [118] De modo que las personas que pertenecen a este grupo son sujetos de

especial protección constitucional.

7.5. En este sentido, en la jurisprudencia constitucional se han abordado distintos casos de discriminación con base a la orientación sexual. En la sentencia T-291 de 2016,[119] fue objeto de estudio la situación en la que un hombre gay fue acusado de realizar actos obscenos al interior de un baño en un centro comercial y el personal de vigilancia lo retuvo, expuso a través de los pasillos y lo avergonzaron ante el público allí presente, dentro de los que se encontraba su jefe, un vecino y un policía que permaneció inmóvil. En esta ocasión, la Corte consideró que efectivamente se configuró un escenario de discriminación y ordenó el ofrecimiento público de disculpas.

7.6. En la sentencia T-141 de 2017,[120] la Corte estudió el caso de un hombre gay, quien era agredido verbalmente y físicamente por sus vecinos, dentro de los espacios de la copropiedad, con frases que hacían alusión a su orientación sexual, e incluso fue declarado persona no grata en el conjunto residencial. Allí se consideró que no corresponde al Juez definir una estética del lenguaje, pero si establecer cuando las expresiones tienen un uso discriminatorio “para establecer diferencias arbitrarias respecto de quien se dirige su discurso”. De modo que “todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación”, y por tanto constituye un acto de discriminación.

Con relación a la configuración del escenario de discriminación, i) Se constató la existencia de una relación simbólica de poder por la “limitación efectiva al ejercicio de los derechos” por el acto discriminatorio en sí mismo, y porque los accionados tenían ventaja al ser mayoría en el conjunto. ii) Respecto de los espectadores, pueden ser los demás vecinos como los transeúntes del lugar, además de que la ocurrencia de las agresiones era continua. iii) Frente al espacio, eran principalmente las zonas comunes. iv) Sobre la duración, “era constante por el vínculo de comunidad que mantienen”. v) En cuanto a las alternativas disponibles, se destacó la incertidumbre administrativa en la que se encontraba el conjunto residencial, que causó “la ausencia de fórmulas inmediatas al interior de la copropiedad”. Finalmente, vi) no se había consolidado para remediar la discriminación.

8. Estigma, derecho a la salud y especial protección constitucional de las personas que viven con VIH/SIDA.

I. ¿Qué significa vivir con VIH/Sida?

8.1. Antes de empezar a vivir con el VIH, los pacientes deben primero asimilar el diagnóstico. ¿Es VIH o SIDA? ¿Cuál es la diferencia? ¿Qué va a decir mi familia? ¿Y mi jefe, podré mantenerlo oculto o mis compañeros de trabajo lo notarán? Además de las múltiples preguntas, “el recién diagnosticado puede expresar que siente temor al imaginar el proceso de su agonía como una experiencia dolorosa, y el natural temor a lo desconocido hacen que el usuario/a padezca de ansiedad hasta llegar a estados de depresión prolongada”. [121]

8.2. Además, hombres y mujeres que viven con esta infección enfrentan un cambio drástico en su capacidad corporal para resistir los múltiples factores que suelen desafiar la salud humana. El cuerpo de cualquier persona lucha diariamente frente a las enfermedades oportunistas, pero la enfermedad impide que esto sea posible, por ello constantemente sufren gripa y muchas personas con VIH padecen tuberculosis. [122]

8.3. Adicionalmente, vivir con la enfermedad trasciende lo corporal y altera la forma como las personas son percibidas, así como ellas mismas se contemplan y habitan su familia y comunidad.

En mi casa, mi familia no me quiere ni ver, me preguntan si he tocado un pocillo o un plato y prefieren no comer a tocarlo; yo me encargo de vender periódicos en la calle y bueno eso es duro, pero esto es lo más duro que he sentido. Yo sabía de esta enfermedad pero no pensé que me diera a mí, tal vez me equivoque, tal vez hice algo malo y es mi castigo.

(...)

El morir socialmente por el VIH/SIDA lleva a cambios fuertes en la identidad. Ocurren transformaciones definidas por los que saben, los profesionales de la salud. A partir de un diagnóstico se considerara y se tratará a una persona, casi siempre, como un enfermo, afectando el rol familiar, social y la noción de si-mismo que se tenía previamente. [123]

8.4. Sin embargo, “la condición de VIH+ ha sido institucionalizada desde el Estado de una manera fragmentada; se centra en el cuerpo y no en el ser”. [124]

Inicialmente el VIH no se siente en el cuerpo, es posible que si se ha adquirido la infección muy recientemente se presenten fiebres, escalofríos, inflamación de ganglios, sudores y un

malestar general pasajero pudiéndose confundir con un resfriado, y que corresponde a la etapa inicial de la infección por VIH, pero luego entra en una etapa asintomática que en algunas personas puede durar entre 6 y 10 años. Las personas con VIH/SIDA sienten que sus defensas disminuyen, en la mayoría de los casos como lo plantean algunos miembros de las instituciones médicas ‘como resultado de la depresión y a la tristeza... en realidad podrían estar físicamente bien, pero los mata la tristeza’ (Aporte de Cecilia, 2008). Es un modelo sensorial según el cual, la culpa y la tristeza empiezan a ser articuladores de la conducta y los mediadores a través de los cuales se experimenta el cuerpo (Kogan, 2008), es decir una somatización. También algunos síntomas se padecen en el cuerpo con los medicamentos, estos inicialmente generan efectos secundarios que incluyen náuseas, fatiga, desorientación, pero a largo plazo hay signos notorios tales como la redistribución de las grasas, la depresión severa, pérdida o aumento de peso, en algunos casos cambios en la coloración de la piel y pérdida de cabello.[125]

8.5. De acuerdo con la Organización Colombia Diversa, existe un tratamiento médico que permite su manejo de manera similar a la diabetes.[126] Sin embargo, la imagen que tiene la mayoría de los individuos de la sociedad, vinculan el virus con la muerte, justamente porque esa es la información que reciben. Por ejemplo, una campaña de prevención de la agencia Rogenbogen en Alemania, fijó como imagen de la campaña de prevención del SIDA, el rostro de Hitler con el mensaje “asesino en masa”. [127]

En la cotidianidad se ven diariamente campañas publicitarias enfocadas a incentivar el uso de preservativos para evitar la ‘infección del VIH’. Cada una de esas campañas enfatiza el peligro del VIH como una enfermedad mortal. Esta asociación permanece en el público en general, la gente sigue relacionándola con la muerte.[128]

En este mismo sentido, esta Corporación indicó recientemente que “el actual tratamiento o terapia antirretroviral (TAR) ha probado ser una solución efectiva para eliminar los efectos adversos del VIH en el cuerpo humano, que, sin erradicar dicho virus del cuerpo, sí lo mantiene a raya”. [129] De manera que “la disminución de la carga viral del VIH como resultado de un adecuado TAR ha probado ser un factor determinante en la reducción de la transmisión de tal virus”. [130]

8.6. Al respecto, el número de muertes por esta infección ha descendido debido a la

disponibilidad de retrovirales, no obstante, según ONUSIDA, sigue siendo una cifra considerable y su impacto en quienes continúan conviviendo con ella, es la constante sensación de una muerte próxima.[131]

II. El estigma.

8.7. De acuerdo con el informe titulado Voces Positivas. Resultados del índice de estigma en personas que viven con VIH en Colombia, el estigma fue un término usado en la Grecia clásica para referirse a “una marca física que se les hacía a un grupo de personas que se encontraban marginadas de la estructura social”,[132] mientras que actualmente esta expresión está asociada a situaciones deshonrosas. En este sentido, “Las comunidades son las que definen que rasgos van a ser parte de los estigmas ya sea explícita o tácitamente (Parker y Aggleton, 2003)”.[133]

8.8. De esta manera, el estigma deriva de un prejuicio o una idea preconcebida y anclada en la sociedad sobre lo aceptable y aquello que debe ser rechazado. Estas creencias suelen ser entonces el antecedente del estigma y este último, a su vez, causa la discriminación.

8.9. En este sentido, se ha creado el índice de estigma y discriminación, con el objetivo de “determinar y documentar la forma en la que las PVVS[134] experimentan el estigma y la discriminación en sus contextos cotidianos”. Las variables que son incluidas en el estudio refieren a: murmuraciones de otros y negación de los servicios de salud, entre otros. Respecto de la primera, en el informe se señala que

Dentro de los tipos de discriminación las murmuraciones son las que adquieren mayor relevancia para las personas que viven con VIH, evidenciado en los altos porcentajes de este ítem. Las murmuraciones están relacionadas con los “chismes” que circulan al interior de círculos sociales en los cuales se mueve la persona que vive con VIH, generalmente comentarios cargados de connotaciones negativas relacionados con la divulgación de su estado de salud, su aspecto físico u otros elementos que contribuyen a aumentar el estigma (...) El 67% del total de la muestra encuestada ha percibido que otras personas murmuran con respecto a ellas y de ellas, el 43% atribuye estas murmuraciones al VIH o a la mezcla entre su condición de VIH y otra razón por la cual pueden estar siendo estigmatizados.[135]

8.10. Por su parte, la existencia del estigma y su expresión en las distintas relaciones sociales, impacta en la forma como las personas se ven a sí mismas, de modo que puede generarse un “estigma interno”. [136]

(..) Estas formas de discriminación pueden ser tanto de tipo externo (construidos desde la comunidad) como interno, desde los cuales se juzgan y se narra la propia conducta llevando a una auto discriminación, es decir una apropiación de la discriminación que se recibe desde fuera (Diez, 2003). [137]

8.11. Esta autoexclusión puede manifestarse durante el mismo tratamiento de la infección. Así se evidenció en los resultados de una investigación realizada en Ecuador, en la que se relató que “en lo que respecta al uso de servicios médicos, fueron los hombres quienes en mayor porcentaje dijeron haber evitado asistir a un hospital cuando lo necesitaba o evitar asistir a una clínica local cuando lo necesitaba”. [138]

8.12. Adicionalmente, la discriminación se manifiesta de diversas maneras y en múltiples escenarios, públicos y privados, en los que las creencias sociales que sustentan el estigma se expresan “a través de distintos tipos de violencia, como por ejemplo las burlas y los tratos humillantes”. [139] También, a través de comentarios ofensivos e irrespetuosos que desconocen la dignidad humana de quienes son los destinatarios de los mismos, como “mariposa” o expresiones como las relacionadas en los relatos de la Encuesta de Clima Escolar de 2016, que invaden la esfera privada de los seres humanos, a través de la referencia despectiva a partes íntimas del cuerpo.

III. Las dimensiones del derecho a la salud de las personas que viven con VIH y su especial protección constitucional.

8.13.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado en varias oportunidades que las personas portadoras de VIH/Sida se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y por tanto merecen una protección especial. [140] Efectivamente, esta Corporación ha resaltado que esta enfermedad “constituye un mal de incommensurables proporciones”, [141] de manera que “el infectado de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darles a

estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad”.

8.14.

En el mismo sentido, se ha señalado que “debido a las incalculables proporciones de ese mal, las personas infectadas ven amenazadas su existencia misma, y frente a ello no puede adoptar el Estado una posición indiferente, sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores”. [142] Debido entonces al desafío físico que significa para los pacientes enfrentar su condición de debilitamiento corporal “los portadores de VIH son sujetos de especial protección debido a que se está ante una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud, por lo que la sociedad debe tomar conciencia acerca de la situación en la que se encuentran estas personas con el objeto de brindarles un trato igualitario, solidario y digno con el fin de poder llevar a cabo una vida plena”. [143]

8.15. De igual manera, en la jurisprudencia constitucional se ha concluido que “las personas con VIH/SIDA, enfermedad catalogada como ruinosa, catastrófica y de alto costo, son acreedoras de una especial protección del Estado y de la sociedad, dada la condición de vulnerabilidad en que se encuentran, originada en el padecimiento grave, progresivo y mortal derivado de la enfermedad que afrontan, por lo que el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social debe ser reforzado”. [144]

8.16. Esta Corporación se pronunció recientemente sobre la discriminación que todavía sufren quienes padecen esta enfermedad y en la sentencia C-248 de 2019 [145] se reiteró la calidad de sujetos de especial protección constitucional y los múltiples entornos discriminatorios a los que están expuestos, pues “el universo de situaciones de discriminación negativa de que es objeto la población que vive con el VIH es tan amplio como el universo de situaciones de segregación o diferenciación a que tal población pueda enfrentarse en su cotidianidad”.

8.17. Por su parte, el derecho a la salud del que son titulares las personas que padecen VIH/SIDA ha sido objeto de análisis constitucional, en el sentido de asegurar el suministro de los medicamentos y servicios que sean necesarios para el tratamiento de esta enfermedad,

la cual, además, ha sido considerada por este Tribunal como una enfermedad catastrófica.[146] En la sentencia T-287 de 2016,[147] se ordenó continuar con el tratamiento médico de una mujer que padecía VIH/SIDA, que por haber cumplido la pena de prisión y haber salido del establecimiento penitenciario en el que se encontraba, fue desvinculada del servicio de salud. Del mismo modo, en la sentencia T-599 de 2015, una paciente con VIH/SIDA sufrió graves efectos adversos debido a que los antiretrovirales que venía consumiendo eran genéricos, lo que ocasionó la suspensión del tratamiento por 8 meses. La Corte consideró que la obligación de tratamiento integral incluye que la EPS realice un “seguimiento permanente y tomar las medidas pertinentes para disminuir los efectos adversos que presenta la paciente”.

8.18. Igualmente, T-228 de 2013,[148] el médico tratante ordenó a su paciente con VIH/SIDA, como parte de su tratamiento, el consumo del suplemento alimenticio Ensure, el cual fue negado por la EPS. En esta ocasión, la Corte ordenó a la accionada, suministrarlo en la cantidad y periodicidad indicada por el médico tratante. En otra oportunidad, la Corte ordenó en la sentencia T-323 de 2011, que los servicios de salud que requiriera un habitante de la calle que vivía con VIH/SIDA, no le fueran negados por parte de las instituciones de salud, en caso de que la persona se acercara a solicitarlos.[149]

8.19. El efecto del estigma en el entorno hospitalario “puede manifestarse a través de comportamientos inadvertidos e ideologías, como la homofobia, la transfobia, el racismo, y las percepciones negativas de personas que se inyectan drogas y esto puede generar espacios incómodos y actuar como una barrera para la prevención, tratamiento y cuidado del VIH”.[150]

8.20. Del mismo modo, es importante destacar que si bien la cultura presente en la sociedad con base al estigma está fuertemente arraigada, esto no quiere decir que no existan buenas prácticas que son un conjuro para la discriminación sutil y crean un entorno adecuado para que el tratamiento del VIH/SIDA sea efectivo para los pacientes. Estrategias como difusión de cartillas informativas,[151] reuniones para incentivar el acompañamiento y solidaridad entre los pacientes que padecen la misma enfermedad, reconocer los relatos de los pacientes a través de la circulación de sus historias, consejeros pares,[152] estudios que incluyen como parte de su equipo de investigación a personas que viven con VIH.[153]

8.21. Su transformación requiere un proceso de sensibilización y conocimiento público de la auténtica realidad científica de la enfermedad, para erosionar los mitos que existen en torno a ella, y a partir de allí desinstalar las creencias que dan vida a los estigmas.

8.22. Ahora bien, como bien ha sido señalado por la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, son cuatro las dimensiones del derecho a la salud: Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, estructura del derecho que ha sido acogida en la jurisprudencia constitucional. Estos componentes amplían el contenido del derecho más allá de la disponibilidad y la aceptabilidad, de manera que la accesibilidad trae un aspecto relevante para el presente caso, debido a que debe asegurarse que el acceso de los distintos servicios y prestaciones disponibles en el servicio de salud sea brindada sin discriminación

Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación. Los establecimientos, bienes y servicios de salud, deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

8.23. De manera que asegurar un entorno libre de discriminación es necesario para asegurar el debido acceso a los servicios de salud, de lo contrario, pueden naturalizarse y afianzarse barreas de hecho, visibles o invisibles, que dificultan y tornan frágiles los procesos médicos y administrativos que deben adelantar los pacientes para adelantar con éxito su tratamiento.

8.24. Del mismo modo, la dimensión de adaptabilidad exige que el Estado realice ajustes razonables para que el sistema de salud se adapte a las particulares situaciones sociales de los pacientes, desde disponer de un intérprete, pasando por la adaptación de la infraestructura física, hasta la organización de los procesos administrativos para minimizar los riesgos a los que están expuestos los pacientes, de ahí que en varios hospitales se dispongan pabellones para evitar la vulnerabilidad a nuevas enfermedades.

9.1. Teniendo en cuenta que los sujetos de especial protección constitucional se encuentran en una situación de indefensión respecto de las distintas relaciones sociales en las que

están inmersos, es necesario que dentro del escenario judicial en el que se debate la existencia de los actos discriminatorios, “se cree un escenario probatorio justo, apropiado y sensato, en donde las partes involucradas se ubiquen en un plano de igualdad de condiciones”. [154]

La dificultad inherente a la prueba de los actos discriminatorios, ha sido una cuestión señalada por esta Corporación en su jurisprudencia. De manera que “los ciudadanos afectados no cuentan con los medios suficientes para probar la existencia de dichos actos desfavorables y que vulneran sus derechos fundamentales, por lo que resulta imperioso aplicar el criterio constitucional de relación asimétrica o discriminación o estado de mayor vulnerabilidad” [155]

9.2. Las reglas jurisprudenciales en este sentido son las siguientes:

Las víctimas de actos de discriminación por razones de raza, sexo, idioma, religión u opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, son sujetos de especial protección constitucional. Ésta es la premisa principal y con ella se le impone al juez de tutela el deber de implementar todas las medidas habidas para brindar a estas personas el goce efectivo de acceso a la administración de justicia, se busque la justicia material con prevalencia del derecho sustancial y se garantice un juicio flexible que se ajuste a sus condiciones particulares.

En los casos donde se discuta la existencia de un trato basado en cualquiera de las categorías sospechosas de discriminación o que se presente alguna situación de sujeción o indefensión, opera, prima facie, una presunción de discriminación que debe ser desvirtuada por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio [156]. En esencia, la Corte estableció esta regla con base en dos razones: (i) debido a la naturaleza sospechosa de los tratamientos diferenciales en comentario; y (ii) en atención a la necesidad de proteger a todas las personas o grupos sociales que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios.

Por último, y en armonía con la regla anterior, la autoridad judicial debe aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a

los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales[157]. En otros términos, el juez de tutela debe trasladar la carga de la prueba a la persona (natural o jurídica) que presuntamente ejerce el trato diferencial, pues ésta cuenta con todos los medios suficientes para demostrar que su proceder no constituye o no se enmarca en algún acto discriminatorio[158], lo que significa que es insuficiente para el operador jurídico la simple negación de los hechos por parte de quien se presume que los ejecuta.[159]

10. El derecho fundamental de Habeas Data y la reserva de la historia clínica.

10.1. Esta Corporación ha reiterado que la historia clínica es “un documento privado, de obligatorio diligenciamiento para el cuerpo de salud, contentivo de todos los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurados de manera ordenada, detallada y cronológica”. [160] De manera que toda la información que allí ha sido consignada pertenece al paciente, mientras que al centro hospitalario corresponde su custodia,[161] lo que implica que su acceso es reservado y sólo puede ser conocido por su titular y excepcionalmente por terceros.

10.2. El derecho fundamental de habeas data es una garantía constitucional “que permite a las personas naturales y jurídicas conocer, actualizar y rectificar la información que sobre ellas se haya recogido en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”. [162] De manera que las instituciones que tienen a cargo la custodia de estos documentos no pueden negar que los pacientes accedan a ella, pues en ese caso vulneran no sólo el derecho de habeas data y petición, sino que indirectamente el derecho a la salud también resulta afectado, cuando dicha información es necesaria para tratamientos médicos.[163]

10.3. De esta forma, existe una relación directa entre el derecho a la salud y el derecho de habeas data, pues es con base a la información que allí reposa que es posible diagnosticar y formular los medicamentos y demás prestaciones requeridas por el paciente para sobrellevar y/o superar su enfermedad. Obviar información relevante para la comprensión de la enfermedad y su evolución específica en las particulares condiciones en las que se encuentra el paciente, puede llevar consigo afectaciones en la salud de las personas.

10.4. En este sentido, la guía para el manejo del VIH/Sida del Ministerio de Protección Social, destacó que es necesario registrar en la historia clínica “la tolerancia a las medicinas, con especificación de los efectos adversos”,[164] pues ciertamente, de ello depende una atención en salud adecuada y pertinente, según sea la respuesta al tratamiento antirretroviral. Ahora bien, en el mismo documento, se resaltó la información que debe valorar el profesional de la salud, una vez la persona ha sido diagnosticada con VIH:

a. Componentes de la evaluación médica inicial (IIIB)

Se destacan los aspectos más importantes a tener en cuenta en la valoración de los pacientes con diagnóstico de VIH

b. Anamnesis

1. Fecha de diagnóstico de VIH.

2. Complicaciones asociadas al VIH, incluyendo infecciones oportunistas, neoplasias y síntomas relacionados.

3. Comorbilidades: neuropatía, enfermedad gastrointestinal, hepatitis viral, dislipidemia, diabetes, enfermedad renal.

(...)

8. Comportamientos y hábitos como el uso de cigarrillos, alcohol, sustancias psicoactivas, prácticas sexuales incluyendo uso de condón y anticonceptivos.[165] (Negrilla fuera del texto original).[166]

11. Resolución del caso concreto

11.1. En cuanto al derecho a no ser discriminado en entornos sanitarios, es necesario primero abordar este caso desde la perspectiva de la interseccionalidad, pues efectivamente la identidad del accionante coincide con dos criterios sospechosos de discriminación: es una persona homosexual y además, convive con VIH/Sida. Este enfoque es vital, teniendo en cuenta que los motivos con base a los cuales se discrimina a las

personas no operan de manera aislada, sino que en muchos casos se encuentran y de ese modo incrementan las consecuencias negativas de esas exclusiones.

11.2. Diversos estudios y la jurisprudencia misma ilustran los entornos discriminatorios que deben enfrentar las personas que viven con VIH en contextos hospitalarios, el cual se incrementa cuando una persona es homosexual. En ese contexto, procede entonces incorporar al análisis las reglas de la carga dinámica de la prueba, según la cual corresponde al accionado probar que no ocurrieron los actos discriminatorios que se le endilgan, de modo que la presunción es a favor del sujeto discriminado. En este caso, además de que el accionante está expuesto a una mayor carga de estigma y discriminación porque reúne dos condiciones que fundamentan la protección constitucional especial a su favor, se suma que el Hospital Militar de Bucaramanga y el Dispensario Médico no evidenciaron la implementación efectiva de acciones tendientes a sensibilizar al personal sanitario y administrativo, así como tampoco disponen de un programa especial, coherente con los lineamientos del Ministerio de la Protección Social, para atender de manera efectiva a esta población. Simplemente allegaron un acta de capacitación, reunión a la que asistieron 5 personas, solamente del personal administrativo.

11.3. El argumento recurrente de los accionados es la continuidad en la prestación de los servicios médicos y entrega de medicamentos, sin que hicieran alusión alguna a la comprensión de las condiciones particulares del paciente y la complejidad de la enfermedad que padece, así como la dificultad de su manejo, como ha sido reconocido en las guías del Ministerio de Salud y Protección Social. Por el contrario, las entidades accionadas señalaron que se trata de un paciente “difícil”, que se ha negado en más de una ocasión a realizarse estudios de laboratorio y a seguir el tratamiento con antirretrovirales.

11.4. Ciertamente los pacientes con VIH/Sida son difíciles, pues se trata de una enfermedad catastrófica, que se caracteriza además porque el paciente maneja un alto nivel de culpa, que lo lleva a además a interiorizarlo, y causa que caiga en episodios de depresión, que lo pueden llevar a dejar de asistir a su tratamiento. A esto se suma los efectos colaterales de los medicamentos que debe tomar para tratar su enfermedad y en este sentido están documentados con evidencia médica las contraindicaciones que deben padecer, desde mareos, pasando por la pérdida del cabello hasta consecuencias en la salud mental, situación que requiere una respuesta humanista e interdisciplinar por parte del

equipo médico y administrativo del hospital. En este contexto, la Sala de Revisión, encuentra que los actos discriminatorios son ciertos en virtud de la presunción de discriminación a la que se hizo referencia en la parte considerativa de esta providencia.

11.5. A esto se suma, como bien fue señalado en la intervención de la Organización Colombia Diversa, que el deseo más profundo de quienes padecen esta enfermedad es la confidencialidad, y no expondrían esta condición si no fuese porque sienten una fuerte necesidad de reivindicar sus derechos, pese a exponerse a que personas desconocidas, durante el trámite del amparo, conozcan su situación. Efectivamente,

Muchos de los pacientes que asisten a clínicas en Quito, vienen de otras regiones en busca de mejor atención y ante todo de confidencialidad (la mayoría busca el hospital de su preferencia de acuerdo: a las referencias que tengan sobre los médicos y que permita minimizar la posibilidad de encontrarse con algún conocido (...)) Uno no habla casi...con nadie, se siente que lo están mirando y da mucho susto encontrarse con alguien que lo pueda reconocer (Aporte de Carlos)"[167]

Una de las encargadas de entregar los medicamentos nos comenta que es difícil a veces hacer la entrega de tal forma que los otros pacientes no se den cuenta (Aporte de licenciada, 2008).

En este mismo sentido, los resultados de un estudio realizado en Guatemala, evidenciaron que las personas suelen comentar la enfermedad con los miembros de su familia nuclear, mientras que "sus amistades y otros familiares adultos se enteraron sin su consentimiento".[168]

11.6. En consecuencia y con base a lo expuesto hasta aquí, el relato dado por el accionante en el escrito de tutela sobre las burlas, tratos discriminatorios, y en general el entorno incómodo y displicente que encuentra en el Hospital Militar y en el Dispensario Médico de Bucaramanga, se presumen ciertos.

11.7. Ahora bien, el relato del accionante ilustra escenarios de discriminación en los que, cuando acude a reclamar autorizaciones y citas médicas escucha expresiones como "Ahí viene el marica que tiene SIDA" y otros tratos que el accionante percibe como ofensivos y excluyentes, que en general causan un entorno incómodo y estresante para el paciente. El

escenario de discriminación que esta situación crea, según los criterios constitucionales, es el siguiente:

Primero. En el contexto de solicitud de citas médicas y reclamo de autorizaciones, ciertamente hay una relación de poder porque quien necesita de aquellos es el paciente, mientras que quienes disponen de ellos es el personal administrativo. Es la persona quien hace la solicitud quien debe sujetarse a los horarios de entrega, la amabilidad o desdén de quien los entrega, etc.

Segundo. En la medida que el accionante debe acudir constantemente al hospital y cuando se encuentra allí siente el entorno discriminatorio, se configura una mayor afectación de sus derechos, pues no se trata de una situación esporádica, sino frecuente. Además, cuando hay otros pacientes presentes y recibe comentarios ofensivos y alusivos a su homosexualidad y su enfermedad, hay espectadores, cuya presencia intensifica la sensación de ofensa.

Tercero. El espacio en el que ocurren estas situaciones es pública y corresponde a una institución de salud que debería tener una reglamentación para atender de manera adecuada a los pacientes con VIH/Sida, de modo que se atienda a sus particulares circunstancias; sin embargo, existe una oficina para atención preferencial, pero que traslada la carga al usuario para que la active y no se ofrece una ruta para estos pacientes.

Cuarto. La duración del acto discriminatorio en este caso puede tardar unos segundos, si se trata de la expresión de un comentario burlesco. En contraste, puede extenderse durante todo el lapso de una cita médica o mientras espera la entrega de una autorización o medicamentos, en aquellas ocasiones en las que el actor siente incomodidad, percibe que está siendo despreciado, le trasladan culpa o siente estigmatización.

Quinto. Las alternativas con las que dispone el accionante son escasas, pues dado que se trata del servicio médico de las Fuerzas Militares, la persona afectada no puede solicitar fácilmente la prestación del servicio en otro punto de atención. Por su parte, dejar de asistir al Hospital implicaría dejar su tratamiento médico con las consecuencias que esto traería para su salud.

Sexto. De acuerdo al escrito de tutela, el accionante ha presentado derechos de petición en

búsqueda de un cambio en el entorno discriminatorio que percibe, al respecto la entidad accionada respondió que había realizado algunas capacitaciones, sin que haya adjuntado evidencia de los mismos, tal como le fue solicitado en el auto de pruebas. La accionada insistió en que se trata de un paciente “difícil”, sin que muestre una estrategia o plan institucional para enfrentar el entorno discriminatorio y superar las dificultades en la relación con el paciente.

11.8. Ahora bien, en este caso el derecho a la salud, en su componente de adaptabilidad también resulta lesionado. Como bien ha sido documentado en estudios de otros países, dado que la entrega solo se da de lunes a viernes, quienes trabajan deben solicitar permiso, y como debe ser mensual, puede que en la oficina comiencen a pensar que tiene VIH. “preguntan uno que tiene que debe ir siempre al hospital y bueno, no hay tanto que se pueda uno inventar, y tarde o temprano se darán cuenta”.[169] Por tanto, deben las instituciones de salud considerar el derecho a la intimidad de estos pacientes y valerse de las herramientas tecnológicas actualmente disponibles, de modo que puedan descargar las autorizaciones por internet. Pues ciertamente cuando se entregan los antiretrovirales en la farmacia y se conceden las autorizaciones, quienes realizan estas labores pueden enterarse de la enfermedad que padece la persona que solicita estos servicios.

Respecto al agendamiento de citas médicas, los funcionarios del Dispensario médico de Bucaramanga informaron que es posible realizarlas a través de call center, de manera que el actor dispone de un medio idóneo para programarlas, sin necesidad de desplazarse hasta el Hospital Militar de Bucaramanga.

11.9. En segundo lugar, en relación con el derecho fundamental de habeas data, el accionante cuestionó que la información relacionada con su orientación sexual sea consignada en su historia clínica, a lo que agregó que personas diferentes a su médico tratante saben de su enfermedad y que algunos funcionarios la hacen pública.

Esta situación, en la que circula información relacionada con la enfermedad y la orientación sexual del accionante es indiscutiblemente contraria a la confidencialidad de la historia clínica y deben las instituciones encargadas de su custodia tomar todas las medidas para que estos datos, de los que son dueños los pacientes, se mantengan en estricta reserva. Comentarios del personal médico y administrativo en ascensores o cafeterías, sobre las

enfermedades de los pacientes, así como otras prácticas que lesionan el derecho de habeas data, deben advertirse y prevenirse.

Ahora bien, en lo relacionado con la orientación sexual y las prácticas sexuales del paciente con VIH, la Guía del Ministerio de Salud señala que con base a la evidencia médica es fundamental que dicha información sea suministrada para realizar la anamnesis luego del diagnóstico. De manera que con el fin de proporcionar un tratamiento médico de calidad, se trata de una información necesaria que debe estar consignada en la historia clínica.

11.10. Por otro lado, dos de los funcionarios del Dispensario Médico de Bucaramanga, quienes se desempeñan en el cargo de Auxiliar de Registro, manifestaron que una de sus funciones es “efectuar registros en la plataforma SALUD.SIS”.^[170] Una vez revisada la información disponible en dicho sistema, puede observarse que allí se enlistan las valoraciones realizadas al paciente y para cada una de ellas se especifica el diagnóstico, de manera que allí aparece con claridad que el actor padece “enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)”.^[171]

Como ha sido mencionado previamente, la historia clínica es un documento reservado y que sólo puede estar disponible para el paciente y los médicos tratantes. No obstante, el registro de la enfermedad que padece el actor en un sistema de información al cual tienen acceso personas diferentes a quienes constitucionalmente están autorizadas, es claramente una vulneración al derecho de habeas data.

En efecto, siendo el paciente dueño de la información que es consignada en la historia clínica y el hospital el custodio de la misma, no se encuentra ninguna justificación para que dichos datos estén visibles en una plataforma que tiene fines administrativos y a la cual acceden, en principio, los auxiliares de registro del Dispensario Médico de Bucaramanga, pero pueden ser más las personas que utilicen dicho sistema como parte del desarrollo de diversos procesos administrativos. De manera que varias personas pueden saber que el actor padece VIH/Sida, con lo cual se vulnera el derecho fundamental de habeas data del actor.

Por todo lo anterior, la Sala de Revisión estima que las entidades y funcionarios accionados vulneraron el derecho a la igualdad, habeas data y salud del peticionario.

III. DECISIÓN

El Hospital Militar de Bucaramanga y el Dispensario Médico de la misma ciudad, vulneraron el derecho a la igualdad y a la salud del accionante, cuando a través de actitudes y comentarios ofensivos que aludían a la homosexualidad y enfermedad del paciente, crearon un entorno discriminatorio, el cual es un ambiente desfavorable para el exitoso tratamiento que debe adelantarse. Del mismo modo, vulneró el derecho de habeas data al no disponer de protocolos y medidas tendientes a asegurar la confidencialidad y reserva de la historia clínica.

Por lo anterior, en la parte resolutive de esta sentencia se le ordenará a las entidades accionadas adoptar un plan de mejoramiento dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, con asesoría de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el objetivo de documentar prácticas discriminatorias y los protocolos pertinentes para prevenirlas y dar trámite a quejas relacionadas con este tema, así como adoptar los lineamientos de las guías de atención de pacientes con VIH/Sida del Ministerio de Salud y Protección Social. Igualmente, deberá incluir acciones de mejora y un protocolo de buenas prácticas para mantener la reserva de la historia clínica.

Del mismo modo, se ordenará al Hospital Militar de Bucaramanga y al Dispensario Médico de la misma ciudad, que concierte, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, una reunión con los funcionarios que fueron accionados en este proceso, junto con la Defensoría del Pueblo, para que se socialicen los argumentos de esta sentencia. Esta reunión debe realizarse dentro del mes calendario siguiente a su agendamiento.

Igualmente, las entidades accionadas deberán adoptar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, un mecanismo para que los pacientes con VIH/Sida puedan descargar las autorizaciones vía internet, dentro de los tres (3) días siguientes a la orden dada por el médico tratante, de modo que no tenga que exponerse a filas que debiliten aún más su cuerpo. Este aplicativo puede extenderse a otros pacientes, de manera que puedan también obtener un servicio eficiente y sin necesidad de hacer filas.

Finalmente, se ordenará al Hospital Militar de Bucaramanga y al Dispensario Médico de la

misma ciudad, que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, elimine toda la información relacionada con el diagnóstico del paciente en la plataforma SALUD.SIS, y que del mismo modo, proceda con los demás pacientes que padecen la misma enfermedad. Igualmente, que se abstenga en el futuro de incluir esta información en dicha plataforma.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Bucaramanga, proferida el 2 de noviembre de 2018 y REVOCAR la sentencia de la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 11 de diciembre de 2018. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a no ser discriminado, la salud y al habeas data del accionante.

SEGUNDO.- ORDENAR al Hospital Militar de Bucaramanga y al Dispensario Médico de la misma ciudad, adoptar un plan de mejoramiento dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, con asesoría de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el objetivo de documentar prácticas discriminatorias y los protocolos pertinentes para prevenirlas y dar trámite a quejas relacionadas con este tema, así como adoptar los lineamientos de las guías de atención de pacientes con VIH/Sida del Ministerio de Salud y Protección Social. Igualmente, deberá incluir acciones de mejora y un protocolo de buenas prácticas para mantener la reserva de la historia clínica.

TERCERO.- ORDENAR al Hospital Militar de Bucaramanga y al Dispensario Médico de la misma ciudad, que concierte, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, una reunión con los funcionarios que fueron accionados en este proceso, junto con la Defensoría del Pueblo, para que se socialicen los argumentos de esta sentencia. Esta reunión debe realizarse dentro del mes calendario siguiente a su agendamiento.

CUARTO.- ORDENAR al Hospital Militar de Bucaramanga y al Dispensario Médico de la misma ciudad, que dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, adopte un mecanismo para que los pacientes con VIH/Sida puedan descargar las

autorizaciones vía internet, dentro de los tres (3) días siguientes a la orden dada por el médico tratante, de modo que no tenga que exponerse a filas que debiliten aún más su cuerpo. Este aplicativo puede extenderse a otros pacientes, de manera que puedan también obtener un servicio eficiente y sin necesidad de hacer filas.

QUINTO.- ORDENAR al Hospital Militar de Bucaramanga y al Dispensario Médico de la misma ciudad, que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta sentencia, elimine toda la información relacionada con el diagnóstico del paciente en la plataforma SALUD.SIS, y que del mismo modo, proceda con los demás pacientes que padecen la misma enfermedad. Igualmente, que se ABSTENGA en el futuro de incluir esta información en dicha plataforma.

SEXTO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El relato de la acción de tutela fue complementado con las pruebas documentales

archivadas en el expediente, con el fin de precisar los hechos.

[2] El nombre ha sido cambiado en el texto de la providencia publicada, con el fin de proteger el derecho a la intimidad del accionante.

[3] Cuaderno primera instancia, folio 6.

[4] Ibíd., folios 8 y 9.

[5] El accionante es atendido en el Hospital Militar de Bucaramanga porque cuenta con el grado de mayor de la Fuerza Aérea Colombiana, tal como consta en el registro de SALUD.SIS, visible a folio 26 del cuaderno de primera instancia.

[7] Ibíd.

[8] Ibíd.

[9] Ibíd.

[10] Ibíd.

[11] Cuaderno primera instancia, folio 2.

[12] Ibíd., folio 25.

[13] Ibíd.

[14] Ibíd.

[15] Ibíd., folios 26 a 31.

[16] Ibíd., folio 27.

[17] Ibíd.

[18] Por medio de la ley 352 de 1997 se reestructuró el Sistema de Salud y se dictaron otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. “Artículo 21. DEBERES DE LOS AFILIADOS Y BENEFICIARIOS. Son deberes de los

afiliados y beneficiarios: a) Procurar el cuidado integral de su salud, la de sus familiares y la de la comunidad y dar cabal cumplimiento a todas las disposiciones que en materia preventiva, de seguridad industrial y de higiene determine el SSMP. b) Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y el de sus beneficiarios; c) Cuidar y hacer uso racional de los recursos, las instalaciones y la dotación, así como de los servicios; d) Pagar oportunamente las cotizaciones a que haya lugar”.

[19] Cuaderno primera instancia, folio 47.

[20] Cuaderno primera instancia, folio 50.

[21] *Ibíd.*, folio 51.

[22] *Ibíd.*, folio 66.

[23] Esta providencia se ocupó del estudio de una acción de tutela interpuesta por una persona con orientación sexual diversa, quien fue acusada por los vigilantes del centro comercial Portal del Prado de Barranquilla, de realizar actos obscenos con otra persona del mismo sexo.

[24] Cuaderno primera instancia, folio 66.

[25] Cuaderno segunda instancia, folio 28

[26] *Ibíd.*

[27] *Ibíd.*, folio 29.

[28] *Ibíd.*, folio 29.

[29] Las preguntas formuladas al accionante fueron las siguientes: (i) La descripción detallada de los comportamientos y actitudes que considera discriminatorios por parte de los funcionarios del hospital y cuánto tiempo los ha experimentado. (ii) Las circunstancias de la divulgación verbal de su enfermedad. (iii) Las oportunidades en las que se ha dado respuesta negativa a las solicitudes verbales de asignación de citas médicas en el último año. (iv) El número de veces y el lapso que ha tardado la entrega de medicamentos en el último año. Del mismo modo, el accionante debe allegar copia de los derechos de petición

que fueron mencionados en el escrito de tutela y de los escritos de respuesta. Por su parte, a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Dispensario Médico de Bucaramanga, se le presentó el cuestionario que sigue: 1. ¿Ha habido retrasos durante el último año – abril de 2018 a abril de 2019 en la entrega de los medicamentos ordenados a favor del afiliado Gabriel? En caso afirmativo, exponer las razones del despacho tardío de los mismos y adjuntar los soportes respectivos, claros y legibles. 2. ¿Ha habido retrasos durante el último año – abril de 2018 a abril de 2019- en la entrega de medicamentos ordenados a favor de otros pacientes con orientación sexual diversa y que viven con VIH? En caso afirmativo, exponer las razones del despacho tardío de los mismos y adjuntar los soportes respectivos, claros y legibles. 3. ¿Ha habido tardanza durante el último año – abril de 2018 a abril de 2019- en la entrega de medicamentos ordenados a favor de pacientes con otras patologías? En caso afirmativo, exponer las razones del despacho tardío de los mismos y adjuntar los soportes respectivos, claros y legibles. 4. En relación con el cuadro llamado reporte de entrega de medicamento, que fue adjuntado durante el trámite de tutela de primera instancia, precisar el título completo de cada una de las columnas. 5. Adjuntar el texto completo de la sentencia de tutela proferida el 11 de noviembre de 2009 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. 6. Respecto a la atención prioritaria a la que hizo referencia la Directora del Dispensario Médico, (i) ¿Qué servicios especiales presta el punto de atención para personas con discapacidad, mujeres embarazadas y personas de la tercera edad? (ii) ¿A qué condición especial del usuario se refiere para que sea atendido por ese punto de atención? (iii) ¿Cuál es el procedimiento para ser beneficiario de atención prioritaria en caso de estar dentro de la situación especial? 7. ¿La Dirección de Sanidad Militar ha solicitado a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Interior el otorgamiento del sello #aquíentrantodos, regulado por el Decreto 410 de 2018 y la Resolución 0963 de 2018? 8. ¿Existen proyectos institucionales culminados y/o en curso, dirigidos a la sensibilización y educación del personal sanitario y administrativo respecto a los prejuicios y estigmas que soportan las prácticas discriminatorias contra la población con orientación sexual diversa que vive con VIH?

[30] Cuaderno de revisión, folios 111 a 127.

[31] Al respecto fue citada la sentencia T-661 de 2013, reiterada en las providencias T-001 de 2016 y T-427 de 2017.

[32] Acerca del uso de la Observación General No. 14, por parte de la Corte Constitucional para analizar el contenido del derecho a la salud, fue citada la sentencia C-313 de 2014, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[33] Respecto a la Ley Estatutaria de Salud, destacaron la sentencia C-313 de 2014 que analizó su constitucionalidad, reiteró lo establecido por el Comité DESC y ahondó sobre las facetas positivas y negativas del derecho a la salud.

[34] RAYNER K, Tan. 2018. Internalized Homophobia, HIV Knowledge, and HIV/AIDS Personal Responsibility Beliefs: Correlates of HIV/AIDS Discrimination among MSM in the Context of Institutionalized Stigma. En Journal of Homosexuality, DOI: 10.1080/00918369.2018.1491249.

[35] NADAL, Kevin y RIVERA, David. 2012. Stigma and its role in HIV prevention and care of gay and bisexual men. En Psychology and AIDS Exchange Newsletter.

[36] Por sus siglas en inglés: Gay and Bisexual Men Living with HIV/Aids.

[37] GETER, Angelica y HeRRON, Adrienne. 2018. HIV-Related Stigma by Healthcare Providers in the United States: A Systematic Review. En AIDS patient care and STDs.

[38] Al respecto citaron la sentencia T-314 de 2011, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[39] Sobre este tema fue citada la sentencia T-248 de 2012, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[40] Con relación a este aspecto fueron citadas las sentencias T-596 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y T-174 de 2013, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[41] En cuanto a este asunto citaron las sentencias T-098 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-691 de 2012, MP. María Victoria Calle Correa; T-141 de 2015; MP. María Victoria Calle Correa T-291 de 2016, MP. Alberto Rojas Ríos y T-426 de 2017, MP. Cristina Pardo Schlesinger.

[42] La sentencia referenciada fue la T-338 de 2018, MP. Gloria Stella Ortiz.

[43] Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2012, MP. Humberto Sierra Porto.

[44] Cuaderno de revisión, folios 45 a 104.

[45] Cuaderno de revisión. Folios 101 a 102.

[46] Cuaderno de revisión, folio 49.

[47] Ibíd.

[48] Cuaderno de revisión, folios 105 a 110.

[49] Cuaderno de revisión, folio 106.

[50] Al respecto, señaló que “esta clasificación fue propuesta por Timo Makkonen quien fue antecedida por Kimberlé Crenshaw”, quien planteó en su estudio *Critical Theory* (1995) que “la discriminación por raza y género interactúan en las mujeres, estudiando especialmente el caso de las mujeres afroamericanas”.

[51] Citado en el escrito de intervención con base a los textos: Chacartegui, C. (2010) *Mujer, discriminación múltiple y exclusión social*. En Pérez de la Fuente y *Mujeres: Luchando por la igualdad, Reivindicando la Diferencia*. Madrid: Dykinson. Pág. 40.

[52] Sobre este tema citó los Autos 092 de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Auto 006 de 2009, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, así como las sentencias T-141 de 2015, MP. María Victoria Calle Correa; C-754 de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-392 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[53] Al respecto fue citada la sentencia T-314 de 2011, MP. Alberto Rojas Ríos.

[54] Al respecto se citó la sentencia T-691 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa.

[55] Corte Constitucional, sentencia T-314 de 2011, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[56] Aquí se enunció que al análisis de este criterio debe ser respecto de los efectos diferenciales y no sobre el trato diferencial, y remitieron a ver la sentencia T-909 de 2011, MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[57] Ibíd.

[59] Con relación a este tema fue citado el informe titulado: Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. 2018. Párrafo 157.

[60] Sobre este asunto fue citado el texto Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva 24 de 2017. Párrafo 49.

[61] Con relación a este tema fue citado el informe titulado: Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. 2018. Párrafo 157.

[62] Los principios de Yogyakarta plus 10. Principios adicionales y obligaciones de los Estados en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la orientación sexual, identidad de género, expresiones de género y características sexuales para complementar los principios de Yogyakarta. 2017. Principio 17.

[63] Al respecto aludieron a la sentencia T-033 de 2018, MP. Diana Fajardo Rivera.

[64] Involucra transporte, alojamiento y viáticos, exoneración de copagos y cuotas moderadoras, así como traslado de aseguradora.

[65] Cuaderno de revisión. Folios 130 a 137.

[66] Para cada una de las guías fue relacionado el respectivo link de acceso.

[67] Al respecto fueron relacionados los siguientes enlaces:
<https://www.youtube.com/watch?v=JBn1rEjWGi4>

<https://www.youtube.com/watch?v=AQayoWA6Z0M>

<https://www.youtube.com/watch?v=pgml27Tvlhw>

<https://www.youtube.com/watch?v=vRKfwOSaEz0>

<https://www.youtube.com/watch?v=8OY54BCAuiM>

https://www.youtube.com/watch?v=FRuY_932Uio

[68] Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil, citada en la sentencia T-141 de 2017, MP. María Victoria Calle Correa.

[69] Corte Constitucional. Sentencia T-648 de 2016, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[70] Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 2017, MP. María Victoria Calle Correa.

[71] Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 1993, MP. Antonio Barrera Carbonell, citada en la sentencia T-141 de 2017, MP. María Victoria Calle Correa.

[72] Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 2017, MP. María Victoria Calle Correa. Algunas providencias de reiteración son: T-229 de 2016, MP. Jorge Iván Palacio Palacio; SU-055 de 2015, MP. María Victoria Calle Correa y T-1103 de 2005, MP. Jaime Araujo Rentería.

[73] “Artículo 25. Indemnizaciones y costas. (...) Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”.

[74] “Artículo 38. Actuación Temeraria. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que hay lugar”.

[75] Algunas decisiones en las que la Corte Constitucional ha establecido la existencia de cosa juzgada parcial son: C-573 de 2011, MP. Mauricio González Cuervo y T-141 de 2017, MP. María Victoria Calle Correa. En esta última, el asunto objeto de controversia también involucró tratos discriminatorios con base a la orientación sexual por parte de los vecinos del accionante.

[76] Cuaderno de primera instancia, folio 1.

[77] *Ibíd.*

[78] Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2008, MP. Humberto Antonio Sierra Porto y T-048 de 2012, MP. Juan Carlos Henao Pérez. citadas en la sentencia T-209 de 2013, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[79] Corte Constitucional, sentencia T-531 de 2012, MP. Adriana María Guillén Arango (E), citada en la sentencia T-209 de 2013, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[80] Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[81] Corte Constitucional, sentencia T-036 de 2017, MP. Alejandro Linares Cantillo.

[82] Corte Constitucional, sentencia T-621 de 2017, MP. Alberto Rojas Ríos. Ver también sentencia T-1110 de 2005, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[83] Al respecto ver las sentencias T-513 de 2015, MP. María Victoria Calle Correa, T-490 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-295 de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández, citadas en la sentencia T-033 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera.

[84] MP. María Victoria Calle Correa.

[85] La Sala de Revisión encontró que la Dirección General de Sanidad Militar fue desvinculada del trámite constitucional en la sentencia de primera instancia, y que además, las acciones presuntamente lesivas de los derechos fundamentales del accionante son atribuidas al Dispensario Médico de Bucaramanga y al Hospital Militar de la misma ciudad, así como algunos funcionarios de dichas instituciones.

[86] SANDEL, Michael. Justicia ¿Hacemos lo que debemos? 2012.

[87] Corte Constitucional. Sentencias T-098 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-288 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-022 de 1996, MP. Carlos Gaviria Díaz; T-1042 de 2001, MP. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1167 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-030 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-393 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra; T-062 de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-691 de 2012, MP. María Victoria Calle Correa.

[88] Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales;

[89] Artículo 3.1 de la Carta de la OEA; Artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

[90] Artículo 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” y el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre otros.

[91] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

[92] Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[93] Corte Constitucional, sentencia T-141 de 2017, MP. María Victoria Calle Correa.

[94] Ibíd.

[95] Ibíd.

[96] Ibíd.

[98] Ibíd.

[99] Ibíd.

[100] Ibíd.

[101] Ibíd.

[102] Ibíd.

[103] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[104] MP. María Victoria Calle.

[105] MP. Alberto Rojas Ríos.

[106] Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 2015. MP. María Victoria Calle Correa.

[107] Corte Constitucional. Sentencia T-448 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[108] Corte Constitucional. Sentencia T-448 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[109] Naciones Unidas. Informe del experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. 2017. Párrafo 21.

[110] Ver numeral 5.8 que contiene la cita textual del artículo científico que señala el uso de estas expresiones.

[111] Intervención Defensoría del Pueblo. Delegada para asuntos Constitucionales. Ver numeral 7.3.

[112] Butler, Judith. Deshacer el género. 2014.

[113] Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 2017. MP. María Victoria Calle Correa.

[114] Sentencia T-397 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[115] Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño; sentencia T-878 de 2014, MP. Jorge Iván Palacio Palacio y sentencia T-967 de 2014, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[116] Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-1095 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[117] Corte Constitucional. Sentencia T-077 de 2016. MP. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-291 de 2016, MP. Alberto Rojas Ríos; Sentencia T-030 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[118] Corte Constitucional, sentencia T-141 de 2017. MP. María Victoria Calle Correa.

[119] MP. Alberto Rojas Ríos.

[120] MP. María Victoria Calle Correa

- [121] BUSTAMANTE, Mónica. Vivir con VIH, Morir con SIDA. 2011. P. 64.
- [122] Ibíd., p. 66.
- [123] Ibíd., p. 15.
- [124] Ibíd., p. 83.
- [125] Ibíd., p. 86.
- [126] Aporte de la intervención ciudadana de la Organización Colombia Diversa.
- [127] BUSTAMANTE, Mónica. Vivir con VIH, Morir con SIDA. 2011. P. 74.
- [128] Ibíd., p. 35.
- [129] Corte Constitucional, sentencia C- 248 de 2009, MP. Cristina pardo Schlesinger.
- [130] Ibíd.
- [131] BUSTAMANTE, Mónica. Vivir con VIH, Morir con SIDA. 2011.P. 20.
- [132] Ibíd., p. 17.
- [133] BUSTAMANTE, Mónica. 2011. Vivir con VIH, Morir con SIDA. P. 71.
- [134] Personas que viven con VIH/Sida.
- [135] Informe Voces Positivas. Resultados del Índice de estigma en personas que viven con VIH en Colombia. P. 136
- [136] Ibíd., p. 17.
- [137] BUSTAMANTE, Mónica. 2011. Vivir con VIH, Morir con SIDA. P. 72.
- [138] Informe Índice de estigma y discriminación de personas con VIH. Estudio para Guatemala. P. 66.
- [139] Intervención Defensoría del Pueblo. Delegada para asuntos Constitucionales. Ver

numeral 7.3.

[140] Corte Constitucional. Sentencia T-033 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera. Sentencia T-314 de 2011. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-469 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil.

[141] Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[142] Corte Constitucional. Sentencia T-843 de 2004. MP. Jaime Córdoba Triviño.

[143] Corte Constitucional. Sentencia T-229 de 2014. MP. Alberto Rojas Ríos.

[144] Corte Constitucional. Sentencia T-522 de 2017. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

[146] Corte Constitucional. Sentencia T-287 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[147] MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

[148] MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[149] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[150] GETER, Angelica y HeRRON, Adrienne. 2018. HIV-Related Stigma by Healthcare Providers in the United States: A Systematic Review. En AIDS patient care and STDs.

[151] Por ejemplo, las elaboradas por el Ministerio de Salud y Protección Social y que fueron enunciadas en los antecedentes de esta providencia.

[152] BUSTAMANTE, Mónica. 2011. Vivir con VIH, Morir con SIDA. P. 76.

[153] El grupo de investigadores que participó en un estudio en Guatemala y que culminó con la publicación titulada Índice de Estigma y Discriminación en personas con VIH, estuvo integrado por personas con VIH, “pares con la población entrevistada”.

[154] Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

[155] Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

[156] Al respecto, ver la Sentencia T-909 de 2011, entre otras.

[157] Consultar Fallo T-772 de 2003.

[158] Ver, entre otras, las Providencias C-029 de 2009, T-314 de 2011, T-804 de 2014 y T-371 de 2015.

[159] Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

[160] Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2018, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[161] Resolución 1995 de 1999, “Por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica”.

[162] Corte Constitucional. Sentencia T-811 de 2010, MP. María Victoria Calle Correa, citada en la sentencia T-058 de 2018, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[163] Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 2005. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[164] Ministerio de Salud y Protección Social. 2014. Guía de práctica clínica basada en la evidencia científica para la atención de la infección `por VIH/Sida en adolescentes (con 13 años de edad o más) y adultos. Pág. 305. Disponible en http://gpc.minsalud.gov.co/gpc_sites/Repositorio/Otros_conv/GPC_VIH_adolescentes/GPC_Comple_VIHADULTOS_web.pdf.

[166] Ibíd., p. 229.

[167] BUSTAMENATE, Mónica. Vivir con VIH, Morir con VIH. P. 78 y 79.

[168] Informe Índice de estigma y discriminación de personas con VIH. Estudio para Guatemala. P. 55.

[169] BUSTAMANTE, Mónica. Vivir con VIH, Morir con SIDA. P. 81.

[170] Cuaderno de primera instancia, folios 50 y 51.

[171] Cuaderno de revisión, folio 46.