

Sentencia T-878/12

PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA-Caso en que Policía Nacional resolvió declarar no apto al actor para reingresar como patrullero, debido a que durante los exámenes médicos fue diagnosticado como portador de VIH

DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-Garantía fundamental

El derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual todas las autoridades públicas se encuentran obligadas a actuar conforme a los actos y procedimientos establecidos en las normas para la adopción de sus decisiones y, por esa vía, evitar desconocer las garantías reconocidas a los administrados.

PORTADOR DE VIH-Conductas discriminatorias

Para determinar cuándo una conducta ha sido discriminatoria, es decir, para el caso, que ha estado motivada precisamente porque la persona padece de SIDA o es portador del VIH, esta corporación ha construido una presunción de discriminación, que invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido. Por lo tanto, en estos casos, el accionado debe probar que no ha existido discriminación, demostrando una razón objetiva para su conducta. Por su parte, para activar la presunción el accionante debe demostrar que el demandado conocía que padecía de SIDA o era portador del VIH, condición que se entiende cumplida también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega.

PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA-Las asesorías pre y post test son obligatorias para las personas que son notificadas de portar el virus

El Decreto 1543 de Junio 12 de 1997 que reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y otras Enfermedades de transmisión sexual (ETS), está dirigido a todas las personas naturales, jurídicas, nacionales y extranjeras sin distinción alguna y establece que una prueba de VIH debe hacerse previo consentimiento informado del paciente y con asesoría pre y pos test.

DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación a portadores de VIH

DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACION DE ENFERMOS DE VIH/SIDA-Orden a la Policía admitir al actor en la convocatoria para la reincorporación de patrulleros de la Policía Nacional

Referencia: expediente T-3522797.

Acción de tutela instaurada por XX1 contra la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional y la Clínica de Occidente S.A..

Procedencia: Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alexei Julio Estrada, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la acción de tutela incoada por XX contra la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional, en adelante DINCO, y la Clínica de Occidente S.A..

El asunto llegó a la Corte por remisión que realizó la secretaría de dicha Sala de Casación, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; la Sala Sexta de Selección, por auto de julio 13 de 2012, lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

XX promovió acción de tutela en abril 27 de 2012, contra la DINCO y la Clínica de Occidente S.A., aduciendo violación de los derechos a la no discriminación y al debido proceso por los siguientes hechos.

A. Hechos y relato contenidos en la demanda.

1. El demandante afirmó que solicitó su retiro como patrullero de la Policía Nacional en el año 2007. Sin embargo, en diciembre de 2010 se enteró de una convocatoria de reincorporación de patrulleros, a la cual decidió presentarse².

2. Indicó que en diciembre 16 de 2010, luego de presentar algunas pruebas médicas en la Clínica de Occidente, el Mayor Elkin del Toro Zuleta, quien era el encargado del proceso de reincorporación, la doctora de la Policía Nacional Nancy Piñeros y una médica de la Clínica llamada Norma Montoya, le comentaron que “posiblemente era portador de VIH, pero que aún no se sabía y que debía hacerme una prueba llamada western blot ... que yo debía pagar el valor del examen y que eso no lo cubría el monto consignado (\$228.057) a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y que me lo debía hacer antes de las 4 de la tarde”³.

3. Mencionó que ese diciembre 16 de 2010, le entregó a la doctora Norma Montoya \$150.000 para realizar el examen denominado western blot, quien le informó que el resultado le sería entregado al día siguiente. Sin embargo, lo recibió hasta diciembre 20 siguiente en la Escuela de Policía General Santander, cuando el Mayor Del Toro Zuleta y la doctora Nancy Piñeros le informaron que era VIH positivo “sin la asesoría post, que me debieron hacer dichos funcionarios, según el Decreto 1543 de 1997”⁴.

4. Agregó que después de la notificación del resultado del examen, el Mayor Del Toro Zuleta le indicó que ser portador de VIH no era causal para “retirarme del proceso que yo podía seguir, que el VIH no se llevaba en la frente marcado y que me esperaban para la Valoración Médica y Odontológica la cual fue agendada para el día 3 de Enero de 2011”⁵.

Aseveró que presentó la prueba psicológica en enero 7 de 2011, pero en enero 10 siguiente le notificaron que no la había superado y, por lo tanto, no era apto para continuar en el proceso de reincorporación⁶.

5. Una vez presentó varios derechos de petición en los cuales solicitó que la DINCO le informara sobre los resultados completos de los exámenes presentados durante el proceso de reincorporación, en oficio de marzo 15 de 2012 le comunicaron que la declaratoria de no apto se debía a la no superación de la prueba psicológica y a la escoliosis de 9 grados que presentaba⁷.

6. Tratándose de la prueba psicológica, el actor afirmó no estar de acuerdo con la decisión adoptada, pues para ese momento se encontraba pasando por una difícil situación debido a la notificación de su enfermedad, debiéndose aplazar dicho examen “hasta tanto me hubieran valorado psicológicamente”⁸.

7. Sobre el examen de escoliosis, indicó que le realizaron dos pruebas en la Clínica de Occidente, arrojando la primera, “curva de escoliosis toracolumbar de ángulo derecho de nueve grados” y la segunda, “en la proyección neutral actual no se observa curva de escoliosis clínicamente significativa”, demostrando que la superó, contrario a lo dicho por la DINCO⁹.

8. Acerca de las pruebas, el actor señaló que según la Resolución 02066 de julio 8 de 2009, que fija los procedimientos a seguir durante la convocatoria de reincorporación, debió practicarse antes de la valoración psicológica la “Físico-atlética y Morfo Funcional”, la cual no le fue realizada¹⁰.

9. Por lo anterior, solicitó que se tutelaran sus derechos al debido proceso y a la no discriminación, y ordenar a la DINCO admitirlo y reincorporarlo de inmediato a la Policía Nacional¹¹.

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Resolución 00490 de febrero 15 de 2008, “Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para el proceso de reincorporación al servicio activo en la Policía Nacional”¹².

3. Informe del estudio radiológico realizado al actor en diciembre 17 de 2010 en la Clínica de Occidente, por la radióloga Carolina Arenas, donde consta “curva de escoliosis toracolumbar de ángulo derecho de 9 grados”¹⁴.

4. Informe del segundo estudio radiológico practicado al actor en enero 7 de 2011 en la Clínica de Occidente, por la misma radióloga, donde se observa: “En la proyección neutral actual no se observan curvas de escoliosis clínicamente significativas”¹⁵.

5. Formato de Valoración Físico Atlética y Morfofuncional, el cual demuestra que el actor no presentó dicha prueba¹⁶.

6. Formato de valoración psicológica realizada al actor en enero 7 de 2011, que arrojó un puntaje total de 54, en la que se observa¹⁷:

“No presenta alteración mental.

... ..

Durante el proceso actual de selección que adelanta fue notificado como portador de VIH y en la actualidad se encuentra en proceso de asimilación y aceptación. Desarrollo evolutivo normal.

Durante la entrevista se observa persona que está pasando por un proceso de aceptación de la enfermedad y replanteamiento de su proyecto de vida, lo cual refleja una inestabilidad emocional, incertidumbre frente al futuro, sentimientos de negación, ideas atípicas frente a su cura, aislamiento social; lo anterior, afecta de forma significativa su desempeño en todas las áreas cotidianas de su vida. Se hace necesaria una remisión a valoración psicológica en una EPS para recibir asesoría y acompañamiento. Por lo anterior no se ajusta al perfil.

No indica depresión.”

7. Tutela presentada por el actor contra la Clínica de Occidente, “con el fin de que se le pueda activar el servicio de salud de manera permanente y hasta que las circunstancias lo ameriten”, negada por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá en febrero 28 de 2011. Sin embargo, ordenó que se le realizara la encuesta del Sisben para afiliarlo al Régimen Subsidiado en Salud¹⁸.

8. Derecho de petición presentado por el actor en diciembre 19 de 2011, dirigido a la directora de la DINCO, donde solicitó información sobre el consentimiento informado para la realización del examen de VIH¹⁹.

9. Respuesta dirigida al actor por la Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la DINCO en diciembre 29 de 2011, donde anexó copia del formato “DE RESULTADOS EXAMENES CLÍNICOS ESPECIALIZADOS Y PARACLÍNICOS en el cual reposa su consentimiento en el Ítem II. Mediante su firma, nombres y apellidos con su puño y letra”²⁰.

10. Derecho de petición presentado por el actor en noviembre 29 de 2011 a la directora de la

DINCO, solicitando copia de las asesorías post realizadas tras la notificación del resultado del examen de VIH21.

11. Respuesta emitida por la Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la DINCO en diciembre 16 de 2011, donde informó que las asesorías post son competencia de la Clínica de Occidente²².

12. Derecho de petición presentado por el accionante al Director de la DINCO en febrero 3 de 2011, donde pidió información sobre el proceso de selección e incorporación realizado en la convocatoria a la que se presentó²³.

13. Respuesta emitida por el Director de la DINCO de febrero 14 de 2011, donde informó²⁴:

El proceso de selección e incorporación se desarrolla en trece procedimientos, agrupados teniendo en cuenta su nivel de incidencia y funcionalidad en el desenvolvimiento del proceso, así: de soporte, eliminatorios y clasificatorios. Se entiende por procedimientos de soporte aquellos que apoyan y promueven el buen funcionamiento del proceso de selección e incorporación; los procedimientos eliminatorios son aquellos en donde el aspirante debe necesariamente cumplir unos requisitos para continuar en el proceso, de lo contrario será retirado del mismo; y finalmente, los procedimientos clasificatorios hacen referencia a la ordenación de los aspirantes, partiendo de aquellos que se ajustan completamente al perfil requerido en la convocatoria.

PROCEDIMIENTOS DE SOPORTE

PROCEDIMIENTOS ELIMINATORIOS

PROCEDIMIENTOS CLASIFICATORIOS

* Planeación.

* Divulgación.

* Seguimiento al cliente.

* Venta de carpeta e inscripción de aspirantes.

- * Exámenes clínicos especializados y para clínicos.
- * Valoración Médica general.
- * Valoración odontológica.
- * Valoración físico-atlética y morfo funcional.
- * Valoración psicológica.
- * Consejo de Admisiones.
- * Entrega de aspirantes (comprobación de la capacidad psicofísica durante la etapa de inducción).
- * Valoración socio-familiar.
- * Estudio de seguridad.

14. Escrito dirigido por el Teniente Coronel Ciro Carvajal Carvajal al actor en marzo 15 de 2012, donde le informó que “la exclusión del proceso de reincorporación adelantado... se efectuó respecto a la Escoliosis de 9 grados sufrida por éste, situación que por sí sola constituía una causal de NO APTITUD para ingresar y permanecer en el servicio. Sin embargo y pese a tal condición, se efectuó la prueba psicológica la cual concluyó en un concepto de que... no se ajustaba al perfil requerido para quienes pretenden ingresar a la Policía Nacional”²⁵.

15. Consentimiento informado firmado por el actor para realizar la prueba diagnóstica de VIH con membrete de la DINCO, donde se consignó el compromiso para la asesoría post prueba que le será realizada²⁶.

16. protocolo de selección e incorporación para la Policía Nacional, donde se indica²⁷:

“3.4.4 Metas

- * Cumplir con el 100% de los procedimientos establecidos en la valoración médica del

proceso de selección e incorporación en lo relacionado con los exámenes clínicos y paraclínicos, garantizando que todos los aspirantes que ingresan a la Institución hayan sido valorados de acuerdo con los criterios establecidos en la normatividad.

* Realizar en un 100% todos los exámenes programados para los aspirantes que presenten esta etapa del proceso, bajo condiciones de calidad en atención para los aspirantes y de precisión de resultados para la Institución.

... ..

Calificación de la capacidad psicofísica:

Se realiza a través de la revisión de los diagnósticos o resultados de las valoraciones médica, odontológica, físico-atlética y psicológica por parte de un médico de Medicina Laboral de Sanidad, para emitir un concepto en donde manifieste si la condición de la capacidad psicofísica o no del aspirante, le permite asumir las exigencias de la formación policial y/o del servicio policial, de acuerdo con la normatividad vigente. Debe colocar su nombre legible, la firma y el sello. Si en alguna de las valoraciones referidas se presenta un concepto de no ajuste al perfil, el concepto definitivo será de no ajuste al perfil.”

C. Respuesta de la Clínica de Occidente.

En escrito de mayo 4 de 201228, el representante legal para asuntos judiciales de la clínica solicitó negar la tutela, al considerar que es la DINCO la encargada de brindar la asesoría post test al accionante, pues “el aspirante a ser policía trae consigo un consentimiento escrito para la realización de la prueba VIH, que según el mismo documento allegado fue preparado con las asesorías pre test, y que se asegura la asesoría post test, formato que está diseñado por la Policía Nacional, es decir que ellos son los que se encargan de brindar la asesoría, debe tenerse en cuenta que estas asesorías no se encontraban dentro del objeto del contrato”.

D. Respuesta de la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional.

En escrito de mayo 4 de 201229, la subdirectora de dicha entidad solicitó negar el amparo,

indicando que el actor autorizó a la DINCO practicar la prueba de VIH “bajo su absoluta y total responsabilidad, lo cual es avalado con su firma”. Agregó que “el hecho de no practicarse esta prueba no es óbice para que sea excluido del proceso de selección, por ende podía continuar perfectamente con el mismo”.

Tratándose de la asesoría post test, afirmó que era responsabilidad de la Clínica de Occidente, como entidad calificada para “dar la información, educación, apoyo psicosocial y actividades de asesoría a las personas infectadas con el VIH, a sus familiares y comunidad”.

Respecto al proceso de selección, indicó que el accionante “en la valoración Psicológica obtuvo 54 puntos, es decir tampoco se ajustó al perfil en esta valoración ya que de conformidad con el Protocolo de Selección e Incorporación se ajustan al perfil aquellos aspirantes que obtienen como mínimo 65 puntos... lo cual conlleva por sí solo la no aprobación de la prueba psicológica, valoración de carácter eliminatoria. Evidenciándose en lo anterior que... no superó el Proceso de Selección e Incorporación por presentar escoliosis de 9 grados y por no superar la valoración psicológica. Por ende los resultados del VIH no tuvieron ninguna incidencia”.

E. Sentencia de primera instancia.

En mayo 9 de 2012, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó el amparo³⁰, explicando que los resultados de la prueba de escoliosis y psicológica condujeron a la exclusión del proceso de selección para la convocatoria, pero en modo alguno el resultado positivo de la prueba de VIH.

Acerca de la responsabilidad de la Clínica de Occidente sobre la asesoría post, indicó que esa entidad solo debía realizar los exámenes médicos y de laboratorio al personal que se inscribió al proceso de selección e incorporación que realizó la Policía Nacional, y en virtud de la obligación contractual, los exámenes practicados al actor y demás aspirantes, fueron remitidos a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional bajo condiciones establecidas.

F. Impugnación.

En escrito de mayo 22 de 2012³¹, el actor impugnó el referido fallo, y afirmó que no padece escoliosis, como demuestra la segunda prueba que se le practicó “en la misma clínica y por

la misma doctora que me realizó el primero”.

Agregó que “el concepto de NO APTO que dio la psicóloga de la Policía Nacional fue basado en mi estado de salud de PORTADOR DE VIH, como se demostró en las pruebas aportadas”. Por último, señaló que se le vulneró el derecho al debido proceso, “porque no me dejaron presentar la Valoración Físico Atlético y Morfo Funcional... la cual era obligatorio superarla ya que se encuentra en prueba eliminatoria”.

G. Sentencia de segunda instancia.

En sentencia de junio 7 de 201232, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, explicando que no existe acto discriminatorio, arbitrario o injusto que amerite la protección de los derechos invocados, pues de acuerdo con las pautas fijadas en la normatividad que regula la convocatoria, y al encontrar que el actor estaba incurso en una de las causales previstas en cuanto a las condiciones de salud que se exigen para ingresar a la Policía Nacional, no le quedaba más remedio a la entidad convocante que excluirlo del proceso de selección, es decir, existió una justificación objetiva, razonable y debidamente acreditada para ello.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Esta corporación es competente para examinar la determinación referida, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Según lo expuesto, esta Sala estudiará si se han vulnerado los derechos al debido proceso administrativo y a la no discriminación de XX, teniendo en cuenta que la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional resolvió declararlo no apto para reingresar como patrullero, presuntamente por presentar escoliosis de 9 grados, y no superar la prueba psicológica practicada durante la convocatoria de reincorporación, y ser éstas, causales de exclusión previstas en el protocolo de admisiones.

No obstante, para el accionante la exclusión se debe a que durante los exámenes médicos realizados con ocasión de la convocatoria de reincorporación fue diagnosticado como

portador de VIH.

La cuestión que se plantea debe esclarecerse a partir de los siguientes enfoques: (i) la garantía fundamental al debido proceso en las actuaciones administrativas; (ii) conductas discriminatorias de las que son víctimas los portadores de VIH y; (iii) las asesorías pre y post test, obligatorias para las personas que son notificadas de padecer la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y/o el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

Tercera. La garantía fundamental al debido proceso en las actuaciones administrativas.

La Constitución Política consagra el debido proceso como un derecho de rango fundamental y garantiza su observancia no sólo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino en las de índole administrativa. Esa garantía constitucional se traduce en el respeto de la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de legalidad, contradicción e imparcialidad, es decir, que la garantía al proceso justo se traduce en que el trámite de todas sus etapas, esto es, desde su iniciación hasta la culminación, se surtirá respetando el ordenamiento jurídico legal y los preceptos constitucionales.

Así pues, este derecho es definido como (i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal.

Esta Corte, en sentencia T-178 de marzo 12 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se pronunció sobre las implicaciones que se derivan del desconocimiento al debido proceso administrativo, señalando lo siguiente:

“El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración.

Uno de los efectos cardinales del debido proceso es imponer a los administrados la carga de

observar y de emplear todos los medios procesales que la ley coloca a su alcance para proteger y hacer efectivos sus derechos, cuando por su conducta negligente o descuidada no sólo generan consecuencias desfavorables para ellos mismos, sino que se ven como administrados en una posición de indefensión, por cuanto quedan en la imposibilidad de imputar responsabilidad alguna al Estado y, menos aún, se les va a permite recurrir a la acción de tutela.”

De esa manera, debe evitarse cualquier abuso de la administración, con actuaciones que, por desbordar el cauce del ordenamiento jurídico, puedan desconocer las garantías derivadas del artículo 29 superior. En consecuencia, el derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual todas las autoridades públicas se encuentran obligadas a actuar conforme a los actos y procedimientos establecidos en las normas para la adopción de sus decisiones y, por esa vía, evitar desconocer las garantías reconocidas a los administrados.

Cuarta. Conductas discriminatorias contra los portadores de VIH y los enfermos de SIDA. Reiteración de jurisprudencia.

Previa a cualquier otra consideración, es ineludible recordar la condición irrenunciable e inherente de seres humanos de todos los portadores sanos del VIH y de los enfermos de SIDA. En múltiples oportunidades, esta Corte se ha referido a la discriminación social, laboral y educativa a que están expuestas estas personas en virtud de su enfermedad, y ha insistido en el deber del Estado de proteger especialmente a los grupos y personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, en aras de garantizar no sólo el derecho a la igualdad de los mismos, sino la realización de los fines jurídicos esenciales, dentro de la filosofía que inspira al Estado social de derecho en nuestra carta política³³.

Por lo tanto, el enfermo de SIDA o el portador del virus VIH “es titular, de acuerdo con el artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos, sin que pueda ser objeto de ninguna discriminación, ni de ninguna arbitrariedad por razón de su situación. Sería ilógico que a una persona por padecer un mal, se le tratara de manera nociva para su integridad física, moral o personal”³⁴.

La jurisprudencia, aplicando un criterio proteccionista a los enfermos de SIDA y portadores de

VIH en diversos contextos, ha logrado que coexista la protección de la enfermedad junto con los derechos al trabajo, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la educación, y a la dignidad, permitiendo de esta manera que la persona a pesar de su condición de salud, pueda acceder a los bienes y servicios elementales para su subsistencia y la de su núcleo familiar, sin afectar los derechos de los demás. Así, se ha señalado que existen deberes de solidaridad respecto de los trabajadores, estudiantes, aspirantes y otros individuos afectados de VIH y/o SIDA, sin perjuicio de que se adopten medidas sanitarias, que impidan la propagación de la enfermedad y optimicen el manejo del padecimiento.

La jurisprudencia ha rechazado insistentemente cualquier tipo de trato diferente e injustificado que se base en el hecho de que una persona padezca SIDA y/o VIH, pues no existe un fundamento constitucional razonable que permita una diferenciación de esta naturaleza; por el contrario el artículo 13 superior, que reconoce el derecho a la igualdad, ordena que todas las personas reciban la misma protección y trato de las autoridades y les otorga los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, con especial protección para quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por tal razón, para determinar cuándo una conducta ha sido discriminatoria, es decir, para el caso, que ha estado motivada precisamente porque la persona padece de SIDA o es portador del VIH, esta corporación ha construido una presunción de discriminación, que invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido³⁵. Por lo tanto, en estos casos, el accionado debe probar que no ha existido discriminación, demostrando una razón objetiva para su conducta. Por su parte, para activar la presunción el accionante debe demostrar que el demandado conocía que padecía de SIDA o era portador del VIH, condición que se entiende cumplida también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega.

Lo anterior por cuanto existe una “dificultad probatoria de todo acto discriminatorio debido a que estos, por regla general, no se hacen de forma manifiesta sino que buscan ser escondidos, precisamente porque se sabe que son contrarios a la Constitución. En segundo lugar, por la especial protección de la que son acreedores aquellos sujetos que hacen parte de grupos tradicionalmente discriminados y que, como tal, se encuentran en una situación de debilidad respecto de quien los discrimina”³⁶.

Es entonces la exigencia a la parte accionante de demostrar la conducta discriminatoria, “una imposición exorbitante que tendría como resultado una negación de justicia en muchos de estos casos, teniendo especial consideración el que se haga respecto de sujetos que reciben especial protección por parte del ordenamiento constitucional. Por otro lado, la inversión de la carga probatoria no resulta una exigencia excesiva para la contraparte, ya que si su conducta se ajustó a parámetros constitucionales contará con los elementos necesarios para demostrar que histórica, contextual y laboralmente no ha existido comportamiento alguno que involucre distinciones no legítimas al momento de determinar el acceso a oportunidades”³⁷.

Quinta. Las asesorías pre y post test obligatorias para las personas que son notificadas de portar el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y/o padecer el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

El Decreto 1543 de Junio 12 de 1997 que reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y otras Enfermedades de transmisión sexual (ETS), está dirigido a todas las personas naturales, jurídicas, nacionales y extranjeras sin distinción alguna y establece que una prueba de VIH debe hacerse previo consentimiento informado del paciente y con asesoría pre y pos test³⁸.

El proceso del consentimiento informado consiste en solicitar el permiso del paciente en cualquier circunstancia, ya sea para la solicitud de exámenes, la realización de un tratamiento o la divulgación de la información, que conlleve a que participe en todas las decisiones sobre su salud y su vida. La información que se suministre es fundamental para las decisiones que se tomen, ya que debe ser clara, veraz, suficiente y objetiva, y se debe evitar cualquier tipo de presión por manipulación, seducción o coacción.

El consentimiento informado requiere de un dialogo entre el paciente y el profesional de la salud, donde le informa acerca de la infección por VIH y las ventajas y desventajas asociadas a la prueba respectiva. El consentimiento informado hace parte de la asesoría pre-test, en la medida en que le brinda elementos al consultante para tomar la decisión de realizarse o no la prueba.

La asesoría es un diálogo confidencial entre el consultante y un profesional de la salud, que permite que el primero tome decisiones personales en relación con su enfermedad. En la

asesoría se evalúa el riesgo personal respecto del VIH y se facilita la adopción de comportamientos preventivos. La asesoría tiene entre sus objetivos, prevenir la transmisión de VIH y dar un soporte psicosocial a las personas infectadas y afectadas por dicho virus.

En la asesoría post test se entrega el resultado de la prueba de VIH y se brinda el apoyo psicosocial a la persona cuyo resultado es positivo, remitiéndola a los servicios de salud para su atención y seguimiento. Estas asesorías las puede realizar personal calificado del sector salud, debidamente entrenado en asesoría y con certificación emitida por la autoridad correspondiente³⁹.

Sexta. Caso Concreto.

6.1. En el caso bajo estudio, XX considera vulnerados los derechos al debido proceso y a la no discriminación, teniendo en cuenta que la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional resolvió excluirlo de la convocatoria para reingresar como patrullero, debido a que durante los exámenes médicos realizados para la reincorporación, fue diagnosticado como portador de VIH.

Contrario a lo afirmado por el accionante, la entidad demandada aduce que la exclusión se debe a que XX es una persona no apta para ser aceptada en la institución, al tener una escoliosis de 9 grados y no superar la prueba psicológica practicada durante la convocatoria de reincorporación, y ser éstas causales de exclusión previstas en el protocolo de admisiones.

6.2. Aplicando lo preceptuado en las consideraciones anteriores, deberá determinarse si la conducta de la DINCO ha sido discriminatoria, es decir, ha estado motivada precisamente en que el actor es portador del VIH, debiendo analizarse las razones objetivas que invoca es institución para excluirlo de la convocatoria de reincorporación.

6.3. Tratándose de la presunta escoliosis de 9 grados que padece el actor, es preciso recordar que a XX le fueron practicadas dos pruebas, las cuales son contradictorias, por cuanto el primer informe del estudio radiológico realizado en diciembre 17 de 2010 en la Clínica de Occidente por la radióloga Carolina Arenas, dictamina una “curva de escoliosis toracolumbar de ángulo derecho de 9 grados”⁴⁰.

El segundo estudio radiológico, practicado al actor en enero 7 de 2011 en la Clínica de Occidente por la misma radióloga, señala: “En la proyección neutral actual no se observan curvas de escoliosis clínicamente significativas”⁴¹. De esa manera, dando actualidad al último examen, es preciso inferir que el demandante no sufre tal padecimiento que le impida desempeñarse dentro de la Policía, y por lo tanto, no se constituyó en razón objetiva para excluirlo de la convocatoria.

6.4. De la segunda razón objetiva señalada por la DINCO, relacionada con la reprobación de la prueba psicológica, encuentra la Sala que ese resultado era obvio y razonable, por cuanto dicha dirección, encargada de notificar los resultados de los exámenes a los participantes, debió brindar asesoría post test al actor, con funcionarios de la Dirección de Sanidad, brindándole apoyo psicosocial ante el resultado positivo.

Sin embargo, de las pruebas obrantes en el expediente se observa que dicha asesoría no se realizó, y por lo tanto, en la prueba psicológica se consignó que el actor es una “persona que está pasando por un proceso de aceptación de la enfermedad y replanteamiento de su proyecto de vida, lo cual refleja una inestabilidad emocional, incertidumbre frente al futuro, sentimientos de negación, ideas atípicas frente a su cura, aislamiento social; lo anterior, afecta de forma significativa su desempeño en todas las áreas cotidianas de su vida. Se hace necesaria una remisión a valoración psicológica en una EPS para recibir asesoría y acompañamiento. Por lo anterior no se ajusta al perfil”⁴²

Así, la DINCO no probó que existieron, de acuerdo con las normas aplicables, razones objetivas que justificaran la exclusión del actor de la convocatoria de reincorporación a patrullero de la Policía Nacional, lo que deriva en que se encuentra demostrada la discriminación por su condición de portador del VIH, atendiendo la presunción que ha construido la jurisprudencia constitucional.

6.5. Es preciso recordarle a la DINCO que la condición de portador de VIH no imposibilita el desarrollo de ninguna actividad en el entorno social, pues el virus del VIH sólo se contagia, entre otras, por relación directa de tipo sexual, o por inoculación sanguínea, riesgos que precisamente se precaven con las debidas asesorías, y son ajenos a las actividades que el actor pudiese desarrollar como eventual patrullero.

Es claro que la enfermedad de XX no constituye amenaza para su vida ni para la de sus

compañeros, ni vulnera la prevalencia del interés general. Por ende, la actuación de la DINCO en el proceso de reincorporación que siguió el actor, como aspirante a ser patrullero de la institución, no se compadece de los mandatos constitucionales expuestos en las consideraciones generales de esta sentencia.

6.6. Si bien en este asunto existió consentimiento informado del actor para la realización de la prueba de VIH, la Sala recuerda que jurisprudencialmente se ha indicado que la exigencia de pruebas o exámenes tendientes a determinar esa infección, para acceder o permanecer en una actividad laboral, no sólo se aleja sustancialmente del deber de solidaridad humana y de los fines esenciales del Estado, sino que está proscrita por nuestra Constitución y el ordenamiento internacional, en un claro propósito de evitar la discriminación de las personas asintomáticas infectadas por el virus, en la realización de sus aspiraciones personales y profesionales. En el caso sub iudice, se concretan en la posibilidad de reincorporarse como patrullero de la Policía Nacional, pues es su decisión, que esta íntimamente ligada a lo que él considera su plan de vida, en desarrollo de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Esta Sala encuentra que más allá de toda duda, como lo señalan las pruebas obrantes en el expediente, el actor ha sido víctima directa de una discriminación que, consecuentemente, ha vulnerado sus derechos al debido proceso administrativo, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y con ello, a escoger libremente profesión u oficio.

6.7. Acorde con lo consignado, lo primero que debe considerarse en el presente evento es que, sin duda alguna, XX debe ser admitido nuevamente en la convocatoria para reincorporación de patrulleros de la Policía Nacional, para que le sea brindada la asesoría post test omitida por la DINCO, y posteriormente, le realicen nuevamente la prueba psicológica.

Atendiendo que al momento de ser declarado no apto para seguir en la convocatoria, el actor aún contaba con etapas por surtir dentro del proceso de selección, la Sala considera que debe continuarse con el procedimiento interrumpido, debido a que según el protocolo de selección e incorporación para la Policía Nacional, entre las metas diseñadas se encuentran las siguientes:

* Cumplir con el 100% de los procedimientos establecidos en la valoración médica del proceso de selección e incorporación en lo relacionado con los exámenes clínicos y paraclínicos, garantizando que todos los aspirantes que ingresan a la institución hayan sido valorados de igual manera con los criterios establecidos en la normatividad.

* Realizar el 100% de los exámenes programados para los aspirantes que presenten esta etapa del proceso, bajo condiciones de calidad en atención para los aspirantes y de precisión de resultados para la institución.

Así, la accionada deberá realizar la valoración físico-atlética y morfo- funcional al actor, con la participación del Consejo de Admisiones, para comprobar adecuadamente su capacidad psicofísica y sea esta última etapa eliminatoria la que brinde un concepto serio y sensato del perfil, según el protocolo de selección e incorporación para la Policía Nacional.

Por ende, ordenará a la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional admitir de nuevo a XX en la convocatoria para la reincorporación de patrulleros de la Policía Nacional, brindarle la asesoría post test omitida, y posteriormente practicar la prueba psicológica y surtir ininterrumpidamente las demás etapas dentro del proceso de selección, entre ellas la valoración físico-atlética y morfo-funcional, con participación del Consejo de Admisiones en la comprobación de la capacidad psicofísica, según el protocolo de selección e incorporación para la Policía Nacional.

Además, esta Sala advertirá a la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional, específicamente sobre el caso de XX, que a nadie puede discriminar inconstitucionalmente, durante el proceso de reincorporación ni en cualquier otro momento, y la prevendrá para que se abstenga de divulgar, sin consentimiento de XX, sus datos personales y el diagnóstico médico respectivo.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido en junio 7 de 2012 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en su momento confirmó el dictado en mayo 9 del mismo año por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que había negado el amparo de los derechos fundamentales de XX, al debido proceso administrativo, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a escoger libremente profesión u oficio y a la no discriminación, que en su lugar, se dispone TUTELAR.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional admitir a XX en la convocatoria para la reincorporación de patrulleros de la Policía Nacional, brindarle la asesoría post test omitida y posteriormente practicar la prueba psicológica y surtir ininterrumpidamente las demás etapas dentro del proceso de selección, entre ellas la valoración físico-atlética y morfo-funcional, con participación del Consejo de Admisiones en las que se requiera, según el protocolo de selección e incorporación para la Policía Nacional.

Tercero.- ADVERTIR a la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional que debe abstenerse de discriminar de cualquier manera a XX durante la terminación del proceso de reincorporación y siempre. Además, se previene para que se abstenga de divulgar, sin consentimiento de XX, sus datos personales y el diagnóstico médico respectivo.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría de esta corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso que tomen las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva de la identidad del peticionario, atendiendo su situación de salud.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente en comisión

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Fs. 1 y 2 cd. inicial.

3 F. 3 ib..

4 F. 4 ib..

5 Fs. 4 y 5 ib..

6 F. 5 ib..

7 F. 11 ib..

8 Íd..

9 Íd..

10 Íd..

11 F. 16 ib..

12 F. 25 ib..

13 F. 35 ib..

14 F. 38 ib..

15 F. 39 ib..

16 F. 40 ib..

17 Fs. 51 y 52 ib..

18 Fs. 59 a 62 ib..

19 Fs. 77 y 78 ib..

20 Fs. 79 y 80 ib..

21 Fs. 83 y 84 ib..

22 Fs. 86 y 87 ib..

23 F.88 ib..

24 Fs. 89 y 90 ib..

26 F. 265 ib..

27 Fs. 109 y 196 ib..

28 Fs. 212 a 218 ib..

29 Fs. 270 a 274 ib..

30 Fs. 316 a 328 ib..

31 F. 350 ib..

32 Fs. 3 a 14 cd. 2.

33 Ver sentencias SU-256 de mayo 30 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-826 de octubre 21 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-1165 de noviembre 6 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-465 de junio 5 de 2003 y T-1046 de noviembre 6 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-295 de abril 13 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-703 de octubre 6 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-898 de noviembre 12 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; y T-628 de agosto 10 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

34 SU-256 de mayo 30 de 1996 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

35 Cfr. T-898 de noviembre 12 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

36 T-628 de agosto 10 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

37 T-247 de abril 15 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

38 Artículos 4° y 5° del Decreto 1543 de 1997.

39 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR-Defensoría del Pueblo. Derechos de las personas que viven con VIH/Sida. Bogotá, 2010. Consultar en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/cart7_vih.pdf

40 F. 38 cd. Inicial.

41 F.39 ib..

42 Fs. 51 y 52 ib..