

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y JUICIO A LA IGUALDAD-Caso en que debe aplicarse un criterio estricto de razonabilidad

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Prohibición de discriminación por esta condición

Las personas portadoras del VIH o que padezcan sida son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se trata de una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. En consecuencia, es deber del estado Colombiano adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados. La prohibición de discriminación tiene fundamento en la protección que la Constitución le brinda a las personas que en razón de su condición física son excluidos por el hecho de ser portadores de un virus como el VIH o por padecer el sida. De esta forma la norma busca proteger un grupo estigmatizado, del cual todos los seres humanos podemos hacer parte, sin que a la fecha se conozca cura o vacuna exitosa.

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH / SIDA-En el contexto laboral se ha buscado que coexistan la enfermedad con los derechos al trabajo y a la dignidad

La jurisprudencia aplicando un criterio proteccionista de los enfermos y portadores del (VIH/sida) en el contexto laboral, ha buscado que coexistan la enfermedad con los derechos al trabajo 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, cuando se ha despedido de manera unilateral a un empleado debido a su condición de portador o enfermo de (VIH/sida), la jurisprudencia de la Corte ha encontrado que tal trato constituye una discriminación inaceptable, evento en el cual procede el amparo de tutela y el respectivo reintegro laboral como mecanismo de protección ante la debilidad manifiesta de los

trabajadores. Relacionado con la protección de los portadores de VIH/sida en el ámbito laboral, se puede consultar la reciente Sentencia T-295 de 2008 o las sentencias SU-256/96, T-826/99, T-066/00, T-040A/01, T-519/03 T-469/04, T-689/04, T-530/05, T-1218/05, T-385/06, T-1003/06, entre otras. La jurisprudencia de la Corte ha protegido a las personas portadoras del VIH/sida en distintos ámbitos como el de la seguridad social, tanto a nivel de salud como pensiones, dentro del contexto laboral, penitenciario, de convivencia, etc. Del precedente expuesto subyace un argumento sencillo pero contundente, que se traduce en que la mera condición de ser portador de una enfermedad como el VIH/sida, no es argumento válido para discriminar a una persona en ningún contexto.

DERECHO A LA IGUALDAD DE PERSONA QUE PIDE NO SER DISCRIMINADA POR SU CONDICION DE PORTADOR ASINTOMATICO DE VIH-Caso en que se impide el desarrollo de las prácticas de estudiante de enfermería en una clínica

Retomando la aplicación del test al presente caso y ponderando lo plasmado en los conceptos trascritos, la decisión asumida por el gerente de la entidad accionada, consistente en impedir el desarrollo de las prácticas profesionales en las instalaciones de la Clínica, argumentando la protección del señor X-503 por ser portador del VIH y la de los pacientes que pudiesen tener contacto con él, la Sala concluye que la medida no resulta necesaria, ya que un estudiante auxiliar de enfermería está expuesto a los mismos riesgos que genera un entorno hospitalario en el cual se desarrollan actividades propias de esta profesión, lo cual, en el caso específico de X-503, no se aumenta por tratarse de una práctica de gineco-obstetricia o en el futuro el ejercicio de su profesión como auxiliar de enfermería. De otra parte, la condición de portador de VIH seropositivo del señor X-503, conforme a los conceptos y argumentos de las entidades accionadas, no representa ningún riesgo adicional para los pacientes de cualquier servicio en general y del servicio de gineco-obstetricia en específico que tuviese contacto con el accionante, ya que así lo indican expertos en la materia, concluyendo que la transmisión por parte de los profesionales de la salud es improbable. En síntesis, la medida no es necesaria porque existe una alternativa a la decisión de impedir absolutamente el desarrollo de las practicas, es decir, la entidad como institución prestadora de servicios de salud está en la obligación de proveer medidas generales de bioseguridad y garantizar la disponibilidad de los medios de protección para todo el personal a través del programa de salud ocupacional. De la misma forma existen protocolos de prevención del riesgo biológico que al ser conocidos y aplicados, reducen de manera ostensible los riesgos

de contagio de parte y parte

Referencia: expediente T-1846048

Acción de tutela interpuesta por X-503 contra un Hospital regional.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de (...), en el trámite de la acción de tutela iniciada por X-503 contra un Hospital regional.

I. ANTECEDENTES.

1. Aclaración preliminar.

Dada la enfermedad que padece el actor (VIH/sida), la Sala ha adoptado como medida de protección de su derecho a la intimidad y confidencialidad, suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre. Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, la información sobre las afecciones de la propia salud hacen parte de la esfera privada del individuo y por ello no pueden constituirse en datos de dominio público 1.

En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia el nombre del accionante será reemplazado por el de X-503.

El señor X-503 interpuso acción de tutela contra la entidad referenciada, por considerar que vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, a la educación, al trabajo, a escoger

profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad; ante la negativa del Hospital (...) de impedir el desarrollo de dos prácticas profesionales para graduarse como auxiliar de enfermería.

Para fundamentar su solicitud de amparo, por medio de representante judicial puso de presente los siguientes:

1. Hechos.

2. Afirma que para el ciclo del 3 de septiembre al 27 de septiembre de 2007, se iniciaba la tercera practica de gineco-obstetricia, pero el Gerente del Hospital, ordenó: “que no permitiera el ingreso a las instalaciones del citado hospital debido a que mi poderdante es portador no sintomático del VIH, igualmente el citado Gerente envió comunicación copia que anexo al Instituto (...), en respuesta de practicas estudiantiles, manifestando que no era posible que (X-503) desarrollara las practicas restantes argumentando que se pondría a permanente exposición medica al estudiante, entre otras y que mi poderdante tiene el DEBER DE NO INFECTAR, como si con la sola presencia de este hubiese algún contagio”.

Anota que el señor X-503 “no está enfermo y que su estado es uno en el que se lleva en la sangre un virus, pero que permite al infectado, de manera general, desarrollar normalmente labores”. Lo anterior lo sustenta en que tuvo un ejemplar desempeño durante las primeras prácticas.

Considera que la condición de portador sano, no imposibilita el desarrollo de ninguna actividad en el entorno social, máxime cuando de acuerdo con los conceptos de la ciencia medica en su estado actual, el virus del VIH sólo se contagia por relación directa de tipo sexual o por inoculación sanguínea, situaciones que en este caso son de tramite y cumplimiento de la guía de atención del VIH/SIDA.

3. Expone que la condición de X-503 aunada al desarrollo de actividades académicas, no constituyen ninguna amenaza para su vida, para la de sus compañeros y mucho menos son contrarias a la prevalencia del interés general.

4. Igualmente, sostiene que busca evitar la discriminación de personas infectadas por el virus en la realización de sus aspiraciones personales y profesionales, que para el actor se

concretan en la posibilidad de acceder a los cursos de formación médica y en enfermería "pues es su decisión, que esta íntimamente ligada a lo que el considera su plan de vida, en desarrollo de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y por supuesto el libre acceso al trabajo como manera de ganarse la vida en el área de la salud que libremente escogió".

A los argumentos expuestos, acompañó jurisprudencia de esta Corporación relacionada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a escoger profesión u oficio y a la protección constitucional en el ámbito laboral de los portadores de VIH/SIDA. De la misma manera señaló como vulnerados sus derechos fundamentales: "a la igualdad, a la educación, al trabajo, a escoger profesión u oficio, al desarrollo libre de la personalidad". De otra parte manifestó que se desconoció y olvidó, lo regulado por el Decreto 1543 de 1997 por medio del cual se reglamenta el manejo de la infección por el virus de inmunodeficiencia Humana (VIH), el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y las otras enfermedades de transmisión sexual y la guía de atención al SIDA, publicado por Ministerio de Salud, "al no permitir la continuación de las practicas medicas, ni el ingreso al Hospital, causando un grave perjuicio en el desarrollo en las áreas laboral, psicológica, medica y moral de X-503".

Motivos por los cuales solicitó: "el reintegro a las practicas de gineco-obstetricia y pediatría correspondientes por parte del Hospital (...), con el fin de acceder al titulo de Auxiliar de enfermería, de manera inmediata".

2. Contestación de la entidad demandada.

Por medio de apoderada, el Hospital accionado mediante escrito de octubre 18 de 2007, se opuso a las pretensiones del accionante, manifestando que la acción de tutela es improcedente, en la medida que no se vulneran los derechos fundamentales alegados por el accionante.

Inició su intervención realizando una breve referencia conceptual relacionada con el virus del SIDA, señalando su origen y las graves consecuencias para el ser humano. Especificó que este virus produce una inmunodepresión progresiva, que favorece la aparición de múltiples enfermedades infecciosas y tumorales, entre ellas la tuberculosis.

Posteriormente, manifestó que por ser el Hospital una entidad donde se encuentran pacientes con enfermedades infecto contagiosas, entre ellas la tuberculosis y múltiples

infecciones nosocomiales que ponen en riesgo la salud del estudiante por su permanente exposición y su situación de inmuno supresión “es nuestro deber advertir el constante riesgo al cual se ve avocado el estudiante si insiste en continuar con las prácticas”.

Afirma que lo anterior quedó consignado en el “MODELO DE GESTIÓN PROGRAMATICA EN VIH/SIDA - GUÍA PARA EL MANEJO DE VIH/SIDA BASADA EN LA EVIDENCIA, que el Ministerio de la Protección Social ha publicado para la atención del SIDA, en el cual menciona que: “las personas que viven con el VIH debieran evitar ocupaciones y actividades que pudieran aumentar el riesgo de exposición a la tuberculosis, como instituciones de salud, correccionales y otros sitios considerados como de alto riesgo (IIIB)”.

Agrega que de acuerdo con lo establecido en el convenio suscrito entre el Hospital y el Instituto (...), las practicas no son de simple observación como lo afirma el tutelante, sino que los estudiantes deben realizar practicas supervisadas y guiadas de todos los procedimientos de enfermería necesarios para su formación, con los cuales los estudiantes se ven avocados a un riesgo constante toda vez que deben contactar secreciones, excreciones y fluidos del ser humano, siendo frecuente los accidentes de riesgo biológico.

Manifiesta que “mediante informe emitido por la coordinadora de Salud ocupacional quien reporta que durante ese año, el 66% de accidentes de riesgo biológico fueron sufridos por estudiantes de practica. Lo anterior obedece a que estas personas no han adquirido la destreza y experiencia requerida para efectuar los procedimientos, por lo que se evidencia un alto riesgo de doble vía tanto para los pacientes, como para el estudiante, cuya condición ostenta el tutelante del Hospital”.

Anota que en el hipotético caso que el tutelante sostuviera una relación laboral con el Hospital, la entidad estaría en la obligación de reubicarlo en un lugar en el que no generara riesgo para la comunidad ni para los pacientes, toda vez que no se podría anteponer el bienestar personal contra los intereses y derechos colectivos. No obstante, para el caso en comento esta figura no la considera viable toda vez que el hospital no tiene vinculo laboral con el accionante, ya que la relación que existe se hace a través de un convenio docente asistencial con el Instituto (...), en calidad de practicante de enfermería. “En virtud de lo anterior no es viable la reubicación de los practicantes en razón a que se perdería el objetivo de su práctica, que no es de mera observancia sino de contacto directo con los pacientes”.

Igualmente manifestó que al estudiante en mención le asiste la obligación de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 41 del Decreto 1543 de 1997, que reza “DEBER DE NO INFECTAR. La persona informada de su condición de portadora del virus de Inmunodeficiencia Humana deberá abstenerse de donar sangre, semen, órganos, o en general cualquier componente anatómico, así como de realizar actividades que conlleven riesgo de infectar otras personas”.

Adiciona que el personal de enfermería dentro de sus actividades cotidianas debe efectuar procedimientos tanto invasivos como no invasivos, que conllevan riesgos de doble vía, como por ejemplo: venopunciones, inyectología, catecismo vesical y naso gástrico, manipulación de tejidos y fluidos, secreciones, administración de sueros, sangre y hemoderivados, rasuramiento de pacientes, curaciones, baño general y genital entre otras.

Anota que estas actividades incrementan el riesgo de contaminación en ambos sentidos por cuanto es personal en formación, que ha adquirido la destreza, habilidad y experiencia requerida para cumplir cabalmente con las funciones y con los estándares de calidad y seguridad.

Finalmente, expone que es importante hacer mención que debido al número de estudiantes bajo la tutela de una instructora se hace muy difícil la supervisión permanente y continua de cada uno de los estudiantes y por supuesto el Hospital no puede asumir dicha responsabilidad.

Lo anteriormente expuesto, lo reforzó con lo dispuesto por el Tercer Consejo Internacional de Enfermeras, en el que se dejó consignado: “debe definirse la responsabilidad ética que tiene el personal de enfermería seropositivos (portadores de VIH) de impedir la transmisión de la enfermedad a otros, esto significa que el personal de enfermería y obstétrica de abstenerse voluntariamente de todo procedimiento que conlleve exposición o sea invasivo y ha de evitar poner en peligro a los pacientes. Deben respetar los principios éticos de hacer el bien antes de hacer el mal”.

Así mismo, transcribió lo expresado por la Asociación Médica Mundial en Asamblea General en Pilanesberg- Sud-Africa, en octubre del 2006, las políticas sobre VIH-SIDA y la profesión médica, plasmándose en el numeral 17 lit. C, que “los médicos que estén infectados con el VIH, no deben tomar parte en ninguna actividad que cree riesgo de transmisión de la

enfermedad a otros”.

Renglón seguido procedió a transcribir jurisprudencia de esta Corporación relacionada con el principio de interés general sobre el particular, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad y a la educación.

Por ultimo, manifestó que el ordenamiento jurídico colombiano contiene disposiciones legales que hacen responsable a los profesionales de la salud por los daños ocasionados en la vida, integridad y salud de los pacientes, los cuales pueden provenir de la transmisión de enfermedades. Cualquier profesional de la salud ya sea médico, odontólogo, bacteriólogo o enfermera, puede ser demandado civilmente y condenado al pago de una indemnización por perjuicios, sí se demuestra que culposamente transmitió una enfermedad o causó dicha transmisión, al igual que la institución prestadora de los servicios de salud.

Agregó que también puede presentarse proceso penal por homicidio o lesiones personales, en contra de los profesionales de la salud como personas naturales, debiéndose demostrar los requisitos del hecho punible. Por ello considera que el Hospital debe tomar las medidas preventivas necesarias para evitar o disminuir la posibilidad de transmisión o contagio de estas enfermedades a los pacientes que alberga, toda vez que de no hacerlo se verá abocado a responder civil o penalmente por daños y perjuicios causados a terceros en desarrollo de la prestación del servicio de salud. Lo anterior so pena de ser condenados a pagar cuantiosas condenas indemnizatorias, a ser investigados por delitos penales, etc. Máxime cuando se conoce con antelación la seropositividad para VIH-SIDA del tutelante.

Por todo lo expuesto, solicita que se rechace por improcedente la acción de tutela interpuesta por X-503.

Sentencia única de instancia.

El 30 de octubre de 2007, el Juzgado Segundo 2º laboral del Circuito de (...), denegó el amparo solicitado. El juez acogiendo los argumentos de la entidad accionada, en especial por el criterio manifestado por la Asociación Médica Mundial en asamblea general en Pilanesberg-Sud-Africa, en octubre de 2006, sobre el VIH-SIDA y la profesión médica, en la cual se concluyó que los médicos infectados con el VIH, no deben tener parte en ninguna actividad que cree riesgo de la transmisión de la enfermedad a otros.

Por tal motivo expresó: “el criterio que se plasma en la resolución referida, el Juzgado lo entiende, por razón misma de la relación del estudiante con el medio donde iría a desempeñar sus labores como técnico auxiliar, esto es, en contacto permanente con enfermos que presentan diferentes patologías, pero por sobre todo, en un medio en donde abunda las diferentes clases de virus, de fácil trasmisión y percepción”.

Lo anterior en la medida que a juicio del fallador se pondría en una situación de riesgo, tanto la salud del estudiante, como la de los pacientes que eventualmente lleguen a tener contagio con el infectado de VIH porque su condición de debilidad los expone con mayor facilidad al contagio del virus.

Posteriormente, manifestó: “El bien que se intenta proteger, necesariamente merece equipararse con los demás derechos que la tutela, por manera que, no resulte que la protección de un derecho individual se torne en un mal colectivo, o mejor, que la pretensión de proteger un derecho individual, resulte en detrimento de derechos colectivos que merecen igual tratamiento o protección. Esa es la razón fundamental para que el Juzgado niegue como ha de negar la tutela del derecho reclamado que es básicamente el derecho a la educación, por las razones especiales que se han dejado consignadas en las motivaciones de ésta providencia. Huelga decir, que el accionante si es conciente como debe serlo de su situación personal, debe encausar su interés personal de superación, que por la educación se intenta, en un campo diferente donde haya un menor riesgo de contagio inminente, porque existen muchos, donde no haya riesgos de contagio inminente, porque es precisamente por el medio que escogió que su situación personal se torna precaria, sin que esto quiera decir, que no tenga derecho a buscar su propia superación. Pero obviamente en un medio diferente”.

El fallo no fue impugnado.

III. Pruebas.

Del material probatorio allegado en el expediente, la Sala destaca lo siguiente:

1. Fotocopia del oficio suscrito el 4 de septiembre de 2007 por el Gerente del Hospital (...), dirigido a la Gerente del Instituto (...), en el que comunica que la practica del estudiante X-503 no es posible que se desarrolle en el Hospital (...) debido a que voluntariamente el

alumno ha manifestado su condición de portador del VIH (folios 9 y 10).

2. Fotocopia del escrito dirigido por el Coordinador del área de salud ocupacional del Hospital al Gerente del mismo, en el que consta: “teniendo en cuenta la estadística de accidentalidad con riesgo biológico en la Institución, para el año 2007, el 66% se relaciona con accidentes, sufridos en estudiantes de práctica, lo cual nos indica que la accidentalidad se incrementa en el personal en formación” (folio 24).

IV. PRUEBAS DECRETADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

Mediante Auto del 23 de mayo de 2008, considerando la necesidad de documentarse sobre el asunto planteado y para verificar los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela de la referencia, la suscrita magistrada, en uso de sus facultades constitucionales y legales dispuso la práctica de las siguientes pruebas:

PRIMERO.- ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación, se solicite a la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, a la Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería y a la Liga Colombiana de Lucha Contra el SIDA, para que en el término de (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente Auto, por el medio más expedito, se sirvieran rendir un concepto sobre las siguientes inquietudes:

1. ¿Qué riesgos pueden existir para un estudiante de enfermería portador de VIH, al realizar la práctica de gineco-obstetricia como requisito para acceder al título profesional de auxiliar de enfermería?
2. ¿Qué riesgos pueden existir para los pacientes de gineco-obstetricia, que sean sometidos al contacto de un estudiante de enfermería portador de VIH?
3. ¿Se puede considerar la profesión de enfermería como una actividad de riesgo en el caso de un portador de VIH?
4. ¿Qué actividades alternativas en el área de la enfermería existen, para un estudiante y para un profesional de dicha disciplina portador de VIH?

SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación, para mejor proveer, se envíe fotocopia del presente expediente a la Asociación Colombiana de Facultades de

Medicina, a la Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería y a la Liga Colombiana de Lucha Contra el SIDA, para que se pronuncien sobre las preguntas atrás formuladas y si lo consideran pertinente, sobre las particularidades del caso.

TERCERO.- ORDENAR a las entidades requeridas que los nombres y los datos que permitan identificar al actor sean suprimidos en la elaboración de sus respectivos conceptos, al igual que la publicación de la información que se les suministre.

Ricardo H, Rozo Uribe en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofaen), en escrito del 3 de junio de 2008², solicitó el consentimiento del despacho, para darle curso a algunas de las facultades de la ciudad de Bogotá para que realizara dicho concepto. El despacho mediante Auto de 17 de junio de 2008, ponderando la necesidad del criterio médico en este asunto, permitió dicha solicitud para que el trámite se surtiera.

En cumplimiento del Auto del 23 de mayo de 2008, dentro del término concedido, la señora Claudia Ayala Leal en calidad de Directora General de la Liga Colombiana de Lucha Contra el SIDA (LigaSida) y Francisco Jaramillo TM. D, de Director Científico de la misma entidad, allegaron escrito de (5) folios en el cual plasmaron sus respuestas y consideraciones a los interrogantes planteados³.

Igualmente, María Iraidis Soto en calidad de Directora Ejecutiva de la Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería (Acofaen), allegó escrito de (8) folios respondiendo lo solicitado⁴.

Posteriormente, en Auto de 2 de julio del presente año, atendiendo a la relevancia de la prueba y la necesidad de un estudio concienzudo del caso y a que el término para decidir vencía el pasado 5 de julio, se hizo necesario que se suspendiera el mismo, hasta tanto se practicaran y valoraran las pruebas señaladas.

En cumplimiento del Auto de 17 de junio de 2008, por medio del cual se permitió darle curso a algunas de las facultades de la ciudad de Bogotá a la Asociación Colombiana de Medicina (Ascofaen), se allegó a esta Corporación el 22 julio del presente año, concepto suscrito por el médico Carlos Arturo Álvarez Moreno jefe de infectología del Hospital Universitario San Ignacio de la Pontificia Universidad Javeriana⁵.

Los anteriores conceptos serán plasmados, en el análisis del caso concreto de esta providencia.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Corresponde establecer a esta Sala de Revisión si en el presente caso se vulnera el derecho a la igualdad de X-503, por la decisión del Hospital (...) de impedir en sus instalaciones las prácticas profesionales que debe cumplir como requisito para optar por el título de auxiliar de enfermería, con el argumento de ser portador del (VIH/SIDA), dado que ello representa un riesgo tanto para los pacientes como para él, debido a la naturaleza de las actividades que se desarrollan en este tipo de practicas médicas. Del mismo modo se resolverá si el estudiante X-503, debe buscar una profesión u oficio acorde con su condición de portador del VIH.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala abordará la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con: (i) El derecho fundamental a la igualdad y el juicio de igualdad; (ii) la protección constitucional especial de personas portadoras de VIH/SIDA y la prohibición de discriminación por esta condición; y por ultimo (iii) la solución del caso concreto.

3. El derecho fundamental a la igualdad y el juicio de igualdad.

3.1 El artículo 13 de la Constitución, establece:

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

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Como se puede observar en el artículo transcrito, la Constitución de 1991 establece como una obligación del Estado, promover las condiciones para que la igualdad se materialice de manera real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Relacionado con el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que éste no consiste en “(...) la exactitud matemática de las disposiciones que se apliquen a unas y otras personas, sino en la adecuada correspondencia entre las situaciones jurídicas objeto de regulación o gobierno y los ordenamientos que se hacen exigibles a ellas”⁶.

De igual manera, se ha precisado que la noción de igualdad tiene varios significados dentro de los parámetros constitucionales vigentes: “[ya que] la evolución del concepto ha permitido las diferentes acepciones que de la expresión “igualdad” realiza el texto constitucional, y la que obliga a interrelacionar todas ellas, así: la igualdad como valor (preámbulo) implica la imposición de un componente fundamental del ordenamiento; la igualdad en la ley y ante la ley (artículo 13 inciso 1°, desarrollado en varias normas específicas) fija un límite para la actuación promocional de los poderes públicos; y la igualdad promocional (artículo 13 incisos 2° y 3°) señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos.

“De esta forma, la expresión “igualdad” pierde el sentido unívoco, exclusivamente formal, que tenía en los ordenamientos liberales, y se enriquece con una multiplicidad de acepciones que habrá que aplicar a cada caso concreto para determinar su conformidad con la Constitución.”⁷

Sumado a lo anterior, esta Corporación ha señalado que el derecho a la igualdad se vulnera cuando sin motivos válidos se otorgan preferencias o se establecen discriminaciones a personas que desde el punto de vista fáctico están en igualdad de circunstancias.

Incluso, se ha establecido que su vulneración en la mayoría de los casos implica la vulneración “(...) de otro u otros derechos, y por lo tanto es un derecho que se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas, condicionando la actuación de las autoridades públicas como límite al ejercicio de su poder”⁸.

En la misma línea de análisis, en la Sentencia C-090 de 2001, la Corte precisó:

“Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco⁹ sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional¹⁰ que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática¹¹, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto.

“La aplicación efectiva de la igualdad corresponde, entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable¹² la distinción”. (Subrayados fuera del texto original).

Por otro lado, se han identificado como motivos discriminantes la religión, el sexo, la raza, la opinión política o filosófica, el origen social, familiar o nacional, la lengua y la condición física entre otros; o dicho de otra manera cualquier razón o motivo que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya finalidad sea la exclusión.¹³

3.2 En los eventos anteriormente enlistados en los que se configure algún tipo de discriminación o trato diferenciado¹⁴, es procedente solicitar el amparo por medio de la acción de tutela. En virtud de ello, la Corte ha diseñado diversas herramientas analíticas para establecer si en un caso concreto, se configura la vulneración del derecho a la igualdad. Por ello, en múltiples sentencias se han establecido los parámetros que permiten activar un juicio

de proporcionalidad o test de igualdad. 15

No obstante, ante la dificultad metodológica derivada de aplicar las distintas herramientas, la Corte ha modulado un juicio mixto o integrado de igualdad, como se puede apreciar en las consideraciones de la Sentencia C-093 de 2001, en la que se concluyó:

“Un análisis elemental muestra que estos dos enfoques, lejos de ser contradictorios, son complementarios. Así, ambos pretenden determinar si el trato diferente tiene o no un fundamento objetivo y razonable, para lo cual examinan si dicho trato es o no un instrumento idóneo para alcanzar ciertos propósitos admitidos por la Constitución. Esta complementariedad explica que esta Corte, cuando ha tenido que estudiar problemas de igualdad, ha privilegiado en ocasiones el juicio de proporcionalidad¹⁶ mientras que en otras sentencias ha preferido recurrir a la metodología de los escrutinios de distinta intensidad¹⁷.

(...)

“La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu.

“Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses.

“Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos

constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional. (Subrayados fuera del texto original).

En el mismo sentido, la Sala Séptima de revisión de esta Corporación, en la Sentencia T-577 de 2005, en armonía con los argumentos expuestos en la Sentencia C-093 de 2001, manifestó: “A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense”.

De esta manera, se emplean las etapas metodológicas compuestas de las siguientes fases de análisis¹⁸:

- i. Se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. (Adecuación).
- i. Se estudia si el trato diferente es o no necesario o si existe otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. (Necesidad).
- i. Se realiza un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los resguardados con la medida atacada. (Proporcionalidad).

De igual manera, se debe tener en cuenta el rigor con el que se estudiará el caso al momento de aplicar los tres pasos arriba mencionados, el cual corresponderá a la naturaleza de la decisión que involucra la restricción del derecho a la igualdad. Dicho rigor puede variar

entre (i) estricto, el cual se utiliza cuando la medida está fundada en un criterio sospechoso o recae sobre personas en situaciones de debilidad manifiesta; (ii) intermedio, cuando se trata de acciones positivas o afirmativas y/o la medida es potencialmente discriminatoria; y (iii) flexible, cuando se ha basado en un criterio neutro y en principio no genera sospecha.

Acorde con lo expuesto y teniendo en cuenta los niveles de intensidad que se deben utilizar al analizar casos de igualdad como el actual, esta Sala de Revisión considera que en el presente asunto debe aplicarse un criterio estricto de razonabilidad (a) por fundamentarse la medida restrictiva en un criterio sospechoso (estado de salud del accionante por ser portador del VIH); y (b) porque con la medida se pudiese estar restringiendo ilegítimamente derechos fundamentales como a la educación o el derecho a la libertad de elección de profesión u oficio, entre otros de una persona que por su condición de salud se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

4. La protección constitucional especial de personas portadoras de VIH/sida y la prohibición de discriminación por esta condición. Ámbitos de protección.

4.1 Como se ilustró, el inciso 3 del artículo 13 superior, instituye como deber del Estado el proteger especialmente a aquellas personas “que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. Dicha disposición guarda armonía con el artículo 47, al disponer que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran.

Particular énfasis debe hacerse en relación con las personas disminuidas que padecen de (VIH19/SIDA20), ya que dichos sujetos requieren de una mayor atención por parte del Estado debido a las particulares condiciones en que se encuentran y las consecuencias nefastas que acarrea dicha enfermedad.

Las personas portadoras del VIH o que padezcan sida son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se trata de una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. En consecuencia, es deber del estado Colombiano adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados.

Como manifestación del deber de protección que tiene el estado Colombiano de proteger a este sector de la población, el Decreto 1543 de 1997 reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS). El mencionado Decreto para el tratamiento de las enfermedades referenciadas contempla: las definiciones de este tipo de enfermedades, la forma del diagnóstico y atención integral, la promoción, prevención, vigilancia epidemiológica, medidas de bioseguridad, los derechos y deberes de los afectados, al igual que los mecanismos de organización, coordinación y sanción.²¹

4.2 En cuanto al tema de la protección y a la prohibición de discriminación, el Decreto 1543 de 1997, expresamente contempla:

“ARTICULO 21. PROHIBICION PARA REALIZAR PRUEBAS. La exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) queda prohibida como requisito obligatorio para:

- a) Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;
- b) Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma;
- c) Ingresar o residenciarse en el país;
- d) Acceder a servicios de salud;
- e) Ingresar, permanecer o realizar cualquier tipo de actividad cultural, social, política, económica o religiosa.”

“ARTICULO 39. LA NO DISCRIMINACION. A las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), a sus hijos y demás familiares, no podrá negárseles por tal causa su ingreso o permanencia a los centros educativos, públicos o privados, asistenciales o de rehabilitación, ni el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en la misma, ni serán discriminados por ningún motivo.

Sin embargo, también establece el deber de no infectar por parte de este grupo poblacional, diciendo:

“ARTICULO 41. DEBER DE NO INFECTAR. La persona informada de su condición de portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) deberá abstenerse de donar sangre, semen, órganos o en general cualquier componente anatómico, así como de realizar actividades que conlleven riesgo de infectar a otras personas.²²

Como se puede apreciar en los artículos transcritos, de una parte se proscribe expresamente la prohibición para realizar pruebas de laboratorio para el acceso a ciertos servicios, para ejercer cualquier tipo de actividad cultural, social, política, económica, religiosa o para el ingreso y permanencia en ciertos lugares y ámbitos de las personas infectadas por el VIH. De otra parte, se establece el deber que tiene la persona conocedora de su condición de portadora del virus, de abstenerse de donar cualquier componente anatómico, así como la de ejecutar actividades que conlleven riesgo de infectar a otras personas.

La prohibición de discriminación tiene fundamento en la protección que la Constitución le brinda a las personas que en razón de su condición física son excluidos por el hecho de ser portadores de un virus como el VIH o por padecer el sida. De esta forma la norma busca proteger un grupo estigmatizado, del cual todos los seres humanos podemos hacer parte, sin que a la fecha se conozca cura o vacuna exitosa.

De otra parte se pretende la protección de la población sana y se estipula el deber de no infectar, tanto a nivel de donación de componentes anatómicos, como de ejercicio de una actividad que conlleve riesgos para las demás personas.

4.3 Igualmente y obrando en consecuencia con los postulados establecidos por la Constitución de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido eminentemente garantista de este grupo poblacional que por distintas causas se halla discriminado en nuestro país. De esta manera, la Sentencia T-769/07, se refirió a las consecuencias de dicha enfermedad y a las medidas que deben adoptarse por el Estado para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de dichas personas, dijo entonces:

“ (...) en cuanto al tratamiento particular que merecen las personas que padecen esta enfermedad, la Corte ha establecido que el punto de partida que debe ser considerado, desde la perspectiva constitucional, es el reconocimiento de su calidad de sujetos de especial protección. Tal consideración surge como consecuencia del deber de integración que el Estado ha asumido con los grupos discriminados o marginados, tal como fue establecido en

el inciso 2° del artículo 13 superior.

“La grave afección producida por las distintas formas de segregación se opone a la realización plena del Estado Social de Derecho y exige actuaciones positivas de parte del Estado encaminadas a garantizar las condiciones objetivas necesarias para el efectivo goce de sus libertades. Así, como corolario de las anteriores consideraciones, esta Corporación ha concluido que los portadores del VIH son sujetos de especial protección.

De igual modo, en Sentencia T-1218 de 2005, esta Corporación señaló lo siguiente: “Su enfermedad los hace particularmente vulnerables a todo tipo de segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población propensa a ver vulnerada su dignidad y sus derechos a la igualdad, intimidad, salud, seguridad social y trabajo”²³.

4.3.1 Así mismo, en la Sentencia T-843 de 2004²⁴, sobre la protección del derecho a la salud de los portadores de VIH o de personas que padecen sida, manifestó:

“(…) con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana²⁵ de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios²⁶. También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación”²⁷.

4.3.2 De otra parte, en materia de reconocimiento de pensiones de invalidez, de manera excepcional ha ordenado el reconocimiento de las mismas, sobre la base de la protección especial que la Constitución consagra para las personas con vih o sida, tal es el caso de las Sentencias T-417/97, T-1282/05, T-1064/06, T-T-628/07 y T-077 /08, entre otras.

4.3.3 Igualmente, en el campo laboral la jurisprudencia de la Corte ha prestado una especial atención, ya que precisamente en este contexto se pueden presentar distintas formas de discriminación y afectación de derechos fundamentales. Al respecto, en la Sentencia T-469/04 la Corte puntualizó:

“(…) resulta de trascendental importancia advertir y reconocer que la epidemia del virus de

inmunodeficiencia humana tiene en la actualidad una importante connotación en el ámbito laboral. No sólo por el impacto social y económico que genera el hecho de que la mayoría de las personas infectadas con este virus se encuentran en edad productiva, amenazando el sostenimiento económico de los trabajadores y sus familias, sino también porque el lugar de trabajo constituye una de las áreas fundamentales para evitar la propagación de la infección, a través de la adopción de precauciones y medidas necesarias para garantizar un ambiente sano y seguro (...).

“Una actitud discriminatoria en el lugar de trabajo, además de vulnerar los derechos fundamentales de las personas infectadas, anula o reduce los esfuerzos por promover la prevención de la propagación de la epidemia y deteriora gravemente la situación del infectado. Al dolor físico derivado de la enfermedad, se le agrega el sufrimiento moral por la estigmatización social que apareja una discriminación en el ámbito laboral, y en algunas ocasiones inclusive, también una preocupación por las condiciones económicas derivadas de mayores gastos médicos y menos oportunidades para ser laboralmente productivo. (Subrayados por fuera del texto original”.

Como se puede ver, la jurisprudencia aplicando un criterio proteccionista de los enfermos y portadores del (VIH/sida) en el contexto laboral, ha buscado que coexistan la enfermedad con los derechos al trabajo 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, cuando se ha despedido de manera unilateral a un empleado debido a su condición de portador o enfermo de (VIH/sida), la jurisprudencia de la Corte ha encontrado que tal trato constituye una discriminación inaceptable, evento en el cual procede el amparo de tutela y el respectivo reintegro laboral como mecanismo de protección ante la debilidad manifiesta de los trabajadores.

Relacionado con la protección de los portadores de VIH/sida en el ámbito laboral, se puede consultar la reciente Sentencia T-295 de 2008 o las sentencias SU-256/96, T-826/99, T-066/00, T-040A/01, T-519/03 T-469/04, T-689/04, T-530/05, T-1218/05, T-385/06, T-1003/06, entre otras.

4.3.4 De otra parte y relacionado con la protección del derecho a la igualdad de los

portadores del VIH/sida, en la Sentencia T-1162 de 2001, se identificó como conducta discriminatoria la negativa de una aseguradora de expedir una póliza de vida a favor de dos personas, bajo la excusa de ser portadores del VIH. En dicho caso la Corte manifestó:

“Esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de vih, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal, que así lo contemple y de existir dicha disposición desconocería los postulados constitucionales”.

Igualmente, en la Sentencia T-465 de 2003, se consideró injusta la desvinculación de las fuerzas armadas de un portador del VIH. En este caso la decisión de desvincular al portador se debió a que en una donación de sangre se le detectó el virus, teniendo como consecuencia el retiro de la institución castrense. En este asunto la Corte, sostuvo lo siguiente: “como la decisión de desvincularlo fue discriminatoria contra un portador de VIH, se ordenará que el accionante sea reintegrado a la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.

“No obstante lo anterior, la Sala subraya que si bien en la actualidad el accionante es un portador asintomático del VIH, este virus podría desarrollarse. Así pues, en caso de que el alférez XX presente síntomas que le hagan imposible o le dificulten significativamente, de acuerdo con parámetros objetivos y razonables, cumplir con las obligaciones propias de la carrera militar, él podrá ser asignado dentro de la Institución Castrense para el desempeño de una actividad acorde con su situación y podrá ser evaluado periódicamente de conformidad con las normas vigentes, sin que pueda volver a ser objeto de un trato discriminatorio, como se dispondrá”.

En similares circunstancias se estudió el caso contenido en la Sentencia T-816/05, en el que una persona pretendía ingresar al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, habiendo aprobado los distintos exámenes requeridos para el ingreso a la institución. En este caso la policía consideró no apto al accionante en la medida que se trataba de una persona “infectada” con el VIH. Consiguiente con el precedente de la materia y protegiendo el derecho a la igualdad, la Corte manifestó:

“Es de resaltar que si bien la decisión de declarar no apto al portador del virus de VIH se

fundamenta en fines legítimos, no los cumple, pues es claro para esta Sala que la condición del señor, aunada al desarrollo de las actividades académicas de la Escuela Nacional de Policía e incluso a las que son propias de la Policía Nacional, no constituye ninguna amenaza para su vida, para la de sus compañeros y, mucho menos, son contrarias a la prevalencia del interés general. Por ende, la actuación de la entidad demandada en el proceso de admisión y selección que siguió el actor, como aspirante a ser integrante del curso de nivel ejecutivo de la institución, no se compadece de los mandatos constitucionales expuestos en las consideraciones generales de esta sentencia.

“Dichos mandatos -cabe reiterar- deben orientar y dirigir sus actuaciones en el ámbito social y público. Así bien, el examen del desarrollo del proceso de selección, orientado por el protocolo de admisiones de la Escuela Nacional de Policía “General Santander”, permite colegir una clara discriminación en contra del actor, cuando le considera “no apto”, tan solo por su condición de portador sano del virus.

“La aplicación autónoma del reglamento de la Escuela no es justificada y, debe señalar esta Sala, constituye, tal y como lo dijo el Juez de primera instancia en el trámite de la presente acción, una manifiesta violación del derecho a la igualdad del actor. Resulta imperante señalar que, en contra de lo que adujo el representante de la Escuela “General Santander” en su escrito de impugnación, alegando que no aplicar el reglamento al peticionario habría sido una discriminación injustificada de los demás postulantes para ingresar al curso, el derecho a la igualdad contenido en la Constitución de 1991 se concreta en un ejercicio material de éste derecho y no en la mera expectativa de los ciudadanos frente a la aplicación de las normas” (...)

“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 a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y con ello, a escoger libremente profesión u oficio. Lo que amenaza inevitablemente su plan de vida.”²⁸

En particular, la Corte, en Sentencia T-301 de 2004, y a propósito del juicio de igualdad aplicando el test de proporcionalidad a un caso de un trabajador sexual gay que demandó al comandante de policía del Magdalena por considerar que los agentes bajo su mando vulneraron sus derechos fundamentales con ocasión de la prohibición expresa de ubicarse en

cierto sector de la ciudad Santa Marta.

En dicho caso el actor aseguró que las detenciones y los hostigamientos eran debidos a su preferencia homosexual. El comandante de policía del Magdalena entre otros argumentos, manifestó que si bien en otros lugares la conducta de personas homosexuales es normal, en la costa caribe colombiana aquellas manifestaciones daban al traste con las buenas costumbres de los “ciudadanos de bien”. Igualmente informó que el comando de policía había sido notificado de la presencia de una persona con VIH en el sector. Por tal razón, en cumplimiento de su deber de proteger la salubridad pública procedieron a realizar detenciones administrativas de algunos ciudadanos con el fin de constituir bases de datos e identificar al portador.

En la citada providencia la Sala Séptima de Revisión aplicando un test estricto por cuanto el fundamento del trato discriminatorio se basó en criterios sospechosos –condición sexual y salvaguarda de la moral pública, manifestó:

(...)

“(...) es evidente que las disposiciones tomadas por la policía del Magdalena son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello. La pretensión de conformar bases de datos de las personas portadoras del VIH planteada por el comandante de policía como uno de los motivos para detener administrativamente al actor, vulnera sus derechos a la libre circulación, a la dignidad humana y a la intimidad –entre otros -. La policía departamental no está incluida entre los entes que pueden recopilar esta información –mucho menos teniendo en cuenta que pretenden utilizarla para señalar al portador...”.

Posteriormente, en la Sentencia T-577 de 2005, se examinó el caso de un interno de la Cárcel la Modelo de Bogotá, que consideraba afectado su derecho fundamental a la igualdad al ser confinado, en razón de ser portador del VIH/sida, en el patio Nuevo Milenio y al impedírsele la circulación por los otros pabellones en los cuales se hallaban los talleres para redimir pena.

Lo anterior se fundamentó en que los presos de dicho patio solo contaban con unas pocas horas a la semana de capacitación en tejidos y unos cuantos cupos en otras actividades, lo cual impedía redimir pena en igualdad de condiciones con los demás internos del penal.

El Director del centro carcelario, informó que dichas medidas restrictivas de la circulación de los internos portadores del VIH por los otros pabellones en donde laboraban los demás internos, obedecía a razones de salubridad y seguridad de éstos últimos, así como del personal administrativo y funcionarios de la cárcel. Igualmente señaló que los internos del patio Nuevo Milenio representaban un peligro para los demás, por cuanto la mayoría de ellos eran “homosexuales” y se trataba de “una población que poco se protege en sus relaciones sexuales”, lo cual implicaría “la propagación del virus”. Por dichas circunstancias, se dificultaba el desarrollo y la implementación de programas laborales y educativos de redención de pena para los internos portadores del VIH.

La Corte utilizando un test estricto de razonabilidad por cuanto el fundamento del trato discriminatorio se trató de un criterio sospechoso –estado de salud, por ser portador del VIH/sida y porque el fin perseguido con la actuación administrativa era la salvaguarda de la salubridad (concepto extremadamente vago) concedió el amparo solicitado y ordenó la implementación y puesta en marcha de todas las medidas necesarias para que el interno pudiese desempeñar actividades laborales y educativas de redención de la pena, en igualdad de condiciones que los reclusos de los demás patios, bajo los siguientes argumentos:

“La medida restrictiva de la libertad de circulación por el penal del demandante y de los demás internos del patio Nuevo Milenio no resulta necesaria para garantizar el valor constitucional que se pretende hacer prevalecer, pues existe una presunción de que las directivas de la cárcel se encuentran en capacidad de implementar otro tipo de medidas que garanticen la salubridad y el orden en su interior y que impliquen menor sacrificio de los derechos fundamentales de los internos que conviven con el VIH/SIDA.

“Más aun, es relevante hacer notar que la medida obedece a prejuicios y al estigma del que son objeto quienes conviven con este virus y, con base en ello, no es válido que las directivas de la cárcel vulneren sus derechos fundamentales. Es evidente que las disposiciones tomadas por las directivas de la Cárcel Modelo de Bogotá son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello.

“El confinamiento casi absoluto de las personas portadoras del VIH implementado por las directivas del centro carcelario demandado para prevenir la propagación de esta enfermedad, vulnera los derechos del demandante a la igualdad y a la dignidad humana

-entre otros -.

“Además, desdibuja el fin resocializador de la pena privativa de la libertad y lo pone en condición de desigualdad frente a los demás internos del penal, por cuanto, aquellos, a quienes se les permite trasladarse y desempeñar las diferentes actividades para redimir su pena, podrán obtener su libertad antes que éste último, de haber sido condenados a una pena privativa de la libertad de igual duración que la impuesta al actor.

“Esta Sala estima que el confinamiento al que son sometidos estos internos configura una de las llamadas medidas paternalistas, pues es una imposición del Estado que obedece a la visión mayoritaria de bien común y bienestar general. Empero, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho no son constitucionalmente válidas dichas manifestaciones paternalistas, pues sus consecuencias son, generalmente, la restricción desproporcionada de derechos fundamentales.

En conclusión, de los casos presentados anteriormente se puede observar que la jurisprudencia de la Corte ha protegido a las personas portadores del VIH/sida en distintos ámbitos como el de la seguridad social, tanto a nivel de salud como pensiones, dentro del contexto laboral, penitenciario, de convivencia, etc. Del precedente expuesto subyace un argumento sencillo pero contundente, que se traduce en que la mera condición de ser portador de una enfermedad como el VIH/sida, no es argumento válido para discriminar a una persona en ningún contexto.

5. Análisis del caso concreto.

5.1. Ponderando los antecedentes y consideraciones de esta sentencia, el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala corresponde a la solicitud realizada por el señor X-503, el cual considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la educación, al trabajo, a escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad; por la decisión del Hospital (...) de impedir en sus instalaciones las prácticas profesionales que debe cumplir como requisito para optar por el título de auxiliar de enfermería, dado que es portador del virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

La entidad demandada argumenta que por ser el Hospital un lugar donde se encuentran pacientes con enfermedades infecto-contagiosas, el desarrollo de las prácticas pone en

riesgo la salud del estudiante por su permanente exposición y su situación de inmunosupresión, toda vez que en desarrollo de las mismas debe contactar secreciones, excreciones y fluidos del ser humano, siendo frecuentes los accidentes de riesgo biológico, lo que conlleva riesgos de doble vía, tanto para los pacientes como para el estudiante.

Sumado a ello, sostiene que entre el Hospital y el señor X-503 no existe una relación laboral, por tal motivo no está en la obligación de reubicarlo en un lugar en el que no genere riesgo para la comunidad ni para los pacientes. Igualmente, manifestó que al estudiante le asiste la obligación de dar cumplimiento al deber de no infectar establecido en el artículo 41 del Decreto 1543 de 1997.²⁹ Por ello, solicita que se rechace por improcedente la acción de tutela interpuesta por X-503.

El Juzgado único de instancia, acogiendo los argumentos de la entidad accionada, denegó el amparo solicitado. Como razón principal consideró que la protección de un derecho fundamental no puede resultar en detrimento de derechos colectivos que merecen igual tratamiento o protección y por tanto que el accionante consciente de su situación personal debe encausar su interés personal de superación en un medio diferente.

5.2. Antes de entrar a revisar de fondo el presente asunto es pertinente recordar que el presente caso reviste una particular importancia, ya que se trata de la eventual discriminación de un portador del VIH, el cual es una persona de especial protección constitucional.

Resalta la Sala que la acción interpuesta por el señor X-503, en detrimento de los argumentos esbozados por la parte accionada, es que ella no se interpone con el objetivo de que se declare la existencia de un vínculo laboral o la reubicación en un área del Hospital (...), en la cual no represente un peligro para la comunidad o los pacientes. No. De entrada se evidencia que la tutela de los derechos fundamentales se dirige estrictamente a solicitar la continuidad de las prácticas profesionales, con el fin de acceder al título de auxiliar de enfermería.

De lo que se trata el presente asunto es de un caso de discriminación en el que está en juego principalmente el derecho a la igualdad de una persona que pide no ser discriminada por su condición de portador asintomático del VIH.

5.3 En virtud de lo anterior y recordando lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia cuando se tratan asuntos en los que está en juego el derecho a la igualdad, siguiendo el precedente aplicado en las sentencias T- 301/04 y T-577/05, para esta Sala de Revisión en este caso es necesario aplicar un juicio estricto de igualdad, por cuanto el trato diferencial se fundamentó (i) en un criterio sospechoso de discriminación (estado de salud del accionante por ser portador del VIH); y (ii) porque con la medida se podrían estar restringiendo ilegítimamente derechos fundamentales como la educación o el derecho a la libertad de elección de profesión u oficio, entre otros de una persona que por su condición de salud se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

Pues bien, aplicando los parámetros referenciados en esta providencia para activar un juicio de razonabilidad, se advierte que la decisión del Hospital accionando de impedir el desarrollo de la practica de gineco-obstetricia del señor X-503 en sus instalaciones, constituye una medida adecuada porque tiene un fin legitimo y resulta idóneo para alcanzarlo ya que (i) busca la protección del derecho a la salud de los pacientes que pudiesen tener contacto con el practicante en el evento de ser contagiados; y (ii) pretende el bienestar del estudiante, ya que por desempeñarse en un contexto clínico puede adquirir otro tipo de enfermedades, a pesar de que con la medida se limite el ejercicio de otros derechos como la educación, el trabajo, la dignidad humana y la libertad de elección de profesión u oficio, en igualdad de condiciones con los demás estudiantes o practicantes.

No obstante, no es suficiente que el trato diferenciado constituya una medida adecuada sino que ésta deba ser necesaria en estricto sentido, ya que en el presente caso impedir de forma definitiva el acceso a la profesión de enfermería, per se, por la condición de portador del virus de inmunodeficiencia humana del señor X-503 y la protección de los pacientes que pudiesen tener contacto con él, no se refleja como una medida necesaria, ya que existe otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tiene la virtud de alcanzar el fin propuesto con la misma eficacia. Por ello y de la mano de los conceptos emitidos por las entidades consultadas en esta providencia, encuentra la Corte que la medida restrictiva del derecho a la igualdad y conexos del señor X-503, en este caso concreto, no resulta indispensable para garantizar el fin constitucional que se pretende hacer prevalecer.

La Corte Constitucional teniendo en cuenta la especialidad del tema, consultó a la Asociación

Colombiana de Facultades de Enfermería³⁰ (Acofaen), a la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (Ascofame)³¹ y a la Liga Colombiana de Lucha Contra el Sida (LigaSida)³², las cuales en términos generales consideran que la condición de portador de VIH por si misma de una persona, no constituye razón suficiente para que pueda ser excluida de realizar la disciplina profesional elegida o que por su mera condición ponga en riesgo su salud o la de los pacientes que pudiesen tener contacto con él.

De manera preliminar, la Sala debe advertir que la persona que solicita el amparo es un estudiante para auxiliar de enfermería y no de profesional en enfermería, porque como bien lo precisan la Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería (Acofaen) y la Liga Colombiana de Lucha Contra el Sida (LigaSida), en el ejercicio profesional el auxiliar de enfermería no tiene la responsabilidad ni el acceso a ciertos procedimientos que son de la competencia propia de los profesionales en enfermería, ya que el auxiliar provee cuidado básico a las personas, desarrollando sus funciones de responsabilidad bajo la orientación de profesionales de la salud.

La profesión de enfermería se regula por la Ley 266 de 1996, “por la cual se reglamenta la profesión de Enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones”. Los perfiles ocupacionales y las normas de competencia laboral para las auxiliares de enfermería, están contemplados en el documento “Perfiles ocupacionales y normas de competencia laboral para auxiliares en las áreas de la salud³³”, expedido en (2.005) por el SENA a través del Proyecto Cendex y adoptado por el Ministerio de la Protección Social.

Una vez hecha esta importante aclaración y distinción entre estos niveles profesionales y citados los perfiles profesionales en los que se puede ocupar un Auxiliar de Enfermería, la Sala pasa a transcribir las respuestas dadas por las instituciones consultadas.

En cuanto a la primera pregunta relacionada con los riesgos que se derivan para un auxiliar de enfermería, el realizar la practica de gineco-obstetricia, siendo portador del VIH, la Acofaen conceptualizó:

“1. Un estudiante de auxiliar de Enfermería, como cualquier otro estudiante del área de la salud, está expuesto a los mismos riesgos que genera un entorno hospitalario en el cual se realizan las experiencias clínicas que hacen parte del proceso de formación; este riesgo no es mayor, como tampoco se aumenta por tratarse de un servicio de Gineco – obstetricia.

“2. En el caso que nos ocupa, el hecho de que el estudiante sea una persona con VIH, per se, no se aumenta este riesgo.

“3. Las limitaciones que el estudiante eventualmente pudiese tener para realizar su práctica, estarían condicionadas al nivel de daño inmunológico producido por el VIH y en tal caso sería competencia de su médico tratante en conjunto con el estudiante, tomar las decisiones necesarias para la protección de la salud. Si estas decisiones involucraren el ámbito laboral, sería el médico tratante, quien debería conceptuar si es necesario ponerse en contacto con la dependencia de Salud Ocupacional de la Institución, previa autorización del estudiante, para tomar las medidas que se apliquen a la situación particular.

“4. La institución prestadora de servicios de salud está obligada a proveer medidas generales de bioseguridad y garantizar la disponibilidad de los medios de protección para todo el personal; existen protocolos de prevención del riesgo biológico que al ser conocidos y aplicados, reducen de manera importante los riesgos.

“5. La institución formadora debe responder por la enseñanza completa, oportuna y pertinente de las medidas de bioseguridad generales y específicas, y asegurar el dominio práctico en su aplicación; igualmente, garantizar la disponibilidad de todos los medios de protección y de las medidas de bioseguridad que se enseñan como parte de los procesos de formación.”

El Jefe de Infectología del Hospital Universitario San Ignacio de la Pontificia Universidad Javeriana, contestó a la misma pregunta, dictaminando:

“En general hay un riesgo inherente de susceptibilidad que depende de su estado inmunológico. Se debe recordar que la enfermedad tiene dos grandes componentes:

- a. un estado portador que supone un sistema inmune no deteriorado y
- b. un estadio de SIDA que supone un sistema inmune comprometido.

“En el caso en particular, aunque la información en el expediente no es completa (recuento de CD4, para determinar el compromiso inmunológico) se puede suponer que es bueno, dado que en varios apartes se describe que está en un estado asintomático. Sin embargo, si el individuo cumple todas las normas de bioseguridad (uso de guantes, tapabocas en caso de

ser necesario, gafas, etc) el riesgo es mínimo. Al mismo tiempo este riesgo disminuye a medida que su recuento inmunológico sea más alto.

“En principio la infección por VIH, en la actualidad es una enfermedad crónica y con la terapia antirretroviral, no sólo es posible evitar la replicación del virus sino que además se logra una restauración inmunológica.

“En este punto concreto si conociera la valoración médica sobre el estado de la infección por VIH del señor (X-503), podría dar un concepto más objetivo, pero en principio reitero que si se cumplen las normas de bioseguridad adecuadas el riesgo es mínimo.”

Y LigaSida, frente a los riesgos que pueda sufrir el accionante, expuso:

“(…) hay procedimientos médicos y paramédicos que son más invasivos que otros, en los cuales el riesgo, tanto para el paciente como para el trabajador podría llegar a ser mayor. Son de mayor riesgo aquellos procedimientos en los que se debe trabajar en cavidades o tejidos abiertos porque hay posibilidad de intercambio de la sangre tanto del paciente como del trabajador, al ocurrir un inesperado accidente, como por ejemplo una cortadura.

“En estos procedimientos muchas veces no se tiene visión de los dedos y éstos pueden llegar a entrar en contacto con superficies cortantes o punzantes que pueden producir un daño o ruptura en los guantes, con la consiguiente lesión en los tejidos del trabajador y permitiendo entonces un intercambio de sangre entre los tejidos del trabajador con los del paciente. Entre estos elementos cortantes o punzantes se podrían mencionar las agujas, bisturís, astillas de hueso, etcétera.

“En estos casos existe la posibilidad de transferir sangre del trabajador a la cavidad del paciente (en caso que el trabajador sea la persona que se corta) o al contrario, sangre del paciente al trabajador de la salud.

“Dentro de los procedimientos que se consideran mínimamente invasivos, y por tanto la posibilidad de contacto entre la sangre o los fluidos del trabajador de la salud con los del paciente se podrían considerar muy remotos o prácticamente inexistentes, y por tanto de mucho menor riesgo de contagio, figurarían:

- a. la venopuntura o venopunción.
- b. Mantener líneas intravenosas periféricas o centrales.
- c. Superficies pequeñas de sutura.
- d. Incisión y drenaje de abscesos externos.
- e. Algunos exámenes de rutina vaginales o rectales
- f. Procedimientos endoscópicos simples.

“En estos procedimientos, los dedos del trabajador siempre están visibles y están por fuera de las cavidades internas del paciente; la posibilidad de un incidente cortante con ruptura de guante e intercambio de fluidos es casi inexistente por no decir nula, porque el trabajador tiene a la vista siempre sus dedos y es mas fácil el control de los mismos.

“En este punto nos parece importante aclarar que existen enfermedades infecciosas a través del contacto de la sangre del trabajador de la salud y el paciente, mucho más contagiosas que un VIH, como por ejemplo: la Hepatitis B y la Hepatitis C.

“La vigilancia e implementación de estos procedimientos debe estar regulada por el Comité de Bioseguridad del hospital, de acuerdo con las normas y protocolos que existen para tal fin.”

De otra parte y relacionado con la finalidad de la medida, se consultó por los riesgos que pueden existir para los pacientes de gineco-obstetricia, que sean sometidos al contacto de un estudiante auxiliar de enfermería portador de VIH, teniendo como respuesta de la Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería (Acofaen), la siguiente:

“Si se tienen en cuenta los medios de transmisión del VIH, es evidente que un estudiante de Enfermería portador de VIH, no representa ningún riesgo especial y/o adicional para los pacientes de cualquier servicio en general y del servicio de Gineco -obstetricia en particular. La evidencia, comprobada a través de estadísticas históricas mundiales, ha demostrado que el riesgo de transmisión del VIH, por parte del personal de salud hacia el paciente es improbable. Con lo anterior se ratifica una vez más que para los pacientes de Gineco-

obstetricia el estudiante que nos ocupa, no representa ningún riesgo.”

Bajo la misma línea argumentativa el Jefe de Infectología del referenciado Hospital, manifestó:

“Realmente esta pregunta es subjetiva, porque el riesgo dependerá de las actividades que se realicen. En principio considero que en condiciones normales de los procedimientos que ocurren en un servicio de enfermería, por parte de un auxiliar de enfermería, es improbable la transmisión desde el personal de salud hacia el paciente.

“NO es posible la transmisión si no hay exposición de sangre del personal de salud en una mucosa alterada del paciente. En las labores de enfermería del cuidado de un paciente como colocar una sonda urinaria, tomar signos vitales, ofrecer alimentos, no existe riesgo. Hipotéticamente el riesgo ocurriría cuando el trabajador de la salud se punciona y posteriormente introduce el instrumento contaminado en el tejido del paciente, es decir pincha o lo lesiona. Aunque todo es posible, el accidente más común es la lesión de del trabajador después de puncionar al paciente.

“En general si el caso hipotético ocurriera el riesgo de transmisión es bajo (menor del 1%, en el peor escenario), es decir cuando ocurre un accidente grave por ejemplo salpicadura importante de sangre del trabajador, que estuviera sin tratamiento antirretroviral y con un estado avanzado de la enfermedad, en los ojos de la paciente. En la práctica cuando ocurre un accidente ocupacional con riesgo biológico, hay recomendaciones avaladas por el ministerio de la protección social, que disminuye el riesgo en por lo menos un 80% adicionalmente.

“En resumen, en la vida real aunque podría existir un riesgo en las venopunciones, este riesgo es bastante bajo. En el caso en particular sería posible ser más objetivo si se conociera el estado inmunológico y las características de la infección del individuo.”

Y LigaSida, respondió:

“2. Si se siguen los parámetros establecidos por los principios de bioseguridad los riesgos se minimizan de tal manera que pueden llegar a desaparecer. Entre estos parámetros podría estar el uso de guantes dobles, la asepsia completa, etc.

“Vale la pena hacer notar que en los pacientes portadores del VIH, mientras la carga viral sea más baja habrá menos posibilidades de contagio; esto se traduce en que el departamento médico del hospital debe adoptar las medidas médicas pertinentes para que sus trabajadores de la salud portadores del VIH reciban los tratamientos adecuados, de acuerdo con los protocolos de infectología establecidos.

“Queda pues claro que para los pacientes de gineco-obstetricia, el riesgo se disminuye hasta prácticamente desaparecer desde que exista un buen manejo multidisciplinario supervisado por el Comité de Bioseguridad del hospital.

Concatenado con las dos primeras preguntas se indagó si se puede considerar la profesión de enfermería como una actividad de riesgo en el caso de un portador de VIH, teniendo por respuesta de la Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería (Acofaen), que:

“La Profesión de Enfermería no es una actividad, sino una disciplina profesional. Las actividades que ejerce la Profesión de Enfermería exigen la práctica cuidadosa de los procedimientos para el control de infecciones, que incluyen las precauciones universales para minimizar los riesgos a exposición a agentes patógenos transmitidos en los entornos laborales, que puedan poner en riesgo la vida o la salud de los trabajadores de salud. Los factores determinantes del riesgo para la salud de un trabajador de salud infectado con el VIH, están relacionados con su estado inmunológico, el tipo de ambiente ocupacional al que se exponga y al correcto uso de las barreras de protección. Por lo anterior, que no es posible generalizar una respuesta como lo solicita la pregunta.

“Finalmente, los expertos recalcan que la práctica cuidadosa de los procedimientos de control de infecciones, protegen a los pacientes y a los proveedores de atención en salud, contra las enfermedades infecto-contagiosas en hospitales, consultorios médicos y odontológicos.”

Por parte del Jefe de Infectología del Hospital Universitario San Ignacio de la Universidad Javeriana, frente al hecho de considerar como una actividad de riesgo a la profesión de enfermería, manifestó:

“En principio SI, pero esto depende de las labores que desempeña. En las actividades hospitalarias, hay áreas que pueden tener un riesgo alto como aquellas que atienden

pacientes potencialmente infectados como los servicios de urgencias, pediatría o medicina interna. Aunque nuevamente estos riesgos se minimizan con el uso adecuado de los elementos de bioseguridad. Adicionalmente como lo respondo en la siguiente pregunta también hay áreas en las cuales se pueden desempeñar los auxiliares de enfermería en las que el riesgo es mínimo.”

A la inquietud concerniente a la profesión de enfermería como una actividad de riesgo para un portador de VIH, la Liga Colombiana de Lucha Contra el Sida (LigaSida), opinó:

“3. No solo el Departamento de Enfermería se podría considerar como una actividad de riesgo en el caso de un trabajador de la salud con VIH, sino todos los profesionales de la salud que estén en contacto directo de alguna manera con los pacientes, en cuanto a procedimientos y exámenes médicos y paramédicos se refiere: directores y encargados de diferentes servicios, como por ejemplo urgencias; médicos generales y especialistas, con énfasis en los que desarrollan actividades quirúrgicas; odontólogos, bacteriólogos, instrumentadoras quirúrgicas, higienistas orales, etcétera.

(...)

“Es importante recordar que hay enfermedades más contagiosas que el VIH. El VIH se transmite únicamente de tres formas: por relaciones sexuales no protegidas, transfusión o contacto de sangre y diferentes fluidos corporales, y de madre a feto /transmisión vertical). Ahora, la hepatitis B y la hepatitis C se transmiten de una manera mucho más fácil y tienen una enorme incidencia en la morbilidad de la población.

De otra parte, se indagó acerca del tipo de actividades alternativas que existen en el área de la enfermería, para un estudiante y para un profesional de dicha disciplina portador del VIH, en este punto la Asociación Colombiana de Facultades de Enfermería (Acofaen), respondió:

“Consecuentes con las respuestas anteriores, el solo hecho de que un estudiante o un profesional de Enfermería esté infectado con el VIH, no es por sí mismo un determinante para plantear alternativas de reubicación laboral. Esta y otras posibles alternativas deberán ser tomadas, basadas en un análisis caso a caso. Si el estudiante o el profesional de Enfermería, voluntariamente ha compartido su diagnóstico con la entidad en que está prestando servicios y/o su entidad formadora, las decisiones respecto a su práctica deberían

ser tomadas por él mismo junto con su médico tratante y, de ser el caso, con las personas responsables de la Salud Ocupacional de la Institución.

“Esta es una medida que no solo es válida para el caso que nos ocupa sino para cualquier otra situación, en la cual se deba reubicar un trabajador por una situación específica de salud.

EL Jefe de Infectología del Hospital Universitario San Ignacio de la Pontificia Universidad Javeriana, señaló:

“En las áreas hospitalarias existen diferentes lugares, en los que se pueden desempeñar los trabajadores de la salud que conviven con el VIH con un riesgo similar al de otras actividades no relacionadas con salud. Muchas de sus funciones pueden ser administrativas o en contacto con pacientes no infectados o en actividades de educación (promoción y prevención), entre otras.

Por ultimo, la Liga Colombiana de Lucha Contra el Sida (LigaSida), conceptuó:

“4. Consideramos que este punto se encuentra implícito en las respuestas anteriores, Sin embargo, es preciso señalar que la condición de seropositivo para la infección del Virus de Inmunodeficiencia Humana, no debe concluir en la determinación de buscar alternativas profesionales por el hecho de vivir con él, por el contrario, se debe concienciar no solo al trabajador sino a la institución de salud en que está prestando sus servicios, que por el hecho de ser portador no puede relegarse su profesión, sino que deben adoptarse las medidas de bioseguridad y atención del paciente.

“En la literatura medica son tan pocos los casos de transmisión del VIH por parte del trabajador de la salud en general (incluyendo personal médico y paramédico) hacia sus pacientes, que el riesgo de transmisión en procedimientos INVASIVOS es muy bajo.”

Retomando la aplicación del test al presente caso y ponderando lo plasmado en los conceptos transcritos, la decisión asumida por el gerente de la entidad accionada, consistente en impedir el desarrollo de las prácticas profesionales en las instalaciones de la Clínica, argumentando la protección del señor X-503 por ser portador del VIH y la de los pacientes que pudiesen tener contacto con él, la Sala concluye que la medida no resulta necesaria, ya

que un estudiante auxiliar de enfermería está expuesto a los mismos riesgos que genera un entorno hospitalario en el cual se desarrollan actividades propias de esta profesión, lo cual, en el caso específico de X-503, no se aumenta por tratarse de una práctica de gineco-obstetricia o en el futuro el ejercicio de su profesión como auxiliar de enfermería.

De otra parte, la condición de portador de VIH seropositivo del señor X-503, conforme a los conceptos y argumentos de las entidades accionadas, no representa ningún riesgo adicional para los pacientes de cualquier servicio en general y del servicio de gineco-obstetricia en específico que tuviese contacto con el accionante, ya que así lo indican expertos en la materia, concluyendo que la transmisión por parte de los profesionales de la salud es improbable.

En síntesis, la medida no es necesaria porque existe una alternativa a la decisión de impedir absolutamente el desarrollo de las prácticas, es decir, la entidad como institución prestadora de servicios de salud está en la obligación de proveer medidas generales de bioseguridad y garantizar la disponibilidad de los medios de protección para todo el personal a través del programa de salud ocupacional³⁴. De la misma forma existen protocolos de prevención del riesgo biológico que al ser conocidos y aplicados, reducen de manera ostensible los riesgos de contagio de parte y parte³⁵.

Así mismo, la medida discriminatoria asumida por la entidad accionada, resulta desproporcionada, ya que el beneficio buscado con la medida sacrifica en alto grado valores y principios constitucionales sin que medie razón suficiente para hacerlo. No lo logra, puesto que el beneficio buscado con la medida de proteger al accionante y a las personas que pudiesen tener contacto con él, a pesar de ser adecuada sacrifica definitivamente los derechos fundamentales del señor X-503, ya que impide terminantemente el ejercicio de la profesión de auxiliar de enfermería a una persona que venía desarrollando la mayoría de su ciclo académico y a la cual solo le restaban 2 prácticas para graduarse.

Sumado a ello, existe un argumento pragmático que permite evidenciar que todo el personal profesional de la salud corre un riesgo al tener contacto con cualquier persona, basta con pensar que a nadie se le exige prueba del VIH al ingreso de un servicio de urgencias, sin importar que el paciente sea o no portador; el personal médico toma las medidas preventivas no solo de protección contra el sida, sino contra las distintas clases de enfermedades,

infecciones y virus de los cuales el ser humano es portador y que abundan en un recinto médico.

Así, el Hospital, por mandato normativo debe garantizar la disponibilidad de todos los medios de protección y de las medidas de bioseguridad que se enseñan como parte de los procesos de formación. En este caso, para que el señor X-503 a pesar de su condición de portador de VIH, pudiese acceder al derecho a la educación y al de libertad de escogencia de profesión u oficio, en igualdad de condiciones con el resto de alumnos sin ser discriminado.

En razón a lo expuesto, la Corte concederá el amparo solicitado. No obstante, no se puede generalizar que por la condición de sujeto de especial protección portador de VIH un profesional de la salud se encuentre blindado para el ejercicio de su profesión (en este caso la de auxiliar de enfermería).

En consecuencia y con el fin de proteger el derecho a la salud de los pacientes que puedan ser sometidos al contacto del señor X-503 y para la protección exclusiva del mismo, la Sala ordenará al Director del Hospital (...), que implemente y ponga en marcha todas las medidas necesarias con el fin de que al estudiante (si persiste en su pretensión), le sea permitido desarrollar las practicas profesionales restantes para acceder al título de auxiliar de enfermería, en igualdad de condiciones que los demás estudiantes de su profesión.

Para ello el Gerente del Hospital (...), por medio del área de salud ocupacional, del Comité de Bioseguridad o el área que haga las veces, según el estado inmunológico del señor X-503, establecerán que tipo de medidas preventivas se desarrollaran en ejercicio de las practicas restantes a las cuales el accionante estará obligado a cumplir debiendo abstenerse de tomar parte en actividades y/o procedimientos que conlleven riesgo de trasmisión de la enfermedad a otros o que representen riesgo de doble vía.

5.5. De otra parte, conforme al artículo 21 del Decreto 1543 de 1997, está prohibida la exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o como requisito obligatorio para la admisión o permanencia en centros educativos. A pesar de ello, el señor X-503 manifestó voluntariamente en el registro que debe diligenciar en la oficina de talento humano del Hospital (...), su condición como portador del VIH, pudiendo guardar silencio y continuar con sus prácticas e ingresar al mundo laboral.

La Sala exalta la transparencia y el compromiso ético del señor X-503 al manifestar abiertamente su condición de portador del VIH, lo cual permite que se tomen las medidas preventivas tanto para su protección como la de los pacientes que tengan contacto con él, a fin de no promover la propagación del virus. Por el contrario, censura que se coarten o estigmaticen a los enfermos del VIH/sida por su mera condición, sin que se busquen alternativas a la exclusión a pesar de que se trate de un estudiante de la salud, que si bien está actividad genera riesgo, este es inherente a la profesión misma y el hecho de ser portador sustancialmente no significa que esto cambie o aumente, siempre y cuando se toman las medidas preventivas necesarias.

Finalizando, la Sala no puede legitimar ni dejar pasar por alto la alternativa planteada por el juez de único de instancia, el cual en su sentencia, manifestó: “ (...) que el accionante si es conciente como debe serlo de su situación personal, debe encausar su interés personal de superación, que por la educación se intenta, en un campo diferente donde haya un menor riesgo de contagio inminente, porque existen muchos, donde no haya riesgos de contagio inminente, porque es precisamente por el medio que escogió que su situación personal se torna precaria, sin que esto quiera decir, que no tenga derecho a buscar su propia superación. Pero obviamente en un medio diferente”.

La mera condición de portador del VIH no puede ser argumento para descomponer de un tajo la profesión o la carrera de una persona a pesar de ser portadora del VIH, ya que dicha condición no constituye razón suficiente para plantear alternativas de reubicación profesional. Este tipo de decisiones deben analizarse en cada caso y de esta manera adoptarse las medidas de bioseguridad y atención del paciente necesarias a ese caso específico. Los factores determinantes del riesgo para la salud de un profesional de salud infectado con el VIH, están relacionados con su estado inmunológico, el tipo de ambiente ocupacional al que se exponga y al correcto uso de las barreras de protección ya que la práctica cuidadosa de los procedimientos de control de infecciones, protegen a los pacientes y a los proveedores de atención en salud, contra las enfermedades infecto-contagiosas. Por ello, en principio las medidas restrictivas que se adopten contra este grupo históricamente discriminado, no pueden significar el confinamiento del ejercicio de su profesión, por su mera condición, así que en cada caso concreto deberán analizarse las particularidades del mismo y observar si la medida restrictiva o el trato diferencial se adapta o no a la Constitución.

Conforme a lo expuesto, en el presente caso, se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para proteger los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección como el señor X-503, motivo por el cual, se revocará el fallo único de instancia proferido por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de (...), que denegó el mismo.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido el treinta (30) de octubre de 2007, por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de (...) que denegó el amparo solicitado. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la educación y a la libertad de elección de profesión u oficio del señor X-503, por las razones y en los términos de esta Sentencia.

TERCERO.- ORDENAR al Gerente del Hospital (...), que implemente y ponga en marcha todas las medidas necesarias con el fin de que al estudiante X-503 (si persiste en su pretensión), le sea permitido desarrollar las practicas profesionales restantes para acceder al título de auxiliar de enfermería, en igualdad de condiciones que los demás estudiantes de su profesión.

Para ello el Gerente del Hospital (...), por medio del área de salud ocupacional, del Comité de Bioseguridad o el área que haga las veces, según el estado inmunológico del señor X-503, establecerán que tipo de medidas preventivas se desarrollaran en ejercicio de las prácticas a las cuales el accionante estará obligado a cumplir debiendo abstenerse de tomar parte en actividades y/o procedimientos que conlleven riesgo de transmisión de la enfermedad a otros o que representen riesgo de doble vía.

CUARTO.- EXALTAR la conducta del señor X-503 por manifestar voluntariamente su condición de portador del VIH, lo cual permite que se tomen las medidas preventivas tanto

para su protección como la de los pacientes que tengan contacto con él, a fin de no promover la propagación del virus.

QUINTO.- ORDENAR al Gerente del Hospital (...), que informe a la Sala Novena de Revisión de esta Corporación sobre todas las medidas implementadas a fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral tercero de la parte resolutive de la presente providencia, para lo cual contará con un término máximo de un (1) mes, a partir de la notificación de esta sentencia. Lo anterior, sin perjuicio de los informes que debe dar al juez de instancia sobre el cumplimiento del fallo.

SEXTO.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que los nombres y los datos que permitan identificar al accionante sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ORDENAR por intermedio de la Secretaría General de la Corte al Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de (...), que se encargue de salvaguardar la intimidad del señor X-503, manteniendo la reserva sobre el expediente.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

1 La protección de la intimidad se ha presentado por petición expresa del accionante o por que la Corte advierte la necesidad de proteger el derecho, por ejemplo en temas

relacionados con hermafroditismo, señalamientos públicos de conducta, enfermos de (VIH/SIDA), sexualidad etc. La Corte ha considerado proteger el derecho a la intimidad de los accionantes impidiendo referenciar todo tipo de información que pueda identificarlos. Al respecto pueden verse las Sentencias SU-256/96, SU-480/97, SU-337/99, T-810/04, T-618/00, T-436/04, T-220/04, T-143/05, T-349/06, T-628/07, T-295/08, T-816/08 entre otras.

2 Folio 17 del cuaderno de revisión.

3 Folios 18 a 22 del cuaderno de revisión.

4 Folios 29 a 36 del cuaderno de revisión.

5 Folios 40, 41 y 42 del cuaderno de revisión.

6 Sentencia C-384 de 1997.

7 Sentencia C-530 de 1993

8 Sentencia T -360 de 2002.

9 Cfr. Sentencia C- 410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

10 Cfr., entre otras, la Sentencia T-352 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Cfr. Sentencia C-040 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

12 Sobre la razonabilidad, como criterio de valoración y aplicación del derecho a la igualdad, es un asunto sobre el que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada desde los inicios de su labor. Cfr., entre otras, la Sentencia C-221 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

13 Ver Sentencias T-098 de 1994. T-301/04 y T-577 de 2005.

14 En la Sentencia C-530/93, se señalaron las diferencias que existen entre discriminación y trato diferenciado, al respecto se manifestó: “La distinción entre discriminación y diferenciación, que es el elemento fundamental para calibrar el alcance del principio de igualdad. Dicho principio, en efecto, veta la discriminación, pero no excluye que el poder

público otorgue tratamiento diverso a situaciones distintas -la diferenciación-. El artículo 13 de la Constitución no prohíbe, pues, tratamientos diferentes a situaciones de hecho diferentes. La distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta esta constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable”.

15 Al respecto pueden consultarse las sentencias: T-530/93, T-230/94, C-445/95, C-022/96, C-309/97, T-325/97, C-563/97, C-183/98, C-318/98, C-481/98, SU-642/98, C-359/99, T-861/99, C-112/00, C-514/00, C-093/01, C-673/01, C-806/02, C-291/02, C-1036/03, C-227/04, T-301/04, T-577/05, C-182/07, C-521/07, entre otras.

16 Ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994 y C-022 de 1996.

17 Ver, entre otras, las sentencias C-445 de 1995, C-563 de 1997, y C-183 de 1998

18 Confróntense las Sentencias T-352/97, T-301/04 y T-577/05.

19 (Virus de la Inmunodeficiencia Humana): Retrovirus que es el agente causal del SIDA.

20 (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida): Conjunto de síntomas y signos generados por el compromiso del sistema inmunitario de una persona como consecuencia de la infección por el VIH.

Según la enciclopedia virtual Wikipedia: (...) una persona padece de sida cuando su organismo, debido a la inmunodepresión provocada por el VIH, no es capaz de ofrecer una respuesta inmune adecuada contra las infecciones que aquejan a los seres humanos. Se dice que esta infección es incontrovertible.

“Cabe destacar la diferencia entre estar infectado por el VIH y padecer de sida. Una persona infectada por el VIH es seropositiva, y pasa a desarrollar un cuadro de sida cuando su nivel de linfocitos T CD4 (que son el tipo de células a las que ataca el virus) desciende por debajo de 200 células por mililitro de sangre.

Para mayor información véase www.wikipedia.com

21 Igualmente, puede consultarse el modelo de gestión programática en VIH/sida, expedido en el 2006 por el Ministerio de la Protección Social, en el cual se contemplan los programas para la atención de las personas con VIH/sida, la guía para el manejo de la enfermedad basada en la evidencia - Colombia y la guía de práctica clínica.

22 Fuente: Diario Oficial No. 43.062, del 17 de junio de 1997. Subrayados por fuera del texto original.

23 En el mismo sentido, sentencias T-469/04 y T-434 de 2006.

24 También pueden consultarse las sentencias: T-070/02, T-843/04, T-1071/04, T-262/05, T-577/05, T-434/06, T-490/06, T-1041/06, T-422/07, entre otras.

25 Cfr. Sentencia T-505 de 1992.

26 Cfr. Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996.

27 Cfr. T-1283 del 3 de diciembre de 2001

28 Sentencia T-816/05

29 Lo anteriormente expuesto lo reforzó con lo dispuesto por el Tercer Consejo Internacional de Enfermeras, en el que se dejó consignado la responsabilidad ética que tiene el personal de enfermería seropositivos. Así mismo, transcribió lo expresado por la Asociación Médica Mundial en Asamblea General en Pilanesberg- Sud-África, en octubre del 2006, acerca de las políticas sobre VIH-SIDA y la profesión médica, plasmándose en el numeral 17 lit. C, que los médicos que estén infectados con el VIH, no deben tomar parte en ninguna actividad que cree riesgo de transmisión de la enfermedad a otros.

30 La Sala destaca que la Acofaen para responder a los interrogantes planteados, convocó un grupo de profesionales de enfermería y medicina, dedicados a la academia y con estudios de posgrado en sus respectivas áreas. Hicieron parte de este grupo los siguientes profesionales:

* Martha Lucía Alzate: Enfermera, Magíster en Administración de Salud. Área de Énfasis

Epidemiología. – Doctorado en Salud Pública. Área de Énfasis Prácticas de Salud Pública. Universidad de São Paulo ~ Brasil. Facultad de Salud Pública. Profesora Doctorado de Salud Pública de la Universidad Nacional de Colombia.

* Martha Patricia Bejarano: Enfermera, docente experta en Salud Sexual y Reproductiva. Profesora Facultad de Enfermería de la Universidad Nacional de Colombia.

* Daniel Gonzalo Eslava A.: Enfermero, con Doctorado en Salud Pública de la Universidade de São Paulo, Brasil. Maestría en Administración En Salud. Pontificia Universidad Javeriana. Maestría en Desarrollo Rural. Pontificia Universidad Javeriana – actual Presidente de ACOFAEN.

* María Iraidis Soto S. Enfermera, Magister en Investigación y Tecnología Educativa – Pontificia Universidad Javeriana. Diplomado “Mejoramiento de la Calidad y Auditoría en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales”.. Especialización en Alta Gerencia. actualmente Directora Ejecutiva de ACOFAEN

* Myriam Parra V. Enfermera, Enfermera, Especialista en Cuidado Crítico, docente experta en la atención de Enfermería en el Área Clínica. Profesora de la Facultad de Enfermería de la Universidad Nacional de Colombia. Actual Vicepresidenta de ACOFAEN.

* Edy Salazar: Docente experta en Gineco-obstetricia y en las Áreas de Ética y Bioética. Profesora de la Pontificia Universidad Javeriana.

* Bertha Gómez – Médica Bioeticista, Especialista en Salud Ocupacional – Programa VIH/OPS Consultora Regional en VIH para la OPS – Washington.

* Martha Inés Valdivieso C. Enfermera, con Maestría en Investigación y Docencia Universitaria. Asistente de la Presidencia de ACOFAEN.

Del mismo modo y con el tema del VIH/sida la Acofaen ha estado vinculada en proyectos tales como: Proyecto de Integración de los Servicios de Asesoría y Oferta de la Prueba Voluntaria de VIH – INTEGRA y los Servicios de Salud Sexual y Reproductiva en el SGSSS de Colombia (2.006), proyecto AIVIH / OPS (Atención Integrada a la Prevención, Cuidado y Tratamiento del VIH), Capacitación en Asesoría pre y pos Prueba para VIH Y Sida – Contrato de Prestación de Servicios entre Acofaen y el Fondo de Población de Naciones Unidas–

UNFPA, y la Conformación y coordinación de la Red Internacional de Enfermería en VIH de las Américas (REDEVIHDA):

31 A nombre de la Ascofame por elección del Director Ejecutivo de la entidad, conceptualizó el Jefe de Infectología del Hospital Universitario San Ignacio de la Pontificia Universidad Javeriana.

32 Por parte de esta entidad contestó la señora Claudia Ayala Leal en calidad de Directora General de la entidad y Francisco Jaramillo TM. D como Director Científico de la misma.

33 Dicho documento puntualmente en relación con la profesión de Auxiliar de Enfermería contempla:

- Atender y orientar a la persona en relación con sus necesidades y expectativas de acuerdo con políticas institucionales y normas de salud.

- Admitir al usuario en la red de servicios de salud según niveles de atención y normativa vigente.

- Controlar las infecciones en los usuarios y su entorno de acuerdo con las buenas prácticas sanitarias

- Apoyar la definición del diagnóstico individual de acuerdo con guías de manejo y tecnología requerida.

- Asistir a las personas en las actividades de la vida diaria según las condiciones del usuario asignación y/o delegación del profesional, guías y protocolos vigentes.

- Participar en el cuidado a las personas para el mantenimiento y recuperación de las funciones de los diferentes sistemas por grupo etéreo en relación con los principios técnicos, científicos y éticos vigentes.

- Administrar medicamentos según delegación y de acuerdo con técnicas establecidas en relación con los principios éticos y legales vigentes.

- Brindar atención integral a la familia en relación al ciclo vital de acuerdo con el contexto social, político, cultural y ético.

- Generar actitudes y prácticas saludables en los ambientes de trabajo.
- Trasladar a la persona en situación de riesgo de salud a la institución según nivel de atención requerida.
- Esterilizar productos y artículos de acuerdo con estándares de aseguramiento de la calidad.
- Cuidar integralmente al usuario en condiciones críticas de salud según su estado y de acuerdo con criterios técnico-científicos vigentes.
- Atender integralmente al usuario en la unidad quirúrgica de acuerdo con guías de manejo y protocolos vigentes.
- Cuidar al usuario en terapia renal concertada según valoración del equipo interdisciplinario.
- Apoyar a las actividades de salud ocupacional de acuerdo con el programa diseñado en salud ocupacional y norma vigente.

34 Al respecto puede consultarse el Decreto 1295 de 1994 por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales y la Resolución 1016 de 1989 que define el programa de salud ocupacional en los siguientes términos: El Programa de Salud Ocupacional consiste en la planeación, organización, ejecución y evaluación de las actividades de Medicina Preventiva, Medicina del Trabajo, Higiene industrial y seguridad industrial, tendientes a preservar, mantener y mejorar la salud individual y colectiva de los trabajadores en sus ocupaciones y que deben ser desarrolladas en sus sitios de trabajo en forma integral e interdisciplinaria.

35 Como bien lo señala LigaSida, “(...) existen enfermedades infecciosas a través del contacto de la sangre del trabajador de la salud y el paciente, mucho más contagiosas que un VIH, como por ejemplo: la Hepatitis B y la Hepatitis C.” En este tipo de casos las entidades correspondientes deben tomar las medidas necesarias.”