

Diferimiento y exclusión de donantes de sangre homosexuales en Colombia
¿Ciencia u homofobia?

Tesis de grado para optar por el título de Abogado

Jairo Andrés Franco Torres

Directora: Ruth Adriana Ruiz Alarcón

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Bucaramanga

2016

Título: Diferimiento y exclusión de donantes de sangre homosexuales en Colombia: ¿Ciencia u homofobia?

Resumen: La donación sanguínea es una práctica ampliamente regulada en Colombia, que hace parte de la cadena de extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados. Uno de los elementos más importantes de esta regulación, es el “Manual de Normas Técnicas, Administrativas y Procedimientos para bancos de sangre” el cual establece políticas de diferimiento y exclusión dirigidas a las personas homosexuales. Estas políticas se fundamentan en el riesgo que existe del contagio de VIH por medio de una transfusión sanguínea y son uno de los varios mecanismos que ha implementado el Ministerio de Salud para gestionar dicho riesgo.

Debido al contenido ético - social de la donación sanguínea como una actividad solidaria y altruista, orientada por principios constitucionales, las políticas de diferimiento enfocadas a las personas homosexuales como una población de riesgo, han sido criticadas y consideradas discriminatorias por miembros tanto de la comunidad LGBT como de la comunidad médico – científica a nivel mundial. A pesar de esto y de un llamado que ha hecho la Corte Constitucional al Ministerio de Salud para que revise dichas políticas, estas aún continúan vigentes en el país sin ser sometidas a estudios más serios por parte de las autoridades competentes.

Palabras clave: Donación de sangre, Comunidad LGBT, discriminación, derechos fundamentales, Corte Constitucional.

CONTENIDO

Introducción.....	5
Capítulo I Generalidades sobre la donación de sangre en Colombia.....	8
1.1. Concepto de donación de sangre.....	9
1.2. Marco Jurídico que regula la donación de sangre en Colombia.....	10
1.2.1. Constitución Política: salud y solidaridad.....	11
1.2.2. Leyes, decretos y resoluciones.....	13
1.3. Requisitos para lo donación de sangre en Colombia: criterios de diferimiento y exclusión dirigidos a personas homosexuales.....	22
Capítulo II Panorama histórico y científico sobre la donación de sangre y los HSH.....	25
2.1 Recuento histórico sobre el origen el VIH/SIDA y las políticas diferimiento para HSH en la donación sanguínea.....	25
2.1.1. Orígenes del VIH/SIDA: “El Cáncer Gay”.....	25
2.1.2. VIH/SIDA y el diferimiento de hombres homosexuales.....	28
2.1.3. VIH/SIDA y el diferimiento en Colombia.....	30
2.2 Epidemiología.....	32
2.2.1. Prevalencia de VIH/SIDA en HSH.....	33
2.2.2. Causas de la prevalencia de VIH/SIDA en HSH.....	37
Capítulo III Recuento histórico de la situación jurídica de la población LGBT en Colombia	40
3.1. Homosexualidad y derecho penal.....	40
3.2. Constitución Política de 1991.....	45
3.3. 25 años de jurisprudencia constitucional.....	46
3.3.1. Década de los 90.....	46
3.3.2. Década de los 2000.....	50
3.3.3. Década de los 2010.....	54

Capítulo IV Consideraciones acerca de las políticas de diferimiento y exclusión en la donación sanguínea para las personas homosexuales en Colombia.....	59
4.1. Argumentos Científicos.....	60
4.1.1. Vigencia científica.....	60
4.1.2. La Prueba de Ácido Nucleico (NAT).....	64
4.1.3. Experiencia internacional.....	69
4.1.4. Fundamentos científicos cuestionables.....	71
4.2. Violación del Bloque de Constitucionalidad y el DIH.....	72
4.3. Desconocimiento de la jurisprudencia constitucional.....	75
4.4. Violación de la ley penal.....	76
4.5. Violación de las normas constitucionales.....	77
Conclusiones.....	79
Bibliografía.....	81

Introducción

La donación de sangre es un acto solidario, desinteresado y voluntario, por medio del cual una persona mayor de edad y en buen estado de salud, permite que sean extraídos de su cuerpo 450 mililitros de líquido vital, con el propósito de que sea transfundido posteriormente a otra persona o paciente que por alguna condición médica, complicación quirúrgica o accidente, necesite de esta.

En Colombia, la donación de sangre está orientada por principios constitucionales y regulada por un marco jurídico, el cual establece los lineamientos que deben seguir los laboratorios clínicos, bancos de sangre o entidades de salud que reciban donaciones.

En conformidad a las normas que regulan la donación de sangre como parte de la cadena de “extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados”, las entidades que desempeñan esta práctica, aplican de manera previa a los posibles donantes una “Encuesta de Entrevista de Elección de Donante”, por medio de la cual se pretende identificar factores de riesgo que desde el ámbito científico sirven para establecer si se debe aceptar o diferir (restringir temporalmente) a un donante.

En dicha encuesta, el posible donante debe suministrar información sobre su estado actual de salud, consumo de drogas y/o alcohol, orientación sexual, prácticas sexuales, etc.

Uno de los principales objetivos de esta encuesta, es establecer según las características y prácticas del donante si este pertenece a una población de alto riesgo de contagio de enfermedades infecciosas como el VIH.

En aplicación del “Manual de Normas Técnicas, Administrativas y de Procedimientos para banco de sangre” establecido por el Ministerio de Salud por medio de la Resolución 901 de 1996 y en aras de garantizar la salud pública, diferentes entidades en Colombia que reciben donaciones de sangre, rechazan a posibles donantes debido a que en la Encuesta de Entrevista de Selección de

Donante, estas personas de sexo masculino, manifiestan que han tenido relaciones sexuales con otro hombre en los últimos quince años. Dicha declaración, automáticamente los clasifica dentro de una población de alto riesgo de contagio de VIH y su donación no puede ser recibida.

A pesar de que las entidades receptoras de donaciones sanguíneas realizan, en conjunto con la encuesta, una serie de estudios y exámenes sobre todas las unidades de sangre donada para descartar cualquier enfermedad infecciosa transmisible como el VIH. Para los hombres en Colombia, tener relaciones de carácter homosexual es una incompatibilidad a la hora de ofrecer una donación; situación que ha sido criticada por miembros de la comunidad LGTB y de la comunidad médico – científica, quienes piensan que estas políticas son discriminatorias y configuran una vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad y no discriminación.

Adicionalmente, en otro apartado del Manual elaborado por el Ministerio de Salud, se establece que en casos de emergencia y calamidad pública, la homosexualidad es criterio suficiente para excluir a un donante, independientemente de si es hombre o mujer o de su actividad sexual.

Como se podrá observar en este trabajo, las políticas de diferimiento en la donación sanguínea responden a una normatividad anacrónica y a un contexto histórico en el que erróneamente se creía que el VIH era una enfermedad selectiva que solo se presentaba en hombres homosexuales.

A pesar de que epidemiológicamente existe una prevalencia muy alta de VIH entre los Hombres que tienen Sexo con Hombres, no se puede asumir que todos los HSH incurren en prácticas sexuales inseguras. La comunidad médico – científica manifiesta que tomar este como el único criterio para fundamentar las políticas de diferimiento es incorrecto y estudios en países donde se han eliminado o modificado estas políticas concluyen que no ha habido una incidencia negativa en las tasas de contagio de VIH. Además de esto, veremos que actualmente se encuentran

disponibles diferentes pruebas de laboratorio que al ser implementadas en la donación sanguínea, reducen el riesgo de contagio de VIH a una probabilidad casi nula.

Por otro lado, haré un análisis de la situación jurídica de la Comunidad LGBT en Colombia, basándome en la penalización y posterior despenalización del acceso carnal homosexual, en la Constitución Política de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Finalmente, mediante todas las herramientas y elementos recaudados, defenderé la tesis de que las políticas de diferimiento en la donación sanguínea dirigidas a las personas homosexuales, configuran una violación al Bloque de Constitucionalidad y al Derecho Internacional Humanitario, desconocen la jurisprudencia de la Corte Constitucional, generan la comisión de conductas tipificadas penalmente y son incompatibles con la Constitución Política de 1991 al violar los derechos fundamentales a la dignidad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

Así podrá justificar una propuesta de modificación o eliminación de dichas políticas, dirigida al Ministerio de Salud y de la Protección Social y una demanda de nulidad contra la Resolución 901 de 1996, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad establecido en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

Capítulo I. Generalidades sobre la donación de sangre en Colombia

En este primer capítulo estudiaremos diferentes definiciones de la donación de sangre que nos permitirán establecer sus elementos y características básicas. De esta manera, habiendo definido el principal objeto de este trabajo, procederemos a establecer el marco jurídico que regula esta práctica en Colombia y los requisitos y criterios que existen para seleccionar a un donante de sangre.

Antes de comenzar con el desarrollo de esta monografía, es necesario hacer ciertas precisiones terminológicas con respecto a varias palabras que se usaran de manera frecuente dentro de este escrito.

La palabra “homosexualidad” fue acuñada inicialmente en Europa, desde la segunda mitad del siglo XIX por la comunidad médica. Dicha expresión está compuesta por el griego “homo” (igual) y el latín “sexus” (sexo) y se usaba para referirse a personas con algún tipo de enfermedad, deformación, desviación biológica, genética u hormonal. (Bustamante, 2011)

Debido a su origen y a la forma como fue usada en un momento de la historia, la palabra “homosexual” ha sido rechazada por autores y personas de la Comunidad LGBT, por su carácter excluyente y peyorativo. Las orientaciones sexuales existentes y sus formas de expresión son tan numerosas y diversas, que el vocablo “homosexual” se queda corto. Es por eso que con el objeto de evitar continuar con la reproducción de términos ofensivos y heteronormativos, han surgido expresiones como: “Personas Homoafectivas”, “Sujetos Homoeróticamente Inclinados”, “Personas LGBT”, “Personas de Sexualidad Diversa” y “Gays”, las cuales son más apropiadas para referirse a este universo de personas, prácticas, expresiones, identidades y sentimientos. Sin embargo, a pesar de que se tiene conocimiento y se apoya este uso del lenguaje, la palabra “homosexual” es la expresión más usada y aceptada en la terminología médica y jurídica, razón

por la cual se encontrará un sinnúmero de veces en este trabajo.

Por otro lado, es importante resaltar las diferencias que existen entre la palabra “homosexual” y la expresión “hombres que tienen sexo con hombres (HSH)”: la primera se usa para referirse a hombres y mujeres que tienen una inclinación erótica y/o afectivo – sexual hacia personas de su mismo sexo biológico, mientras que la segunda se refiere a hombres biológicos que tienen o han tenido contacto sexual con otros hombres. Se hace esta aclaración porque la genitalidad del contacto sexual no define la orientación sexual de una persona, es decir, que no todos los hombres que tienen sexo con hombres son homosexuales, y no todos los hombres homosexuales tienen o han tenido sexo con otros hombres.

1.1. Concepto de Donación de Sangre

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), “una transfusión de sangre es la transferencia de sangre o componentes sanguíneos de un sujeto (donante) a otro (receptor). Una transfusión de sangre puede salvar la vida del paciente, de ahí la necesidad de que los servicios de salud procuren mantener un suministro adecuado de sangre segura y garantizar que se utilice como corresponde.” (OMS, 2016 b)

Con respecto a la donación de sangre, Galarneau (2010) afirma lo siguiente: “(...) Comúnmente entendida como un ejemplo de altruismo individual, la donación de sangre es también una poderosa expresión de solidaridad social (...)”(p.1).

Con estas dos referencias, podemos ver la donación de sangre desde dos puntos de vista, o mejor, identificar dos de sus principales componentes; el componente científico – terapéutico y el componente ético – social.

El Código de Ética para la Donación y Transfusión de Sangre de la Sociedad Internacional de

Transfusión Sanguínea (ISBT, 2000), establece que “La donación de sangre, incluyendo los tejidos hematopoyéticos para trasplantes, serán, en todos los casos, voluntarios y no remunerados; y no se ejercerá coerción sobre el donante. El donante prestará su consentimiento informado para la donación de sangre o de componentes de sangre para el uso consiguiente (legítimo) por parte del servicio de transfusión”(p.1).

Por otro lado, la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2009) dice que: “La donación de sangre es un procedimiento voluntario que puede producir efectos indeseados sobre el donante y por lo tanto requiere un consentimiento informado individual. Es necesario establecer una edad mínima para la donación de sangre, con el fin de asegurar que el donante es competente y tiene la capacidad de proveer el consentimiento informado” (P.11).

Ahora, con respecto a la definición de donante, en Colombia, el decreto presidencial 1571 de 1993 establece que un donante de sangre es: “La persona que, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en este Decreto, da, sin retribución económica y a título gratuito y para fines preventivos, terapéuticos de diagnóstico o de investigación, una porción de su sangre en forma voluntaria, libre y consciente”.

Se puede evidenciar en las tres últimas definiciones, el componente jurídico de la donación sanguínea, como una actividad regulada por medio de unos requisitos que emanan de preceptos legales, generando actos jurídicos como el consentimiento informado.

1.2. Marco jurídico

En Colombia, la donación de sangre está regulada por un marco jurídico que establece los protocolos y procedimientos que deben seguir los establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados.

A continuación, revisaremos las normas que componen este marco jurídico, para así determinar las características y naturaleza de la donación sanguínea en el país.

1.2.1. Constitución Política: salud y solidaridad

Toda vez que la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados son actividades directamente relacionadas con la salud como un servicio público y derecho fundamental, el Estado, en conformidad a los artículos 49, 334 y 365 de la Constitución Política, ha procedido a regularlas conformando un marco jurídico el cual debe ser observado y aplicado de manera obligatoria por los laboratorios y bancos de sangre.

En primer lugar, en el artículo 49 de la Constitución Política, se establece que la salud es un servicio público que está a cargo del estado, el cual debe:

Organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

En este artículo, podemos ver que en Colombia, tanto entidades de carácter público como de carácter privado pueden prestar servicios de salud, como ocurre en el caso de la extracción y almacenamiento de sangre producto de una donación, actividad que es llevada a cabo por hospitales públicos pero también por laboratorios y bancos de sangre de carácter privado.

Posteriormente, el artículo 344 de la Carta, que habla sobre la intervención del Estado en la economía, establece que el Estado, por mandato de la ley podrá intervenir en los servicios públicos, como es el caso del servicio público de salud, para conseguir su máximo aprovechamiento y asegurar que todas las personas tengan acceso a este.

Seguidamente, el artículo 365 enuncia nuevamente que los servicios públicos pueden ser prestados por privados o particulares, pero siempre bajo la especial vigilancia y regulación del Estado: “(...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”.

Los anteriores artículos enmarcan a la donación de sangre dentro de la salud como un servicio público a cargo del Estado. Ahora, hablaremos del principio constitucional de solidaridad, como uno de los principios orientadores de la donación sangre, práctica que hemos definido anteriormente como una acción voluntaria, solidaria y altruista.

El principio de solidaridad ha sido consagrado en la Carta Política de 1991 desde su artículo primero. En este se enuncia como uno de los principios fundacionales del Estado de Derecho: “fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

En el artículo 48 se menciona de nuevo la solidaridad, de la siguiente manera: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)”

Posteriormente, en el artículo 49 se vuelve a ser mención de este principio: (...) “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de

saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (...)”

Finalmente, en el artículo 95 – 2, se establece en los deberes y obligaciones del Ciudadano, que este debe: “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

Como afirma Mora (2006) “En todas las anteriores normas se vislumbra una decidida propuesta del constituyente de afianzar diferentes aspectos de la realidad colombiana desde la solidaridad, entendida como elemento rector de esta, bastante injusta sociedad, que nos ha tocado vivir.” (p.42)

1.2.2. Leyes, decretos y resoluciones

En observancia de las anteriores disposiciones y bajo la imperante necesidad de regular temas como la donación de sangre y su transfusión, el Congreso de la República, estableció la ley 9 de 1979 “por la cual se dictan medidas sanitarias”. Dicha ley actúa como un código sanitario y en su artículo 433, el Ministerio de Salud es llamado a controlar todas las actividades relacionadas con los productos biológicos como la sangre y sus derivados, de la siguiente manera: “El Ministerio de Salud o la entidad que éste delegue controlará la elaboración, importación, conservación, empaque, distribución y aplicación de los productos biológicos incluyendo sangre y sus derivados.”

En el Título IX de esta ley, se regula todo lo relacionado con las “Defunciones, traslado de cadáveres, inhumación y exhumación, trasplantes y control de especímenes”. El artículo 516, ubicado dentro del título mencionado, dispone:

Además de las disposiciones del presente título, el Gobierno por intermedio del Ministerio de Salud, establecerá las normas y procedimientos para:

(...)

- g) Controlar la obtención, conservación y utilización de órganos, tejidos o líquidos orgánicos de cadáveres o proporcionados por seres vivos para fines terapéuticos, y
- h) Que todos los especímenes quirúrgicos obtenidos con fines terapéuticos o de diagnóstico sean sometidos a examen anatomopatológico, con el objeto de que los estudios epidemiológicos de morbilidad sean completos.

En el mismo sentido consagra en los artículo 543, 544 y 546:

ARTICULO 543. Para efectos de donación o traspaso de órganos, tejidos o líquidos orgánicos por parte de una persona viva, el Ministerio de Salud establecerá qué certificaciones deberán presentarse para acreditar científicamente que el acto no constituye un riesgo distinto del que el procedimiento conlleve, para la salud del donante ni para la del posible receptor.

ARTICULO 544. Únicamente podrán funcionar los establecimientos dedicados a la extracción, transfusión y conservación de sangre total o de sus fraccionados, cuando reúnan las condiciones de orden sanitario, científico y de dotación que se establecen en la presente Ley y sus reglamentaciones.

(...)

ARTICULO 546. El Ministerio de Salud deberá:

- a) Determinar los requisitos mínimos de orden científico y técnico que deberán llenar las personas y los establecimientos que practiquen los estudios anatomo-patológicos;

- b) Establecer las normas sobre preservación, transporte, almacenamiento y disposición final de órganos, tejidos y líquidos orgánicos o de seres vivos para trasplantes en otros casos terapéuticos a fin de eliminar cualquier riesgo para la salud o el bienestar de la comunidad;
- c) Los resultados de los estudios anatómo-patológicos realizados en establecimientos distintos de aquel en que se haya practicado la intervención quirúrgica deberán hacerse conocer del médico tratante y de la institución remitente;
- d) Establecer sistemas de información necesarios para que los diagnósticos logrados mediante estos estudios anatómo-patológicos, sean puestos oportunamente en conocimiento de las autoridades sanitarias y cumplan adecuadamente el objetivo enunciado.

Posteriormente, la ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, establece en su artículo 8° que el encargado de la dirección nacional del sistema de salud será el Ministerio de Salud y deberá cumplir las siguientes funciones: “(...)formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4. (...)”. Con respecto a las actividades que tienen un riesgo biológico inherente, como la donación y manejo de la sangre, el literal d de este artículo estipula que una de las funciones del Ministerio de Salud es: “Dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las entidades e instituciones del sistema de salud.”

Como se puede observar, las disposiciones constitucionales y las leyes 9 de 1979 y 10 de 1990 son el punto de partida para analizar el desarrollo legal de la donación de sangre entendiéndose

esta como un servicio público y una actividad que debe ser reglamentada y controlada por el Ministerio de Salud, que además consta de varios elementos o etapas que son la extracción, procesamiento, conservación y transporte.

Las normas anteriormente mencionadas, por si mismas no regulan de manera específica ni crean ningún tipo de reglamentación técnica sobre la actividad objeto de esta investigación, es por esto que ahora continuaremos con las normas de menor jerarquía.

La primera de estas normas es el decreto presidencial 1571 de 1993, “por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados, se crean la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional de Bancos de Sangre y se dictan otras disposiciones sobre la materia”. Dicho decreto en su artículo segundo dispone que:

La salud es un bien de interés público. En consecuencia son de orden público las disposiciones del presente Decreto, mediante las cuales se regulan las actividades relacionadas con la obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y de sus componentes o hemoderivados, así como su distribución y fraccionamiento por parte de los establecimientos aquí señalados.

Con respecto a este decreto la Corte Constitucional afirma en la Sentencia T – 248 del año 2012:

La reglamentación de dicho decreto, aplica a todos los establecimientos o dependencias dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre, es por ello

que su contenido se concentra en establecer definiciones generales, entre las que se encuentra el “banco de sangre”, y determina los principios y directrices sobre la obtención y conservación de la sangre humana. Por otra parte, crea instituciones básicas en esta área, como la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional, y clasifica los bancos de sangre y los servicios de transfusión, entre otros temas que regulan la actividad mencionada de acuerdo a parámetros de salubridad.

Debido a la naturaleza de esta investigación es importante resaltar el Título III de este decreto, el cual se titula “De los donantes de sangre”. En los artículos 28 y 29 de este título se consagran los requisitos que debe cumplir una persona para poder donar sangre:

ARTICULO 28. Por ser la salud un bien de interés público, donar sangre es un deber de solidaridad social que tienen las personas y, por ningún motivo, podrá ser remunerado. Para la donación deberán acreditarse los siguientes requisitos y condiciones:

- a) Ser mayor de 18 años y menor de 65 años.
- b) Que el acto de donación sea consciente, expreso y voluntario por parte del donante.
- c) Que tenga un peso mínimo de 50 kilogramos.
- d) Practicar valoración física con el fin de verificar: que la temperatura, la presión arterial y el pulso se encuentren dentro de rasgos normales.
- e) Ausencia de signos, síntomas o antecedentes de enfermedades infecciosas que se transmitan por vía transfusional.
- f) Ausencia de embarazo.
- g) Que no haya donado sangre total durante un lapso no menos de cuatro (4) meses.

- h) Que previa determinación posea valores de hemoglobina y de hematocrito dentro de los rasgos normales.
- i) Que no haya recibido dentro del último año, transfusiones de sangre o de sus componentes.
- j) No haber sido vacunado dentro de los 15 días anteriores a la donación.
- k) No estar utilizando medicamentos contraindicados para la donación señalados en el manual de normas técnicas que expida el Ministerio de Salud.
- l) Ausencia de signos, síntomas o antecedentes de alcoholismo, drogadicción, de enfermedades infecciosas transfusionales, así como también de enfermedades crónicas o degenerativas que comprometan la salud del donante y/o del receptor, establecidos por interrogatorio y/o por examen físico.
- m) Y otras que determine el Manual de Normas Técnicas que expida el Ministerio de Salud.

PARAGRAFO PRIMERO. Todos los donantes potenciales deben recibir materiales educativos referentes a los riesgos de enfermedades transmisibles por transfusión, con el fin de darles la opción de autoexcluirse de donar sangre.

PARAGRAFO SEGUNDO. El Ministerio de Salud emitirá las normas técnicas que regulen en lo pertinente al presente artículo y fijarán los criterios científicos para la aplicación del mismo.

ARTICULO 29. Los donantes deberán ser seleccionados y clasificados con sujeción a los requisitos establecidos por este Decreto y demás medidas indispensables para la preservación de su salud.

En observancia de las órdenes emitidas por el decreto expuesto, el Ministerio de Salud creó el “Manual de normas técnicas, administrativas y de procedimiento en bancos de sangre” aprobado a través de la Resolución 901 de 1996. Todas las entidades que presten el servicio de banco de sangre dentro de sus servicios de salud, deberán observar y aplicar de manera obligatoria las normas de dicho Manual, el cual regula los objetivos, infraestructura y requisitos de los bancos de sangre, así como las entidades que ejercen su control e inspección, y las actividades de transfusión sanguínea, recolección y pruebas de la sangre donada, entre otros temas, de manera detallada. De esa forma, los bancos de sangre del país deben cumplir con las disposiciones contenidas en el Decreto 1571 de 1993 y con la Resolución 901 de 1996 como marco normativo básico.

Con respecto a los donantes de sangre, en el capítulo III de este Manual, se afirma que: “Donar sangre es un deber y un derecho de la solidaridad social que tienen las personas”.

Posteriormente, se mencionan los requisitos para proteger al donante, todos ellos basados en circunstancias de salud física, edad, peso, etc. Por ejemplo, quien quiera donar sangre debe ser mayor de 18 años y menor de 65, debe pesar más de 50 kilogramos y tener un índice de masa corporal superior a 19, todo esto para que la donación de sangre no represente un riesgo para quien la dona.

Ahora, con respecto a quien recibe la sangre, el Manual consagra un apartado en el numeral 3.2.2 en el que se dispone los requisitos para proteger al receptor:

INFECCION POR VIH/ SIDA:

Para diferirse se debe basar en los siguientes criterios:

- Evidencia clínica o por laboratorio de la infección.

- Relaciones homosexuales masculinas en los últimos 15 años.
- Drogadicción
- Enfermos con discracias sanguíneas que hayan recibido transfusiones de componentes sanguíneos o concentrados de factores hemostáticos.
- Receptores de sangre total sus componentes y derivados en los 12 meses anteriores.
- Donantes con historias de enfermedades venéreas en los 12 meses anteriores así hayan recibido tratamiento.
- Víctimas de violación en los 12 meses anteriores.
- Accidentes de trabajo en los que haya habido contacto con sangre u otros líquidos orgánicos en los 12 meses anteriores.
- Relaciones sexuales con las personas incluidas en los anteriores numerales o con los trabajadores sexuales.
- Infecciones por HTLV I-II cuando se manifiesten clínicamente o por laboratorio, los donantes deben ser diferidos indefinidamente.

Podemos observar entonces, que es en la Resolución 901 de 1996, donde por primera vez se hace referencia a las relaciones homosexuales entre hombres como criterio para restringir y diferir la donación de sangre.

Sin embargo, este no es el único apartado donde este manual menciona la homosexualidad como un criterio restrictivo. En el apartado 3.5 se establecen los criterios de autoexclusión, los cuales son dichas características que puede identificar el donante y por medio de las cuales puede concluir de manera voluntaria, que no debe donar sangre ya que se encuentra dentro de una población o grupo de mayor riesgo de contagio de VIH: “3.5 Criterios de autoexclusión para donantes de sangre: (...) Relaciones homosexuales, bisexuales promiscuas, casuales o con personas diferentes a su

pareja y sin protección (sin condón).”

Finalmente, donde por última vez se menciona en este manual la homosexualidad como un factor de riesgo es en el apartado 9.1.8. el cual consagra lo siguiente:

9.1.8. Variaciones técnicas de la norma para casos de emergencia:

Durante las emergencias los bancos de sangre y servicios y servicios de transfusión efectuarán el siguiente ajuste a las normas usuales para el uso terapéutico de la sangre:

Evaluación de donantes:

(...)

Se utilizan como criterios de exclusión la edad, el peso, la hepatitis, la malaria y otros factores de riesgo como la promiscuidad sexual, toxicomanía y homosexualidad.

Para finalizar con este marco jurídico, tenemos el Decreto 1543 de 1997 “Por el cual se 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)” Dicha norma es muy importante, ya que como expone su parte considerativa, responde tanto al incremento considerable de esta infección en la población colombiana y a la amenaza que representa para la salud pública, como a la vulneración de derechos fundamentales y discriminación que se ha generado debido a sospechas y desinformación acerca de esta epidemia.

Además de las normas expuestas anteriormente, existen otras leyes y resoluciones del Ministerio de Protección Social y Salud, que regulan la actividad de los bancos de sangre en materias más especializadas sobre las cuales no es necesario hacer un análisis más detenido teniendo en cuenta los objetivos de esta investigación. Dichas normas son: la Ley 919 de 2004

“Por medio de la cual se prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Prohíbe cualquier forma de compensación, pago en dinero o en especie por estos componentes”, el Decreto 2323 de 2006 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 9ª de 1979 en relación con la Red Nacional de Laboratorios y se dictan otras disposiciones, integra a Bancos de sangre en la Red de laboratorios”, el Decreto 3518 de 2006 “Por el cual se crea y reglamenta el Sistema de Vigilancia en Salud Pública y se dictan otras disposiciones”, el Decreto 3355 de 2009 “Por el cual se conforma el Comité Nacional de Promoción de la Donación Voluntaria y Habitual de Sangre”, entre otras.

1.3. Requisitos para lo donación de sangre en Colombia: criterios de diferimiento y exclusión.

Como pudimos observar en el marco jurídico elaborado en el punto anterior, hay dos normas que establecen los requisitos que debe cumplir una persona para poder donar sangre y los criterios que deben tenerse en cuenta para restringir una donación y diferir al donante. Dichos lineamientos parten de los artículos 28 y 29 del precitado Decreto 1571 de 1993, donde se le da la potestad al Ministerio de Salud para establecer los requisitos que considere necesarios; potestad que es ejercida mediante la Resolución 901 de 1996 por medio de la cual se adopta el “Manual de normas técnicas, administrativas y de procedimiento en bancos de sangre”, donde se estipulan los siguientes requisitos en el apartado 3.2.2 de su Capítulo III:

INFECCION POR VIH/ SIDA:

Para diferirse se debe basar en los siguientes criterios:

- Evidencia clínica o por laboratorio de la infección.

- Relaciones homosexuales masculinas en los últimos 15 años.
- Drogadicción
- Enfermos con discracias sanguíneas que hayan recibido transfusiones de componentes sanguíneos o concentrados de factores hemostáticos.
- Receptores de sangre total sus componentes y derivados en los 12 meses anteriores.
- Donantes con historias de enfermedades venéreas en los 12 meses anteriores así hayan recibido tratamiento.
- Víctimas de violación en los 12 meses anteriores.
- Accidentes de trabajo en los que haya habido contacto con sangre u otros líquidos orgánicos en los 12 meses anteriores.
- Relaciones sexuales con las personas incluidas en los anteriores numerales o con los trabajadores sexuales.
- Infecciones por HTLV I-II cuando se manifiesten clínicamente o por laboratorio, los donantes deben ser diferidos indefinidamente.

Por otro lado, continuando con la enumeración de requisitos y lineamientos para evaluar a los donantes, el capítulo IX del manual estudiado, que se refiere a los bancos de sangre en casos de emergencia y calamidad pública establece lo siguiente:

9.1.8. Variaciones técnicas de la norma para casos de emergencia:

Durante las emergencias los bancos de sangre y servicios de transfusión efectuarán el siguiente ajuste a las normas usuales para el uso terapéutico de la sangre:

Evaluación de donantes:

(...)

Se utilizan como criterios de exclusión la edad, el peso, la hepatitis, la malaria y otros factores de riesgo como la promiscuidad sexual, toxicomanía, homosexualidad.

A manera de conclusión, podemos observar que en Colombia existe un marco jurídico bastante amplio y que regula en su totalidad la práctica de la donación sanguínea. Debido a que esta investigación se centra en la aparente vulneración contra los derechos fundamentales de las personas homosexuales, prestaremos especial atención a los apartados 3.2.2 y 9.1.8 del Capítulo III de la Resolución 909 de 1996, donde se consagra, respectivamente, que un hombre que haya tenido relaciones sexuales con otro hombre no puede donar sangre y que en casos de emergencia la homosexualidad *per se* es criterio suficiente para restringir la donación y diferir al donante.

Capítulo II. Panorama científico sobre la donación de sangre y los HSH

En el primer capítulo de este trabajo pudimos observar cuales son las normas jurídicas que regulan la donación de sangre en Colombia, y como por medio de estas, las relaciones sexuales de carácter homosexual entre hombres y la homosexualidad *per se*, son consideradas criterios para el diferimiento y exclusión del potencial donante.

Ahora, procederemos a estudiar los orígenes del VIH/SIDA en el mundo y a analizar los fundamentos históricos y científicos que dan origen a estos criterios de exclusión y diferimiento para las personas homosexuales en la donación sanguínea.

2.1. Recuento histórico sobre el origen el VIH/SIDA y las políticas diferimiento para HSH en la donación sanguínea

Las políticas de diferimiento en la donación sanguínea dirigidas a los hombres que tienen sexo con hombres, surgieron por primera vez en Estados Unidos en contexto específico en el que la comunidad científica tenía muy poca información sobre una letal enfermedad que en sus inicios atacaba casi exclusivamente a los hombres homosexuales. Tanto la conducta de la epidemia del VIH como la creciente homofobia en la sociedad norteamericana son unas de las posibles causas del estigma generado en contra de la Comunidad LGBT por medio de la exclusión y diferimiento en la donación de sangre.

2.1.1 Orígenes del VIH/SIDA: “El Cáncer Gay”

Desde sus orígenes, el VIH/SIDA ha sido comúnmente asociado con los hombres homosexuales. A pesar de los avances científicos y sociales, este prejuicio aún se mantiene en todos los sectores de la sociedad. En esta sección analizaremos diferentes momentos de la historia de la epidemia del

VIH, para así entender de donde surgen estos prejuicios.

El 5 de Junio de 1981, el Centro de Control y Prevención de enfermedades de los Estados Unidos (CDC), publicó un Reporte Semanal de Morbilidad y Mortalidad (MMWR), describiendo casos de una rara infección pulmonar, *Pneumocystis carinii pneumonia* (PCP) en cinco jóvenes y antes saludables hombres gay de Los Ángeles. Todos ellos tenían otras infecciones inusuales, indicando que sus sistemas inmunológicos no estaban trabajando; dos de estos hombres ya habían muerto en el momento en el que el reporte fue publicado. Esta edición del Reporte (MMWR) pasó a la historia como el primer reporte oficial de lo que después se conocería como la epidemia del SIDA. (...)

Con el paso del tiempo, el Centro de Control y Prevención de enfermedades de los Estados Unidos (CDC) continuó recibiendo numerosos reportes de casos de similares de *Pneumocystis carinii pneumonia* (PCP) y otras infecciones entre hombres gay, incluyendo el reporte de un grupo de casos de un inusual y agresivo cáncer denominado “Sarcoma de Kaposi” (SK) en un grupo de hombres homosexuales de Nueva York y California. (AIDS.gov, 2011-2016, p.1)

El 3 de julio del mismo año, un mes después del primer reporte de estos casos de deficiencia inmunológica, el periódico Estadounidense “The New York Times”, bajo la autoría de Lawrence K. Altman, publicó un artículo donde se informaba sobre la aparición de un extraño y rápidamente letal cáncer diagnosticado en 41 hombres homosexuales en las ciudades de Nueva York y California. En este momento ya se usaba el término de “Cáncer Gay” y no había ninguna evidencia que sugiriera que esta enfermedad era contagiosa. (Altman, NY Times, 1981.)

Para finales del año 1981 ya habían 270 casos reportados de deficiencia inmune en hombres gay y 121 de estos habían muerto. En este momento, la evidencia científica ya lograba concluir que a diferencia de lo que se pensaba, esta enfermedad era contagiosa y no atacaba únicamente a hombres homosexuales. (Haverkos & Curran, 1982). A pesar de esto, algunos investigadores empezaron a llamar esta condición como “Síndrome de Inmuno-Deficiencia Gay” (Gay – Related Immune Deficiency GRID) (Andriote, 2011).

Esta terminología influenció tanto a profesionales de la medicina como a la opinión pública a percibir esta epidemia como si estuviera limitada solo a los hombres gay y nos muestra como esta letal enfermedad y el abordaje inicial que se le dio contribuyeron a la estigmatización de la comunidad homosexual, convirtiendo a estas personas en víctimas de una grave discriminación.

Según Andriote (2011) en una editorial que acompañaba los primeros artículos sobre el SIDA publicados en un “American medical journal”, David T. Durack, al escribir en el *New England Journal of medicine* el 10 de diciembre de 1981, preguntó, “¿Por qué este grupo? ¿por qué ahora y no antes?” Anotando que la homosexualidad no era nada nuevo y se preguntó de nuevo, “¿fueron los homosexuales contemporáneos a Platón, Miguel Angel y Oscar Wilde sujetos al riesgo de morir por infecciones oportunistas?. Es claro que algunas muertes causadas por microbios extraños pudieron pasar desapercibidas entre los millones de muertes anteriores a la microbiología moderna. ¿Pero qué pasa en este momento? el *Pneumocystis* se conoce desde hace treinta años y es bastante fácil de identificar. Las “indicaciones actuales”, concluyó Durack, “nos dicen que estamos frente a un verdadero nuevo síndrome (...)”. (p. 1465- 67)

En el mismo día de la publicación de este artículo, fue reportado por el Centro de Control y Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos (CDC), lo que sería el primer caso de contagio de VIH/SIDA por medio de transfusión sanguínea en un menor de edad, seguido por 22 casos de

una inexplicable inmunodeficiencia e infecciones oportunistas en niños de corta edad. (CDC, MMWR, 17 de diciembre de 1982).

Para este momento, Dan William, un médico gay de la ciudad de Nueva York, quien se encontraba realizando una especialización en enfermedades de transmisión sexual, afirmó lo siguiente: “Lo que necesita ser enfatizado, es que la homosexualidad por si misma no es un factor de riesgo”, añadiendo con respecto a las transfusiones sanguíneas: “Le recomendaría a los hombres homosexuales y promiscuos, con una historia previa de múltiples enfermedades de transmisión sexual, no donar sangre hasta que no haya más información disponible.” (Andriote, 2011. P. 2105 – 106).

2.1.2 VIH/SIDA y el diferimiento de hombres homosexuales

Debido a la agresiva propagación del virus del VIH y a los casos de contagio por medio de transfusiones sanguíneas, el Gobierno de Estados Unidos empezó a desarrollar toda una serie de regulaciones y políticas tendientes a disminuir el riesgo de contagio en el sistema de salud.

En marzo de 1983, la Administración de Alimentos y Drogas de los Estados Unidos (FDA) publicó un memorando que identificaba ciertos individuos y grupos como “en mayor riesgo de SIDA” y los difirió de manera efectiva “hasta que se resuelva el problema del SIDA o estén disponibles pruebas definitivas”. Entre las personas de mayor riesgo estaban los “hombres homosexuales y bisexuales, sexualmente activos y con múltiples parejas” y las “parejas sexuales de las personas clasificadas como de mayor riesgo de SIDA” (IOM, 1995, p290.)

Es en este momento de la historia cuando por primera vez en el mundo se consagra una disposición normativa que limita o restringe la donación de sangre por parte de hombres homosexuales con el fin de evitar el contagio de VIH/SIDA por medio de transfusiones sanguíneas.

A pesar de los esfuerzos adelantados por la comunidad científica y de las medidas tomadas, el virus continuó esparciéndose a lo largo de Estados Unidos y el mundo, en mayor medida entre hombres homosexuales pero también afectando a un gran número de personas con problemas de abuso de drogas, hemofílicos, recién nacidos y personas heterosexuales sexualmente activas. Según UNAIDS, para finales de 1985, ya se había reportado al menos un caso de VIH/SIDA en todas las regiones del mundo. (UNAIDS, 2012. p.1)

En 1992 la FDA publicó unas “Recomendaciones Revisadas” (Revised Recommendations), que cambiaban tanto los criterios para la exclusión de donantes como los periodos de diferimiento establecidos en 1983. Reconociendo que el riesgo de VIH tenía una mayor asociación con las conductas sexuales que con la identidad sexual. La FDA cambió el grupo de riesgo de “hombres homosexuales y bisexuales, sexualmente activos y con múltiples parejas” a “hombres que han tenido sexo con hombres alguna vez desde 1977” (FDA, 1992).

Estas recomendaciones también estratificaron periodos de diferimiento tales que los “hombres que han tenido sexo con otros hombres” (HSH) recibieron un diferimiento de por vida, mientras que el diferimiento para las parejas sexuales femeninas de HSH fue reducido a 12 meses. (Galarneau, 2010, p.30).

A pesar de las numerosas peticiones elevadas año tras año por parte de la comunidad científica y las asociaciones de derechos humanos y LGBTI en Estados Unidos, para que estas políticas de diferimiento fueran modificadas por ser discriminatorias y no contar con suficiente respaldo científico. La FDA mantuvo intactas estas disposiciones hasta el año 2015, bajo el argumento de

que la población HSH en Estados Unidos representa el mayor riesgo de contagio de VIH/SIDA. (FDA, 2015, p. 3- 4).

La modificación más reciente a las políticas de diferimiento en Estados Unidos, se dio en diciembre de 2015. En conformidad con una recomendación previamente proferida por la FDA, se estableció un nuevo periodo de diferimiento para los HSH de 12 meses, el cual está basado en “las mejores investigaciones disponibles hasta el momento” (McNeil, NyTimes, 2015.)

2.1.3. VIH/SIDA y el diferimiento en Colombia

El primer caso de VIH/SIDA reportado en Colombia fue en 1983, diagnosticado en una trabajadora sexual de la ciudad de Cartagena de Indias. Posteriormente en 1986, el Ministerio de Salud implementó el Sistema de Notificación y Vigilancia Epidemiológica del VIH/SIDA.

Durante la primera década de esta epidemia en Colombia, la caracterización de su comportamiento fue dada por el predominio marcado de contagio entre hombres homosexuales. Pero a partir de los años noventa, se comenzó a evidenciar un cambio notorio en el comportamiento de la epidemia, la cual empezó a presentarse en mayor medida en personas heterosexuales. (Como se cita en Mejía, 2012, p.19)

Sin embargo, la epidemia siguió siendo más notoria en la población homosexual y para el 2007, la prevalencia de VIH entre HSH en Colombia era del 19,4%. (Baral, et al., 2007, p1903 – 904.)

El desarrollo normativo sobre el VIH/SIDA en Colombia empieza dieciséis años después a la aparición de esta epidemia en el mundo, cuando el Ministerio de Salud aprueba por medio de la Resolución 901 de 1996, el “Manual de Normas Técnicas Administrativas y Procedimientos para Bancos de Sangre”. En dicho manual, entre otras cosas, se establecen medidas para identificar el riesgo de contagio por VIH y prevenirlo durante la donación y manipulación de la sangre. Aquí se

consagra por primera vez la homosexualidad como criterio de diferimiento y exclusión en la donación sanguínea en Colombia.

El escaso desarrollo científico con respecto al VIH en el país, los prejuicios existentes en contra de las personas homosexuales y las condenas administrativas que recayeron contra el Estado por el contagio de VIH por medio de transfusiones sanguíneas en hospitales públicos, pueden ser las causas que explican el origen de las políticas de diferimiento.

Como muestran las cifras del Ministerio de Salud, en 1997 ya se habían notificado más de 3000 casos de VIH/SIDA en el país. (Minsalud, 2007).

Posteriormente, en el año 2012 la Corte Constitucional Colombiana, por medio de la sentencia T – 248/12 ampara los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de un joven homosexual de la ciudad de Bucaramanga, a quien el Laboratorio Higuera Escalante no le permitió donar sangre bajo el argumento de que hacía parte de una población clasificada como de “alto riesgo de contagio de VIH/SIDA” debido a que manifestó en la encuesta de elección de donante que era homosexual y había tenido relaciones sexuales con otros hombres. En esta sentencia la Corte ordena al laboratorio a aplicar nuevamente al accionante la encuesta de selección de donante, sin tomar como criterio su orientación sexual y a capacitar a su personal encargado de recibir donaciones sanguíneas para que tomen decisiones basadas en los “comportamientos sexuales riesgosos y no en la orientación sexual de las personas”.

Por otro lado, en esta sentencia la Corte exhorta al Ministerio de Salud y de la Protección Social para que sustentándose en el presente fallo:

2. Revise la reglamentación vigente sobre recepción, extracción y suministro de donaciones de sangre, con el fin de eliminar los criterios de selección de donantes

basados en la orientación sexual como criterio de calificación de riesgo de enfermedades infecciosas como el VIH, y en consecuencia, encamine la regulación concretamente a indagar sobre las prácticas o conductas sexuales riesgosas, de conformidad con lo expuesto en este fallo.

3. Diseñe guías, programas y planes de capacitación dirigidos a los profesionales de la salud y laboratorios que se encuentran sometidos al Decreto 1571 de 1993 y Resolución 901 de 1996, sobre la manera de realizar las encuestas y entrevistas a los posibles donantes, sin tener como criterio la orientación sexual.
4. Divulgue el contenido de esta providencia entre las entidades a cargo de la recepción, extracción y suministro de donaciones de sangre.

En la actualidad, a pesar de lo establecido en la sentencia T – 248 del 2012, los apartados del “Manual de Normas Técnicas Administrativas y Procedimientos para Bancos de Sangre” que establecen la homosexualidad como un criterio para restringir y diferir una donación sanguínea, siguen vigentes y el Ministerio de Salud ni ninguna otra autoridad de carácter estatal o gubernamental se han manifestado al respecto.

2.2 Epidemiología

Ahora haremos un recuento y análisis de algunos estudios científicos, desde el área de la epidemiología que de alguna manera, pueden dar sustento a las normas anteriormente mencionadas, especialmente a los criterios de diferimiento y exclusión.

Como vimos anteriormente, el Manual de Normas Técnicas Administrativas y Procedimientos para Bancos de Sangre elaborado por el Ministerio de Salud, establece que los hombres que hayan

mantenido relaciones sexuales con otros hombres en los últimos quince años, no son aptos para donar sangre y que en casos de emergencia en los cuales la sangre no es sometida a exámenes tan rigurosos, la homosexualidad, sin tener en cuenta el género de la persona o si esta es sexualmente activa, debe tomarse como un criterio de exclusión. Todo esto, con el objetivo de proteger del contagio de VIH y otras ETS a los receptores de donaciones sanguíneas.

Hay gran variedad de estudios a nivel mundial, literatura científica y evidencia existente sobre estos temas, que nos permitirán obtener conclusiones con respecto a la racionalidad de las normas y políticas que impiden que un hombre que haya tenido sexo con otro hombre o una persona homosexual donen sangre en Colombia.

2.2.1. Prevalencia de VIH/SIDA en hombres que han tenido sexo con otros hombres

(HSH)

Debido a la naturaleza de esta investigación, es necesario tratar temas ajenos a las ciencias jurídicas y adentrarnos un poco en otras áreas del conocimiento. Es por esto que procederé a definir algunos términos que serán de vital importancia durante el desarrollo de esta sección del trabajo.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS): “La epidemiología es el estudio de la distribución y los determinantes de estados o eventos (en particular de enfermedades) relacionados con la salud y la aplicación de esos estudios al control de enfermedades y otros problemas de salud. Hay diversos métodos para llevar a cabo investigaciones epidemiológicas: la vigilancia y los estudios descriptivos se pueden utilizar para analizar la distribución, y los estudios analíticos permiten analizar los factores determinantes” (OMS, 2016 a.)

Una de las principales medidas o conceptos dentro de la epidemiología es la prevalencia.

Según (López, Moreno, Corcho, 2000): “La prevalencia es una proporción que indica la

frecuencia de un evento. En general, se define como la proporción de la población que padece de la enfermedad en estudio en un momento dado, y se denomina únicamente como prevalencia (p). Como todas las proporciones, no tiene dimensiones y nunca puede tomar valores menores de 0 o mayores de 1. A menudo, se expresa como casos por 1000 o 100 habitantes.”(P.342)

Ahora que ya sabemos qué estudia la epidemiología y en qué consiste la prevalencia, procederemos a revisar diferentes estudios epidemiológicos que nos permitirán concluir cual es la incidencia del VIH/SIDA en los hombres que han tenido sexo con otros hombres (HSH).

Para empezar tenemos el estudio: “Prevalencia de infección por VIH/SIDA en hombres que tienen sexo con hombres en Bucaramanga, Colombia” el cual tuvo como objeto: “determinar la prevalencia de infección por VIH/SIDA en el grupo de Hombres que tienen Sexo con Hombres (HSH) y los factores comportamentales asociados con la infección en el municipio de Bucaramanga.” (Rodríguez, et al., 2009). Después de haber encuestado a casi 350 HSH en nueve diferentes lugares de la ciudad, incluyendo la cárcel Modelo. Se lograron obtener los siguientes resultados:

De los 150 hombres que se realizaron la prueba de ELISA, diez hombres fueron reactivos y de éstos ocho fueron confirmados por Western blot; los otros dos no tuvieron diagnóstico confirmatorio dado que uno no aceptó tomarse una segunda muestra y el otro fue perdido del seguimiento dado que sus datos de localización eran falsos. De los hombres que habían tenido según entrevista una prueba anterior negativa para VIH, dos tuvieron seroconversión demostrada por una prueba confirmatoria positiva en el estudio. Teniendo en cuenta los casos nuevos diagnosticados (ocho) y los casos con diagnóstico confirmado previo (29) se detectó un total de 37 hombres con diagnóstico confirmado de VIH y por tanto una

prevalencia de 11,01% en el grupo de estudio. (Rodríguez, et al., 2009, p138).

De igual manera Rodríguez, et al. (2009) afirman que:

La prevalencia encontrada en HSH se asemeja a la descrita en estudios realizados en ciudades de Colombia como Bogotá y Villavicencio, que han revelado prevalencias de infección por VIH que fluctúan entre el 10% y el 19% y han evidenciado que también en éstas ciudades la epidemia está aún concentrada en hombres que tienen practicas homo y bisexuales. Estudios adelantados en otras ciudades de Latinoamérica como Buenos Aires y Montevideo registran una prevalencia entre 14% y 22%. En Bolivia se registraron prevalencias del 22% y 5% en Santa Cruz y La Paz, respectivamente. (p.139)

Finalmente, (Rodríguez, et al., 2009) establece que: “El presente estudio aporta evidencia epidemiológica de que la población de HSH en Bucaramanga presenta una prevalencia de infección por VIH muy alta (11,10%) en comparación con la población en general donde la prevalencia se estima en el 0,7%, por lo cual la epidemia en la ciudad tiene características de una de tipo concentrada.” (p.139)

Para continuar, tenemos un estudio realizado en el año 2006 en la ciudad de Bogotá, el cual contó con el apoyo de la Secretaría Distrital de Salud, la Liga Colombiana de Lucha contra el SIDA y ONUSIDA. Este tuvo como finalidad determinar la prevalencia de VIH, Sífilis y Hepatitis B en hombres que tienen sexo con hombres en la capital del País. (CIC, 2006, P.6).

Dicho estudio logró concluir que de las 630 personas que se examinaron para evidenciar la presencia de VIH, 68 personas resultaron infectadas, es decir, que la población HSH en la ciudad de Bogotá presentó una prevalencia de infección por VIH del 10,9%, una prevalencia muy alta, similar a la encontrada en la ciudad de Bucaramanga. (CIC, 2006, P.33).

Además de las cifras obtenidas en la ciudad de Bogotá, en este estudio también se afirmó que: en América Latina, el 26% de las infecciones por VIH, se registraron en varones que tienen sexo con varones. (Como se cita en CIC, 2006.)

Para finalizar esta breve enumeración de estudios científicos, citaré el estudio más importante que se ha hecho al respecto del VIH y la población HSH: “Elevado Riesgo por Contagio de VIH entre Hombres que Tienen Sexo con Hombres en países de ingresos bajos y medios, 2000 – 2006: Una Revisión Sistemática” (Elevated Risk for HIV Infection among Men Who Have Sex with Men in Low – and Middle- Income Countries 2000 -2006: A Systematic Review).

Este estudio fue realizado en forma de un meta-análisis y es el primero de su tipo realizado en el mundo; recopilando información de 83 estudios a lo largo de 38 países. (Baral, et al., 2007, p1903.)

Aquí se logró concluir que los Hombres que tienen Sexo con Hombres (HSH), tienen un riesgo marcadamente mayor de ser infectados con VIH en comparación con la población general de los países de ingresos bajos y medios en América, Asia y África. De igual manera, se evidenció que en Colombia, la prevalencia de VIH entre HSH es de 19.4% y en los 38 países estudiados un promedio del 12.8% (Baral, et al., 2007, p1903 – 904.)

2.2.2. Causas de la prevalencia de VIH/SIDA en HSH

Como pudimos observar, los estudios epidemiológicos sobre el VIH y los HSH concluyen que tanto en Colombia como a nivel mundial, la población HSH tiene una alta prevalencia de contagio y constituyen uno de los mayores porcentajes de personas que actualmente tienen la enfermedad y de los nuevos casos que se presentan cada día. Ahora, procederemos a analizar las causas de la prevalencia entre esta población.

Goodreau & Golden (2007) afirman que: debido a la evidente diferencia demográfica entre las personas que mantienen relaciones heterosexuales y los HSH, donde el primer grupo está conformado por dos sexos y el segundo por uno solo, la segregación del rol sexual es un factor determinante en la transmisión del VIH; mientras que en las relaciones heterosexuales el rol sexual para prácticas de riesgo está definido como insertivo o activo para los hombres y receptivo o pasivo para las mujeres. En las relaciones sexuales HSH este rol es versátil. Por otro lado, también afirman que el contacto sexual predominante entre las parejas heterosexuales (pene – vagina) tiene un riesgo de transmisión más bajo que el contacto sexual predominante entre HSH (pene – ano).

Con respecto a esto CIC (2006) dice que:

El coito anal es la práctica sexual más usada por los HSH, práctica con alto riesgo de transmisión de VIH tanto para el receptor como para el miembro activo, cuando no se utiliza condón. Debido a que la mucosa rectal puede lesionarse fácilmente con este tipo de práctica sexual y permitir de esta manera la entrada del virus. Además, la Fundación Mexicana para la Salud, ha sido sugerido la posibilidad de que la inmunidad natural al VIH de las células del revestimiento rectal, sea menor que la del revestimiento vaginal. (p.9)

Entre las prácticas sexuales de este grupo HSH el contacto buco genital es común, la evidencia actual en este tipo de práctica, señala que igualmente, la presencia de otras enfermedades de transmisión sexual (ITS) no tratadas, como la sífilis, gonorrea o clamidiasis, pueden aumentar considerablemente el riesgo de VIH cuando este también está presente. Se ha establecido que las personas que presentan sífilis tienen un riesgo de 2,9 veces más de tener VIH. (Como se cita en CIC, 2006).

Según CIC (2006), en una muestra poblacional de HSH analizada en la ciudad de Bogotá, se evidenció que aquí se encuentran unos factores de exposición, los cuales presentan una alta asociación con la infección del VIH. Estos factores son: - considerar que el uso de condón y la abstinencia no protegen de VIH, Haber sido víctima de abuso sexual y ser penetrado sin condón, haber sido diagnosticado con otras enfermedades venéreas.

Con respecto a las causas socio – económicas de la proliferación de esta epidemia entre los HSH, se ha dicho que esta es generada por factores como la pobreza y migración generalizada, información insuficiente acerca de las tendencias de la epidemia fuera de las grandes zonas urbanas y la homofobia. Concretamente, en muchas de las epidemias de América Latina, el papel de las relaciones sexuales sin protección entre varones tiene a negarse e ignorarse públicamente en las estrategias para afrontar el VIH, sobre todo en América Central y la región andina de Sudamérica. (Como se cita en CIC, 2006).

Al respecto, OPS (2001):

Se ha escrito mucho acerca de la diversidad de las poblaciones de hombres que tienen relaciones sexuales con hombres en el continente americano. En algunos países,

principalmente Estados Unidos y Canadá, la cultura gay está bien establecida. Es relativamente fácil hacer llegar información y servicios dirigidos a reducir el riesgo de infección por VIH a los hombres de esas comunidades. Sin embargo, en gran parte de América Latina y el Caribe, la cultura predominantemente machista ha impedido el desarrollo de la identidad gay, lo cual ha llevado a que de manera generalizada se niegue la existencia de las relaciones sexuales entre hombres en el ámbito social e incluso en el personal. La provisión de servicios apropiados de prevención del VIH a los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, pero que no se consideran gays, ha planteado un problema grave en muchos países. (P.23)

Como pudimos observar en este capítulo, las políticas de diferimiento y exclusión de personas homosexuales en la donación sanguínea en Colombia, no surgen de manera espontánea y aislada. Al igual que en los demás países que mantienen este tipo de políticas; la prevalencia de VIH/SIDA en HSH, las condenas proferidas por contagio de VIH en transfusiones de sangre y los prejuicios existentes contra los hombres gay, explican el origen de estas regulaciones y en algunos casos, son los argumentos utilizados para defenderlas. Más adelante veremos si estas políticas están jurídica y científicamente justificadas.

Capítulo III: Recuento histórico de la situación jurídica de la población LGBT en Colombia

La intención de este capítulo es establecer, a través de la historia de Colombia, cuáles han sido los momentos más importantes en cuanto a reconocimiento de derechos y estatus jurídico para la población LGBT. Comenzando desde el año 1936 y terminando en el año 2016, veremos cuáles han sido los sucesos jurídicos que han desembocado en la situación actual en la que se encuentra esta Comunidad.

3.1 Homosexualidad y derecho penal

Para hacer un análisis de la situación jurídica de la población LGBT en Colombia, puede tomarse como punto de partida, la promulgación del Código Penal de 1936, donde se tipificaron por primera vez los delitos de *acceso carnal homosexual* y *proxenetismo*:

Código Penal - Ley 95 de 1936

TÍTULO XII

Delitos contra la libertad y el honor sexuales

(...)

Capítulo cuarto

De los abusos deshonestos

Artículo 323. El que ejecute sobre el cuerpo de una persona mayor de diez y seis años un acto erótico-sexual, diverso al acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos

en los artículos 317 y 320, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión.

En la misma sanción incurrirán los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera sea su edad.

(...)

Capítulo sexto

Del proxenetismo

Artículo 329. El que destina casa o establecimiento **para cometer allí actos**

homosexuales, o autorice a otros para hacerlo, estará sujeto a la pena de uno a tres años de prisión.

Esta sanción se aumentará hasta en una cuarta parte si el responsable se propusiese un fin lucrativo. (Congreso de Colombia, 1936)

Como podemos ver en este Código Penal, la homosexualidad fue catalogada como un “abuso deshonesto” entre los delitos contra la libertad y el honor sexuales. La inclusión de los artículos citados anteriormente, generó una división de la élite del derecho penal en Colombia y fueron resultado de una interesante disputa entre dos grupos, en los cuales por un lado se abanderaba la penalización de los actos homosexuales bajo argumentos morales y religiosos mientras que por otro lado, bajo argumentos más vanguardistas, se alegaba la inexistencia de vulneración de derechos y bienes jurídicos y se pretendía dejar el homosexualismo como un asunto de la ciencia médica. (Albarracín, s.f.)

Con respecto a lo anterior, Bustamante (2008) afirma que:

(...) en el Código Penal del 36 se coló la moral social desde la cual se juzgaba el homoerotismo, aún a pesar de que las nociones modernas del derecho decían a los legisladores que la homosexualidad no era un hecho que atentara contra bienes protegidos por la ley. Artículos como el 323 son expresión de la seguridad ofrecida por el Estado a los asociados, a partir de la persecución de los miembros que no se ajustan a lo esperado. En el caso presente se hizo con los sujetos homoeróticamente inclinados, reforzando así la homofobia. (p129.)

Posteriormente, durante los años 60 y 70, periodo en el que aún se encontraban vigentes los artículos del Código Penal que tipificaban los actos homosexuales, Aparicio (2009) afirma que ya se daban dinámicas organizativas de las personas LGBT en Colombia, procesos que surgen como “repercusión de los disturbios de Stonewall y los cambios socioculturales obtenidos por los grupos feministas y gay en Estados Unidos y Europa desde los años 60” (p46.) Este puede tomarse como el primer momento de las formas de agrupación de homosexuales en Colombia, momento en que nace en Medellín el Movimiento por la Liberación Homosexual en Colombia y se da origen al Grupo de Encuentro por la Liberación de los Gueis, fundado y dirigido por León Zuleta. (Aparicio, 2009).

Cuarenta y cuatro años después de la expedición del Código Penal de 1936, por medio del Decreto ley 100 de 1980, se expide un nuevo Código Penal en el cual no hay una inclusión de tipos penales que sancionen conductas ni relaciones sexuales de carácter homosexual. Albarracín (s.f.) refiere que dicha despenalización no correspondió a ningún movimiento social o proceso

organizativo de activismo por parte de la comunidad LGBT y su fin último no fue el de proteger los derechos de estas personas, sino el de ajustar el derecho penal Colombiano a las tendencias científico – penales modernas, como ocurría con la despenalización en Inglaterra.

Así pues, en 1980 desapareció el delito de *acceso carnal homosexual* y la penalización de las relaciones sexuales homoeróticas entre adultos y con consentimiento. Sólo se castigarían cuando éstas se realizaran con violencia, sin la aceptación de uno de los sujetos, con engaño o con un sujeto ‘pasivo’ menor de catorce años. Fue la culminación del tránsito de la sociedad colombiana, por lo menos en la ley escrita, hacia posiciones más coherentes con un mundo de mayor libertad. A partir de ese momento la ley dejó de vigilar la intimidad para permitir la ‘autodeterminación’, que se comenzaría a nombrar una década después, cuando se dieran nuevas batallas para el reconocimiento de derechos. (Bustamante, 2008, p.132)

La despenalización de los actos homosexuales no significó una victoria con respecto al reconocimiento de derechos de la población LGBT ni disminuyó la discriminación existente dentro del sistema jurídico colombiano en contra de las personas homosexuales. Prueba de esto es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el año 1982, en la que se estudió la constitucionalidad del ordinal 1º del artículo 198 del Decreto número 960 de 1970, el cual establecía las conductas que afectaban el servicio notarial, incluyendo “el homosexualismo” como una de estas. A pesar de ser evidentemente discriminatoria, la norma fue declarada constitucional.

Tras la despenalización de la homosexualidad, los grupos activistas de personas gay en

Colombia continuaron creciendo, fortaleciéndose y trabajando en pro de la consecución de un mejor estatus jurídico para la población LGBT. No obstante, el trabajo de estos colectivos se topó con la llegada del VIH/SIDA al país en 1983 y su rápida propagación entre la población de hombres homosexuales. Los discursos iniciales de las comunidades científica y periodística generaron bastante presión hacía los hombres gay, reincorporando y fortaleciendo la homofobia. A pesar de esto, la epidemia le dio una mayor visibilidad a la comunidad LGBT, a los riesgos y problemáticas que esta enfrentaba, constituyéndose como un vector de trabajo y logrando así la cohesión de diferentes sectores para la formación de identidades y comunidades. (Aparicio, 2009).

Siguiendo con el análisis de la normatividad penal, dos décadas después, el Congreso de la República modificó el Código Penal por medio de la ley 1482 del 2011, la cual fue denominada coloquialmente como la ley “antidiscriminación”, debido a que introdujo en este código dos nuevos artículos que tipifican conductas discriminatorias.

Dichos artículos son el 134a y 134b:

Artículo 134A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12)

a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Con esta reforma podemos ver como el legislador quiso consagrar en el sistema jurídico otra herramienta para la protección de los derechos de las personas LGBT. Ahora, cualquier obstrucción de los derechos de las personas de sexualidad diversa por razón de esta, o cualquier hostigamiento en contra de esta Comunidad, es objeto de sanción penal.

3.2. Constitución Política de 1991

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, estudiar y decidir sobre la constitucionalidad de las normas dejó de ser una potestad de la Corte Suprema de Justicia y pasó a manos de la nueva y recién creada Corte Constitucional. Debido a esto, a la enunciación de una serie de derechos fundamentales y a la también novedosa acción de tutela como mecanismo de protección de estos derechos, la lucha por el reconocimiento jurídico de la comunidad LGBT se dinamizó; hecho que se puede evidenciar con el gran número de sentencias de tutela y constitucionalidad sobre los derechos de la población LGBT proferidas por el Tribunal Constitucional en los años siguientes. “Si bien la Constitución misma no menciona los derechos de los homosexuales, la Corte, en una serie de sentencias liberales, extendió los derechos a la igualdad y a la dignidad humana para incluir la protección contra la discriminación por orientación sexual.” (Lemaitre, 2009, p81.)

Al respecto Aparicio (2009):

Un segundo momento en las formas de agrupación de homosexuales en Colombia se marca con la promulgación de la Carta Constitucional de 1991, que instituye una serie de derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, a la igualdad, al desarrollo de la libre personalidad y a la consolidación de una democracia participativa y no representativa. Al establecer un orden de beneficios para los diferentes sectores sociales, sin especificarlos, la Constitución de 1991 también supuso la anulación de aquellos referentes identitarios que posibilitaban la demanda de una nación con una única lengua, religión, raza y ordenamiento binario del género, lo que resultó en una explosión de micro-comunidades que reivindican no sólo su existencia sino también sus especificidades identitarias y culturales. En este contexto, también se intensifican los debates alrededor de la violación de los Derechos Humanos en el caso de homosexuales.(p.46)

3.3. 25 años de jurisprudencia constitucional

Debido al desconocimiento por parte del legislador y de la sociedad en general de la Comunidad LGBT en Colombia hasta antes de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional que dio una interpretación de la Constitución favorable y garantista para esta población, ha generado un escenario legítimo para la reivindicación de esta Comunidad.

3.3.1 Década de los 90

Uno de los primeros ejemplos del reconocimiento en materia de derechos que se empezaba a otorgar, es la sentencia T – 594 de 1993, en la cual la Corte Constitucional Colombiana ampara los derechos fundamentales de una persona LGBT a quien no se le permitió cambiar su nombre

masculino por uno femenino. En el caso puntual, se tuteló el derecho al cambio de nombre como integrante del derecho al libre desarrollo de la personalidad del peticionario. En dicha sentencia la Corte sienta los siguientes precedentes:

La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

(...)

Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino., o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida. (Corte Constitucional Colombiana, 1993)

A pesar de que en esta sentencia no se hizo ninguna mención sobre la orientación sexual ni se protege manera directa a las personas homosexuales, se da una primera interpretación sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad que será importante para el posterior reconocimiento de las personas LGBT en las sentencias de la Corte.

A partir de 1994, los derechos fundamentales de las personas LGBT empiezan a a tomar una

mayor importancia y a ser un tema recurrente en los casos estudiados por la Corte Constitucional. Aquí se empieza a ver como esta Corporación se convierte en la principal protectora de una comunidad históricamente desconocida y discriminada por el Estado.

La T – 097 de 1994, es considerada como la primera sentencia emitida por la Corte destinada a la protección de los derechos de un individuo de la comunidad LGBT. En esta decisión, se tutelaron los derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre y a la educación de un estudiante de la Escuela de Carabineros de Villavicencio que había sido expulsado por mantener conductas homosexuales en la institución. Aquí la Corte señaló que la condición de homosexual, por sí misma, no puede ser motivo para la exclusión de la institución armada. Como podemos observar en esta oportunidad, el argumento no se construyó a partir de los parámetros normativos de libre opción sexual y no discriminación sino considerando la violación de otros derechos fundamentales. (Londoño, 2012)

En dicha decisión se afirmó:

"La sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo moral; ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado. (...) el homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable". (Corte Constitucional Colombiana, 1994).

Otro ejemplo del creciente reconocimiento y protección que otorgaba la Corte Constitucional a la población LGBT durante estos años se puede evidenciar en la sentencia T – 101 de 1998 en la

cual se tutelan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad de dos menores de edad que son expulsados de un colegio por el hecho de ser homosexuales. A pesar de que la Corporación reconoce la autonomía que tienen las instituciones educativas para establecer y seguir determinado modelo educativo, establece lo siguiente:

La realización efectiva del derecho a la educación exige un proceso de interiorización y práctica efectiva, por parte de todos los miembros de la comunidad educativa, de principios fundamentales para la convivencia armónica, tales como la tolerancia, el respeto a la diversidad, el pluralismo y la igualdad en la diferencia. Ha sido jurisprudencia de la Corte señalar, que el proceso educativo de ninguna manera puede incluir metodologías o prácticas que vulneren, desconozcan o transgredan los derechos fundamentales de los distintos actores que participan en el mismo.

(...)

La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida. (Corte Constitucional Colombiana, 1998a)

En esta sentencia podemos ver, como al igual que en la T – 097 del 94, se considera el homosexualismo como una opción individual de vida respetable e igual a la de las personas heterosexuales.

En ese mismo año, en la C – 481 de 1998, el tribunal constitucional decide sobre la constitucionalidad del Artículo 46 (parcial) del decreto 2277 de 1979, norma que consagraba la homosexualidad como causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión docente. En esta sentencia, de manera congruente con sus anteriores decisiones, la Corte afirma lo siguiente:

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. (Corte Constitucional Colombiana, 1998b)

3.3.2. Años 2000

A pesar del progreso y el desarrollo jurisprudencial favorable obtenido por la Comunidad LGBT en los años 90. En el 2000, como se puede evidenciar en las sentencias T – 999, T – 2000 y T – 1426, “la Corte frenó su ampliación de los derechos en unas sentencias que justificaba con el argumento de las competencias orgánicas (discrecionalidad del legislativo y el ejecutivo) la exclusión de la afiliación de la pareja del mismo sexo en la seguridad social y el seguro obligatorio

de salud.” (Lemaitre, 2009, p83.)

A partir de este momento la Corte mantiene su posición sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, desconociendo el estricto test de discriminación que antes había ordenado y justificando sus argumentos con el interés superior del niño, como puede verse en las sentencias SU – 623 y C – 814 del 2001.

Así lo que aparecía claro en los primeros años de la década del 2000 era que la Corte Constitucional protegía a los individuos en su orientación sexual pero no a las parejas. La protección a los individuos no cesó: la Corte dijo que la orientación sexual no podía ser falta disciplinaria para los notarios (COLOMBIA, C-373, 2002), y que la Asociación Scout de Colombia no podía expulsar a un miembro por ser homosexual (COLOMBIA, T-808, 2003b). Insistió en que la visita íntima de pareja homosexual en la cárcel era parte del libre desarrollo de la personalidad (COLOMBIA, T-499, 2003a), y que la policía no podía prohibir las reuniones públicas de personas por ser homosexuales (COLOMBIA, T-301, 2004a). (Lemaitre, 2009, p.83)

Debido a que la gran mayoría de sentencias que profirió la Corte durante estos años continúan siendo favorables para las personas LGBT y enriqueciendo la interpretación de los derechos a la dignidad, igualdad, y libre desarrollo de la personalidad. No nos detendremos en todas las decisiones del tribunal constitucional.

El siguiente momento de mayor relevancia y cambio dentro de la jurisprudencia de la Corte se presenta en el año 2007, cuando la posición de este organismo con respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo cambia de una manera trascendental.

En la sentencia C- 075 de 2007, se da el primer pronunciamiento judicial mediante el cual se reconocen los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, como una unión y proyecto de vida válidos protegidos por la Constitución. Tanto en esta sentencia como en la C – 098 del mismo año, la Corte afirmó que la exclusión de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, de los beneficios patrimoniales de la unión marital de hecho era una situación discriminatoria y violatoria de derechos fundamentales.

En la C- 075 de 2007 la Corte afirma lo siguiente:

Dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan ‘coexistir las más diversas formas de vida humana.

No obstante lo anterior y pese a los múltiples pronunciamientos en los que la Corte ha actuado para prevenir o reparar eventos de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, en la demanda y en varias de las intervenciones se expresa, con razón, que si bien del ordenamiento constitucional se desprende una prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual y así ha sido declarado por la jurisprudencia, la efectividad de tal postulado, aunque se aprecia en la protección de los individuos, no se ha manifestado en el ámbito de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, las cuales carecen de reconocimiento jurídico.

De este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida.

(Corte Constitucional Colombiana, 2007)

Conforme a lo anterior, podemos ver como la Corte acepta la posición incoherente que había mantenido durante más de diez años con respecto a la población LGBT; reconociendo y protegiendo a las personas homosexuales como individuos pero a la vez dejando a un lado a las parejas conformadas por estas personas.

Si bien el alcance del giro jurisprudencial que marca la sentencia C-075 de 2007 solamente se puede apreciar en toda su dimensión con los fallos posteriores, en sí misma, esta decisión constituye un hito en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre derechos de gays y lesbianas. De hecho, todas las decisiones relativas al tema que son posteriores a la C-075, hacen referencia explícita a esta sentencia como aquella que abrió la puerta al reconocimiento de diversos ámbitos de protección jurídica para las parejas del mismo sexo en nuestro país. (Azuero, 2009, p.33)

En el año 2009, la Corte Constitucional profiere la sentencia C - 029, en la cual estudia la constitucionalidad de más de 28 normas, entre leyes y decretos. Según los accionantes, miembros de la organización no gubernamental Colombia Diversa, dichas normas que incluyen expresiones como “compañero o compañera permanente”, “cónyuge” y “grupo familiar” excluyen de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales y configuran un trato discriminatorio. A pesar de que solo una de estas disposiciones fue declarada inexecutable, la Corte afirmó que en estas expresiones no se hace referencia a la orientación sexual de sus integrantes e incluyen a las parejas del mismo sexo, reconociendo así toda clase de derechos civiles, políticos, sociales y penales de estas uniones.

3.3.3. Años 2010

En la Sentencia C – 886 de 2010, la Corporación estudia por primera vez la constitucionalidad del artículo 113 del Código Civil, norma donde se consagra el matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.” (Código Civil, Colombia, 1887). En este caso la corte se declara inhibida y manifiesta que “las demandas no cumplieron a cabalidad con las condiciones y requisitos que se exigen – *claridad, pertinencia y suficiencia* - para poder entrar a un examen de fondo de los cargos planteados y de este manera emitir un fallo de mérito sobre la constitucionalidad de los contenidos normativos demandados”. (Corte Constitucional Colombiana, 2010).

Posteriormente, en el año 2012, con la sentencia T – 248, el Tribunal Constitucional ampara los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de un hombre gay a quien no se le permite donar sangre bajo el argumento de que al ser homosexual, hace parte de una población con alto riesgo de infección por VIH. Según la Corte:

“(…) la orientación sexual como criterio para diferir la donación de sangre de hombres homosexuales, aparte de ser un criterio sospechoso, es constitucionalmente prohibido y susceptible de la excepción de constitucionalidad. (...) Por todas estas razones, la Sala concluye que en el caso concreto, a pesar de existir un fin constitucionalmente imperioso, la decisión del Laboratorio de rechazar a Julián como donante debido a su orientación sexual únicamente, es una actuación que configura un trato discriminatorio, que vulnera los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante. En el mismo sentido, y dado que el Laboratorio actuó conforme a un marco regulatorio que dispone dicho criterio como factor de riesgo, la Sala advierte que la

normativa contiene una medida que no supera el test estricto de proporcionalidad, y por ende, es también discriminatoria y debe excepcionarse por ser contraria a la Carta.”

Además de conceder el amparo a los derechos fundamentales del accionante, en esta sentencia, la Corte exhorta al Ministerio de Salud y de la Protección Social a revisar la reglamentación vigente sobre donación sanguínea “con el fin de eliminar los criterios de selección de donantes basados en la orientación sexual como criterio de calificación de riesgo de enfermedades infecciosas como VIH” (Corte Constitucional Colombiana, 2012)

Seguidamente, en la sentencia T – 565 de 2013, la Corte ampara los derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la educación de un joven menor de edad de orientación sexual diversa a quien no se le permite usar el pelo largo en la institución educativa a la que asiste y es sancionado disciplinariamente por esto.

En esta providencia se reitera lo que la Corte ha expresado en anteriores ocasiones sobre los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas de la siguiente manera:

La jurisprudencia constitucional ha tratado en múltiples oportunidades el tema relativo a los límites de los manuales de convivencia de los establecimientos educativos, en materia de imposición de sanciones y prohibiciones frente a la decisión de los educandos de optar por determinada apariencia física, particularmente a través de la elección de un corte de pelo específico mediante el uso de adornos y maquillaje. Esto debido a que, en la mayoría de los casos, las restricciones mencionadas entran en tensión, incluso al grado de

vulneración, con los derechos fundamentales, en especial el libre desarrollo de la personalidad.

(...)

Las decisiones que toman los educandos respecto de su propia apariencia, particularmente el corte del pelo o el uso de maquillaje y accesorios recaen, a juicio de la Corte, en que solo concierne a la persona. Por ende, pertenecen al núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de modo que prima facie, no procede el establecimiento de restricciones, ni menos aún prohibiciones previstas en el manual de convivencia, acreedoras de sanción disciplinaria. Esto al menos por dos tipos de razones: (i) el vínculo innegable entre las decisiones sobre la propia apariencia y la construcción libre de la personalidad del sujeto; y (ii) la ausencia de vínculo entre dichas decisiones y los derechos de terceros o el normal funcionamiento del entorno académico. (Corte Constitucional Colombiana, 2013).

Además de esto, la Corte ordena al rector y al colegio abstenerse de adelantar nuevamente sanciones de ningún tipo frente a estudiantes que expresen su orientación sexual a través de la apariencia física. De igual forma ordena a la institución revisar y adaptar su manual de convivencia a lo dispuesto en esta sentencia y socializar el contenido de la misma con la comunidad educativa.

Posteriormente, en el año 2015 se presenta un momento histórico para la Comunidad LGBT en Colombia. La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C – 683 de 2015, establece que las parejas conformadas por personas del mismo sexo pueden aplicar al proceso de adopción de

menores de edad. En esta decisión, la Corte estudia los casos de diferentes países al rededor del mundo donde la adopción está permitida entre las parejas homoparentales. Por otro lado solicita el concepto de diferentes miembros de las comunidades científicas y académicas y la opinión de expertos, para así concluir, que no hay evidencia científica que demuestre que las parejas conformadas por personas del mismo sexo no son aptas para la adopción y crianza de un menor de edad. Por el contrario, la Corporación afirmó que el interés superior del menor se ve vulnerado al restringir sin fundamento, la adopción por parte de cualquier pareja. Según la Corte:

(...) la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral.

Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados (...)

(...)

De esta manera, para numerosos investigadores, asociaciones, autoridades y organismos internacionales, la creencia en la afectación del interés superior del menor obedece al resultado de estereotipos discriminatorios o prejuicios sociales, antes que a verdaderos problemas médicos o psicológicos, así como a la negativa de algunas autoridades a reconocer a las familias integradas por personas del mismo sexo. (Corte Constitucional Colombiana, 2015).

Otro momento de igual o mayor importancia para la Población LGBT que la adopción igualitaria, se da con la sentencia SU – 214 de 2016, por medio de la cual la Corte Constitucional avala el matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta decisión la Corte afirma que en el Estado social derecho, bajo los principios de la democracia, no puede darse un trato diferente a los que son iguales y no puede otorgarse derechos a unos ciudadanos, desconociendo al mismo tiempo a otros. Por el contrario, las minorías, históricamente estigmatizadas, deben gozar de una especial protección por parte del Estado:

Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste. (Corte Constitucional Colombiana, 2016).

En este capítulo, pudimos observar cuál ha sido la situación jurídica de la Comunidad LGBT en la historia reciente de Colombia y los cambios que se han dado, principalmente, desde el derecho penal y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así podemos concluir, que junto a la Constitución Política de 1991, la interpretación que ha dado la corte de los derechos fundamentales a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y del principio de igualdad y no discriminación,

es la principal herramienta que ha permitido el resurgimiento y legitimación de una población históricamente discriminada.

Capítulo IV: Consideraciones acerca de las políticas de diferimiento y exclusión en la donación sanguínea para las personas homosexuales en Colombia

En los capítulos anteriores, hemos establecido un marco que nos permitió identificar las circunstancias jurídicas, históricas y científicas que dan como resultado las políticas de diferimiento y exclusión en la donación sanguínea dirigidas a las personas homosexuales en Colombia. Primero elaboramos un marco jurídico que incluyó las normas que regulan lo relacionado con la obtención, conservación y transporte de sangre en el País, centrándonos en los requisitos y criterios para la elección de donantes. Después estudiamos el contexto histórico del origen del VIH/SIDA y de su relación con los hombres homosexuales. Finalmente, revisamos la situación jurídica de la Comunidad LGBT a través de la historia, desde la perspectiva del derecho penal y la jurisprudencia constitucional.

Ahora, habiendo recaudado todas estas herramientas y elementos, es momento de establecer una tesis con respecto a las políticas de diferimiento y exclusión en la donación sanguínea dirigidas a las personas homosexuales en Colombia. En este capítulo, demostraré que estas políticas de diferimiento establecidas por el Ministerio de Salud, por medio de la resolución 901 de 1996, se basan en fundamentos científicos erróneos y desactualizados, violan tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, generan la comisión de conductas tipificadas penalmente, desconocen la jurisprudencia constitucional y van en contra de la Constitución

Política al violar los derechos fundamentales a la dignidad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

4.1. Argumentos científicos

Hay una serie de argumentos que sirven para respaldar la tesis de que las políticas de diferimiento y exclusión dirigidas a personas homosexuales son científicamente erróneas. Primero, dichas políticas se basan en una literatura científica desactualizada; segundo, con las pruebas de laboratorio disponibles actualmente, la probabilidad de contagio de VIH por medio de una transfusión sanguínea es casi nula; tercero, evidencia científica obtenida en varios países ha concluido que la eliminación y cambio de las políticas de diferimiento no ha tenido un impacto negativo en las cifras de contagio por VIH; cuarto, las cifras y datos científicos aportados para soportar las políticas de diferimiento, son dudosos, cuestionables y muy escasos.

4.1.1. Vigencia científica

El primero de estos argumentos tiene que ver con las fuentes documentales utilizadas en la elaboración “Manual de Normas Técnicas, Administrativas y de Procedimientos para Bancos de Sangre.

El Diario Oficial Número 42.837 del 22 de julio de 1996, nos muestra en su página número 39 la bibliografía en la cual se basó la elaboración del Manual de Normas Técnicas, Administrativas y de Procedimientos para bancos de sangre. En este recorte del Diario Oficial mencionado podemos ver las referencias utilizadas:

BIBLIOGRAFIA

1. American Association of Blood Banks. Technical Manual. 1993, Edition 11 th.
2. Consejo de Europa. Guía para la preparación, uso y control de la calidad de los componentes sanguíneos. Estrasburgo. Revisado 1993.
3. Cortés A. García M. Manual interno de enfermería. Cruz Roja Colombiana. 1989.
4. Icontec Colombia. Sistemas de calidad, lineamientos para la gestión de calidad en las empresas de servicios, Icontec Mineo pp. 41.
5. Linares J. Inmunología y Transfusión, Principios y procedimientos. 1986; 1ª Edición.
6. Julio O. Estudio Nacional de Salud. Manual de Técnicas de Laboratorio. Ministerio de Salud-Instituto Nacional de Salud. Bogotá, 1981.
7. Arboleda I. Manual Operativo para bancos de sangre, Red Nacional de Laboratorios. Plan Nacional de Control y Prevención del Sida. Programa de Control de bancos de sangre y Hemoderivados, Serie de Publicaciones Científicas No 16. Bogotá 1989.
8. Ministerio de Salud Colombia. Manual de conductas básicas. Bioseguridad. Protocolo básico para el equipo de Salud. Programa de Prevención de Control ETS e Infecciones por VIH / Sida. Santafé de Bogotá D.C., mayo de 1993.
9. Ministerio de Salud Colombia. Decreto 1571. Santafé de Bogotá, D.C., agosto de 1993.
10. Organización Mundial de la Salud. Normas de bioseguridad para laboratorios de diagnóstico e investigación que trabaja con el HIV. Serie OMS sobre Sida, No 6. Ginebra 1992.
11. Secretaría de Salud-Estados Unidos Mexicanos. Norma oficial mexicana para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos. Diario Oficial de la Federación. Tomo CDLXXVII, No 18. México, D.F. junio de 1993.
12. Wenz R. Control de Calidad: Nuevo Componente de la Epidemiología Hospitalaria. Universidad de Iowa. Facultad de Medicina. Iowa, 1993.
13. Echeverría E., Gómez R., Gómez M., Karduss A., Velázquez G. Manual Normas Técnicas y Administrativas. Uso terapéutico de la sangre. Dirección Seccional de Salud Antioquia. Programa de Asesoría e Interconsulta para atención del Sida. Intersida. Medellín 1994; 2ª Edición.
14. Ospina S., Estrada S. Boletín Epidemiológico de Antioquia. La sangre como riesgo biológico ocupacional. Septiembre 1994.

Allí se puede ver que se utilizaron catorce fuentes publicadas entre 1981 y 1993, las cuales más de veinte años después no tienen ninguna vigencia académica o científica. Por lo tanto, la reglamentación usada hoy en día, la cual discrimina a las personas homosexuales se basa en teorías y conceptos desactualizados que han sido revaluados por la ciencia en un gran número de países.

Ejemplo de esto es la primera referencia que encontramos en dicha bibliografía: el Manual Técnico de la Asociación Americana de Bancos de Sangre (AABB) de 1993, la onceava edición (11th).

A pesar de que han pasado más de diez años desde la vigencia de esta publicación, la cual se encuentra ahora en su décimo séptima edición (17th) publicada en el 2014, el Ministerio de Salud no ha revisado ni actualizado los conceptos tomados de este Manual que se aplican en Colombia, es decir, que en el país se sigue tomando como referencia, sin ninguna consideración, una publicación reeditada seis veces con posterioridad a su adopción inicial.

Según Galarneau (2010), la misma Asociación Americana de Bancos de Sangre (AABB) en una declaración conjunta con la Cruz Roja Americana publicada en el año 2006, criticó las políticas de diferimiento aun mantenidas para ese año por la FDA, ya que las consideraba discriminatorias al establecer un diferimiento vitalicio para los HSH sin un fundamento científico serio y aun cuando ya eran disponibles las Pruebas de Ácido Nucleico (NAT).

Conforme a lo anterior podemos ver que a pesar de que para la AABB en el año 2006, las políticas de diferimiento permanente dirigidas a los HSH ya eran consideradas erróneas y discriminatorias, actualmente en Colombia se sigue tomando como fundamento la antigua y desactualizada onceava edición, donde la AABB según la evidencia científica de ese momento, tenía otro concepto con respecto a estas políticas, las cuales esta misma entidad no considera razonables actualmente. (AABB, 2014)

Caso similar ocurre con la segunda referencia de esta bibliografía presentada por el Ministerio de Salud para la elaboración de la Resolución 901 de 1996. Esta es la “Guía para la Preparación, Uso y Control de la Calidad de los Componentes Sanguíneos” del Consejo de Europa. En este caso se utilizó como fuente la tercera edición (3rd), la cual fue publicada en 1993. Sin embargo, dicha guía ha sido revisada y reeditada varias veces, siendo su última edición la número dieciocho (18th) del año 2015.

Al buscar en esta última edición los criterios de diferimiento para donantes de sangre, podemos

observar que estos se encuentran en el capítulo segundo, donde se consagra lo correspondiente a “los Estándares para la selección de donantes” (Standards for selection of donors). En el apartado número cuatro de este capítulo se enuncian las condiciones para el diferimiento permanente, y se establece qué personas deben ser diferidas debido al riesgo de contagio de enfermedades infecciosas como el VIH. Aquí se estipula, entre otras condiciones, que deben ser diferidas permanentemente las “personas cuya conducta sexual puede ponerlos en alto riesgo de adquirir diferentes enfermedades infecciosas que pueden ser transmitidas por medio de la sangre”. Como pudimos observar, en ninguna parte de este capítulo, se hace mención a los Hombres que tienen Sexo con Hombres (HSH) ni a las personas homosexuales. Aquí las políticas de diferimiento se basan en las prácticas sexuales y no en la orientación sexual de los donantes. (Council of Europe, 2015).

Es evidente nuevamente, que esta segunda referencia está desactualizada, ha sido revaluada y modificada por su autor y no incluye disposiciones que excluyan o difieran a las personas homosexuales o a los HSH como se hace en Colombia.

Estas dos primeras referencias analizadas, son las más importantes, ya que provienen de autoridades internacionales en el tema de recolección y manejo de componentes sanguíneos. Además, son las más completas, extensas y que se refieren de manera puntual a los criterios de diferimiento en la donación de sangre. Las demás referencias no fueron objeto de un análisis sobre su vigencia debido a que en su mayoría se basan en las dos primeras fuentes, fueron publicadas antes de 1990 y son demasiado antiguas o son resoluciones, decretos y normas de calidad que no se refieren a los criterios de diferimiento en la donación sanguínea.

4.1.2. La Prueba de Ácido Nucleico (NAT)

El siguiente argumento en contra de las políticas de diferimiento y exclusión dirigidas a personas homosexuales, tiene que ver con las pruebas realizadas a la sangre, las cuales por sí solas reducen el riesgo de contagio de VIH por medio de una donación sanguínea, a una probabilidad casi nula.

Existen diferentes exámenes de laboratorio, que son utilizados para determinar la presencia de enfermedades infecciosas en una muestra de sangre.

Debido al alto riesgo que existe de contagio de enfermedades como el VIH/SIDA por medio de una transfusión sanguínea, rigurosos estudios son realizados en toda la sangre proveniente de donaciones con el objeto de minimizar este riesgo y ofrecer a los receptores de sangre, un producto sanguíneo que no comprometa su salud. En esta sección, debido al objeto de esta investigación, nos limitaremos a revisar las pruebas realizadas para evidenciar la presencia del VIH.

Actualmente, hay disponibles tres tipos de pruebas generales para detectar el VIH: pruebas de anticuerpos, pruebas combinadas o de cuarta generación y pruebas de ácido nucleico (NAT). La primera de estas es la más utilizada y permite detectar los anticuerpos que produce el sistema inmunológico de determinado organismo frente a la presencia del virus. La segunda detecta tanto los anticuerpos como los antígenos, que son las sustancias extrañas que conforman el virus y activan el sistema inmunitario. Los antígenos se logran detectar antes que los anticuerpos, lo que hace a esta prueba un poco más precisa. Por último, está la prueba de ácido nucleico (NAT), por sus siglas en inglés. Esta es la más avanzada ya que detecta el virus como tal, buscando su material genético, por lo tanto es la más precisa y costosa. (CDC, 2016.)

Uno de los principales retos que existe al momento de analizar la sangre para evidenciar la presencia del virus del VIH, es el llamado “Periodo de Ventana Inmunológica”, el cual consiste en

el periodo de tiempo que el virus toma en hacerse detectable en la sangre de una persona.

“El cuerpo de una persona VIH positiva puede tomar de 3 a 12 semanas (21-84 días) en producir una cantidad suficiente de anticuerpos para que las pruebas de anticuerpos puedan detectar la infección por el VIH. Este tiempo se denomina periodo de ventana. Aproximadamente 97% de las personas producirá una cantidad detectable de anticuerpos durante este periodo de ventana.” (CDC, 2016.)

El argumento más recurrente utilizado para defender la aplicación de las políticas de diferimiento y exclusión de personas homosexuales en la donación sanguínea, es el periodo de ventana inmunológica, ya que debido a este, se pueden presentar “falsos negativos” en las pruebas de detección del VIH. Esto ocurre debido a que como mencionamos previamente, en algunos casos el virus está presente en una persona pero toma un tiempo en hacerse detectable en su sangre. Al ser esta analizada en una etapa temprana del virus, la prueba emite un resultado negativo que da vía libre para la utilización o transfusión de una cantidad de sangre obtenida en una donación sanguínea y de esta manera se contagia a uno o varios receptores.

En el capítulo XII del “Manual de Normas Técnicas, Administrativas y Procedimientos para bancos de sangre”, se establece la Vigilancia Epidemiológica, la cual “comprende el conjunto de medidas continuas y permanentes de observación, registro, análisis y control, aplicadas sobre los diferentes elementos y actividades involucradas en el proceso de hemoterapia, con el propósito de garantizar la salud y la seguridad del donante, el receptor y la población en general.”

En la sección 12.5.2 donde se establece el “Protocolo para el control del VIH” podemos ver que según lo regulado por el Ministerio de Salud, en Colombia se utilizan, de manera general, pruebas de anticuerpos para detectar la presencia de VIH en una muestra de sangre donada.

Inicialmente se somete la sangre a una prueba “presuntiva” de anticuerpos, si se obtiene un

resultado no reactivo o negativo, la sangre puede ser utilizada o transfundida. Por el contrario, si se presenta un resultado reactivo o positivo, se hace nuevamente la prueba de anticuerpos por duplicado. Si dos de tres resultados son negativos, la sangre puede ser utilizada o transfundida pero si dos de tres resultados son positivos, se realiza una última prueba confirmatoria denominada “Western Blot” la cual está dentro de la categoría de las pruebas de “combinadas o de cuarta generación” y detecta tanto antígenos como anticuerpos.

El proceso es el siguiente:

Protocolo para el control del VIH:

Toda unidad será sometida a una prueba de alta sensibilidad para detectar Anticuerpos para VIH (prueba presuntiva). La prueba presuntiva utilizada deberá ser aprobada por la autoridad sanitaria competente.

Si la prueba presuntiva resulta “no reactiva”, la unidad se considerará negativa para VIH y podrá ser transfundida o fraccionada.

Si la prueba presuntiva resulta “reactiva”, la unidad de sangre o el hemoderivado se considerará “reactiva para VIH”. El piloto se someterá a estudios específicos y la unidad se incinerará como producto sanguíneo de riesgo potencial, bajo la supervisión del personal de Laboratorio. El donante será considerado como de alto riesgo para VIH, pero no se contactará hasta que se confirme como caso.

1. La muestra piloto será examinada nuevamente, por duplicado y por una prueba presuntiva.
2. Con dos de los tres resultados, informados **NO REACTIVOS**, o negativos el donante se considerará no infectado y el producto podrá ser transfundido.

Si dos de las tres pruebas son reactivas, el laboratorio registrará la unidad como **REACTIVA PARA VIH** y enviará el tubo piloto al laboratorio de referencia adecuadamente identificado, conservado y transportado.

El laboratorio de referencia realizará la prueba específica (confirmatoria) establecida por la autoridad sanitaria. Actualmente la prueba confirmatoria aceptada para confirmar infección por el VIH es el Western Blot.

Si la prueba confirmatoria es **POSITIVA**, el laboratorio hará la notificación correspondiente a la Oficina de Epidemiología para que ésta registre el caso y ordene las medidas de atención al organismo de salud pública competente para contactarlo y atenderlo. (Ministerio de Salud, 1996.)

Como podemos ver, en Colombia se utiliza por excelencia la prueba de anticuerpos, la cual es considerada suficiente para descartar la presencia de VIH en una muestra de sangre. Según el Manual de Normas Técnicas: “Dada la estructura existente referida a la experiencia, capacidad instalada y cobertura, a nivel nacional para la técnica de ELISA (Prueba de anticuerpos), se recomienda el uso de ésta como la primera elección. Preferiblemente deberán utilizarse dos técnicas distintas. (Ministerio de Salud de Colombia, 1996).

La prueba “Western Blot” la cual es de cuarta generación y más precisa, solo se utiliza a manera de confirmación cuando han habido dos resultados positivos en pruebas de anticuerpos.

Ahora veremos como la “Ventana Inmunológica” afecta de manera diferente los resultados de estas pruebas, siendo la de anticuerpos la menos efectiva y la NAT la más efectiva:

La prueba de antígeno p24 puede detectar los viriones circulantes a los 16 días después de

la infección, mientras que la seroconversión que produce anticuerpos detectables permite hacer el diagnóstico a los 22 días. El periodo de ventana inmunológica, durante el cual el donante potencial es infeccioso sin un marcador viral positivo, se redujo a 10 días desde la introducción de las técnicas NAT. El riesgo de donaciones en periodo de ventana inmunológica varía en proporción con la incidencia de VIH en la comunidad. En USA el riesgo está entre 1 en 2.3 millones de unidades (donantes repetitivos) a 1 en 2 millones de unidades (donantes por primera vez). La serorreactividad de la infección en donantes de sangre en Colombia 2009 es de 0,34%. (INS, 2010, p73.)

Con respecto al riesgo existente debido al periodo de ventana inmunológica y a la efectividad de las pruebas de laboratorio, Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs SaBTO (2011) ha dicho que:

El riesgo de transmisión del VIH por medio de una transfusión se ha reducido debido a la mejora de la detección de este, utilizando pruebas EIA de cuarta generación que detectan el VIH por medio de sus anticuerpos y antígenos. Además, la infección temprana por VIH puede ser detectado mediante pruebas específicas de antígeno p24, no obstante éstos tienen menor sensibilidad en comparación con las pruebas NAT, que se introdujeron en la década de los 2000. Los individuos en la etapa temprana de la infección por VIH (infecciones de ventanas) sin anticuerpo / antígeno detectable pueden transmitir la infección, sin embargo las pruebas NAT reducen el período de ventana inmunológica a nueve días. (p19.)

A pesar de la disponibilidad de la Prueba de Ácido Nucleico (NAT) desde el año 2000, de que esta es la más precisa y es usada en un gran número de países para disminuir considerablemente

el riesgo de contagio de VIH en la donaciones sanguíneas. En Colombia se considera suficiente una sola prueba de anticuerpos con resultado negativo, para establecer que una unidad de sangre no está contaminada con VIH.

Debido a que las pruebas de anticuerpos se ven afectadas un periodo de ventana inmunológica de 22 días, el mecanismo usado en el país para eliminar dicho margen de error, es el de diferir a los hombres que hayan tenido sexo con hombres en los últimos quince años. De esta manera podemos ver lo exagerada que es esta medida, la cual con el objetivo de eliminar un margen de error de 22 días, establece un periodo de quince años de diferimiento.

En conclusión podemos establecer que actualmente se encuentran disponibles pruebas de laboratorio que permitirían reducir el riesgo de contagio de VIH por medio de una donación sanguínea de manera muy drástica, tal así, que se ha reportado que la probabilidad de que haya un error y no se identifique a una persona portadora del VIH usando las pruebas NAT, es de uno en diez millones. (Como se cita en Solomon, 2013). Es decir, que si se implementaran estas pruebas en el país, podría reducirse el periodo de diferimiento para los HSH en la donación sanguínea, e incluso eliminarse. A pesar de esto, el Ministerio de Salud ha optado por la manera más sencilla pero menos apropiada para disminuir el riesgo de contagio de VIH en la donación sanguínea: discriminar a las personas homosexuales.

4.1.3. Experiencia internacional

El siguiente argumento que nos permite afirmar que las políticas de diferimiento dirigidas a las personas homosexuales son erróneas, es la evidencia científica obtenida en los países donde dichas políticas han sido modificadas o eliminadas, la cual concluye en todos los casos, que no ha habido un impacto negativo en las cifras de contagio de VIH por medio de una donación sanguínea.

El primero de estos países es Italia, el cual por medio de un decreto ministerial del año 2001, elimina las políticas de diferimiento en la donación sanguínea dirigidas al grupo de HSH.

En un estudio adelantado por Suligoï, B., Pupella, S., Regine, V., Raimondo, M., Velati, C., & Grazzini, G. (2013), logró concluirse que el cambio de políticas de un periodo de diferimiento permanente para HSH a una política de “evaluación individual de riesgo de conductas sexuales IRA” enfocada hacia las prácticas sexuales inseguras y no hacia la orientación sexual de los donantes, no condujo a un aumento desproporcionado de donantes VIH positivos en la población de Hombres que tienen Sexo con Hombres.

Caso similar ocurre en Australia, país que modificó sus políticas de diferimiento en el año 2000. Aquí, la evidencia científica demostró que durante los cinco años previos y los cinco años posteriores a el cambio de políticas, de un periodo de diferimiento vitalicio a uno de un año, no hubo un impacto negativo en el riesgo para el suministro de sangre, el cual se define por el número de donaciones de VIH positivos por año y la proporción de donantes VIH positivos con relaciones sexuales de hombre a hombre (HSH) como factor de riesgo. (FDA, 2015).

En Inglaterra también se han flexibilizado las políticas de diferimiento para el grupo de HSH. En el año 2011 hubo una modificación de un periodo de diferimiento indefinido a uno de doce meses, orientado en las conductas sexuales de los donantes y no en su orientación sexual. Se ha logrado demostrar que dicha modificación ha tenido un aumento bastante positivo en el número de nuevos donantes en este país. (FDA, 2015).

El caso reciente más importante es el de Estados Unidos, país que se había mantenido renuente desde 1985 a revisar y modificar sus políticas de diferimiento para HSH. En diciembre de 2015, dicho periodo fue reducido a uno de doce meses, el cual se fundamenta en la evidencia científica actualmente disponible. (FDA, 2015).

A pesar de los ejemplos presentados anteriormente, de varios países en los que se han modificado o eliminado las políticas de diferimiento sin la obtención de resultados negativos con respecto al contagio del VIH y de un aumento positivo en el número de nuevos donantes. Colombia continúa aplicando un periodo de diferimiento de quince años, el cual no ha sido respaldado por ningún estudio científico y es considerado discriminatorio en contra de la Comunidad LGBT.

4.1.4. Fundamento científico cuestionable

En este capítulo hemos logrado elaborar varios argumentos que desde una perspectiva científica sirven para justificar una tesis en contra de las políticas de diferimiento en la donación de sangre para las personas homosexuales en Colombia. Pudimos observar que no hay evidencia científica concluyente que respalde periodos de diferimiento mayores a un año y que los datos y teorías aportados por las entidades que defienden estas políticas son dudosos y cuestionables.

En el artículo “Donación de Sangre, Diferimiento y Discriminación: Políticas de Diferimiento de la FDA para Hombres que Tienen Sexo con Hombres” la profesora de estudios de género Charlene Galarneau, aporta valiosa información que pone en evidencia el carácter dudoso de las políticas de diferimiento vigentes en Estados Unidos hasta el año 2010, las cuales son muy similares a las establecidas actualmente en Colombia.

Ejemplo de esto es lo revelado en el año 1995 por una investigación del “Instituto de Medicina de Estados Unidos IOM” donde se afirma que la FDA usa de manera inadecuada su autoridad regulatoria y no posee la experticia necesaria para establecer políticas de diferimiento dirigidas a los hombres que tienen sexo con hombres. Para el IOM, es necesario adelantar estudios que permitan obtener datos más precisos y mientras tanto, la FDA carece de experticia en materia social, ética, política y económica, para establecer políticas en la donación sanguínea de la manera

en la que lo ha hecho. (Galarneau, 2010, p.31)

Adicionalmente, Galarneau hace referencia a diferentes manifestaciones de la FDA entre el año 2000 y el año 2008, tiempo en el cual esta entidad ha afirmado por medio de sus representantes del Subcomité de Ciencia y Tecnología, que la capacidad científica de la FDA está en una situación precaria y sufre de graves deficiencias y que los modelos matemáticos utilizados para respaldar las políticas de diferimiento, se basan en datos inexactos, asunciones y estimados. (Galarneau, 2010, p.32).

4.2. Violación del Bloque de Constitucionalidad y el DIH

Además de las inconsistencias científicas encontradas en las políticas de diferimiento para personas homosexuales. En Colombia, la aplicación de estas configura una violación al Bloque de Constitucionalidad y al Derecho Internacional Humanitario.

En la sentencia T – 248 del 2012, por medio de la cual se amparan los derechos fundamentales de un hombre homosexual a quien no se le permitió donar sangre, la Corte afirma que:

Siendo Colombia estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es posible traer a colación lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo referente al principio de igualdad y no discriminación. En ese orden de ideas, la Corte ha declarado que dicho principio debe considerarse como perteneciente al *ius cogens* internacional, ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público y es un principio fundamental sobre el cual se basa todo ordenamiento de un Estado democrático.

Así mismo, ha mencionado que hoy en día no pueden admitirse actos o decisiones que entren en oposición con dicho principio, por ende, no se admiten actos discriminatorios contra ninguna persona por razones de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. (Corte Constitucional Colombiana, Sent 248 - 2012)

En ampliación a lo dicho por la Corte, podemos ver que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’ establece que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art. 24). Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (art. 26)

De igual manera, en la sentencia T – 291 del 2016, la Corte ampara los derechos fundamentales de un hombre homosexual que fue sometido a tratos discriminatorios y denigrantes en un centro comercial de la ciudad de Barranquilla. En esta providencia, la Corte menciona una regulación de carácter internacional más específica en esta temática:

(...) el artículo 4º de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69) impone a los Estados el compromiso de prevenir, eliminar, prohibir

y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, de conformidad con sus normas constitucionales y con las disposiciones de tal mecanismo internacional. Este precepto normativo señala XV actos constitutivos de discriminación, entre los cuales, se destacan los siguientes

(i) “Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a las personas con base en su condición de víctima de discriminación múltiple o agravada, cuyo objetivo o resultado sea anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales, así como su protección, en igualdad de condiciones.”

(ii) “Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación.”

(...)Siguiendo con la lectura de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), su artículo 1.1. define la expresión “discriminación” de la siguiente manera: “es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.” (Corte Constitucional Colombiana, sent. T – 291 de 2016).

En conformidad a las normas internacionales revisadas y toda vez que estas hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, se puede afirmar que las políticas de diferimiento en la donación sanguínea dirigidas a las personas homosexuales violan el derecho internacional humanitario al

establecer una “distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a las personas con base en su condición de víctima de discriminación múltiple” debido a su orientación sexual diversa.

4.3. Desconocimiento de la jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia T – 248 del 2012, amparó los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad de un hombre a quien no se le permitió donar sangre por el hecho de ser homosexual en la ciudad de Bucaramanga:

“(…) la orientación sexual como criterio para diferir la donación de sangre de hombres homosexuales, aparte de ser un criterio sospechoso, es constitucionalmente prohibido y susceptible de la excepción de constitucionalidad. (...) Por todas estas razones, la Sala concluye que en el caso concreto, a pesar de existir un fin constitucionalmente imperioso, la decisión del Laboratorio de rechazar a Julián como donante debido a su orientación sexual únicamente, es una actuación que configura un trato discriminatorio, que vulnera los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante. En el mismo sentido, y dado que el Laboratorio actuó conforme a un marco regulatorio que dispone dicho criterio como factor de riesgo, la Sala advierte que la normativa contiene una medida que no supera el test estricto de proporcionalidad, y por ende, es también discriminatoria y debe excepcionarse por ser contraria a la Carta.”

En esta providencia la Corte exhortó al Ministerio de Salud y de la Protección Social a revisar la reglamentación vigente (Res 901/96) sobre donación sanguínea “con el fin de eliminar los

criterios de selección de donantes basados en la orientación sexual como criterio de calificación de riesgo de enfermedades infecciosas como VIH”. Casi cinco años después, esta reglamentación continúa igual y no ha habido ninguna manifestación por parte del Ministerio de Salud y de la Protección Social. Como es evidente, la orden emitida por el Tribunal Constitucional ha sido ignorada y se continúa discriminando a las personas homosexuales.

4.4. Violación de la ley Penal

Por medio de la Ley 1482 de 2011, el Congreso modificó el Código Penal, con el objeto de “sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación.”

Dicha ley introdujo en este código dos nuevos artículos que tipifican conductas discriminatorias, de la siguiente manera:

Artículo 134A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12)

a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

En observancia de las anteriores normas, podemos concluir que la aplicación de las políticas de diferimiento en la donación sanguínea, puede considerarse como la comisión de una conducta tipificada penalmente, ya que estas configuran un trato discriminatorio y arbitrario en contra de las personas homosexuales.

4.5. Violación de normas constitucionales

Desde el Preámbulo de la Constitución Política de 1991, vemos como se establece la igualdad como uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, el cual según el artículo Primero, es de carácter pluralista y fundado en el respeto por la dignidad humana.

Con respecto al principio de igualdad y no discriminación, el artículo 3 establece: “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.”

Como se ha logrado evidenciar en este trabajo, no hay fundamentos científicos ni argumentos suficientemente razonables que respalden las políticas de exclusión y diferimiento de las personas homosexuales en Colombia. Adicionalmente, en la interpretación de la Carta que ha dado la Corte Constitucional al respecto de esta materia, se han establecido las reglas jurisprudenciales aplicables a tratos discriminatorios basados en criterios sospechosos, de la siguiente manera:

Se pueden destacar como criterios sospechosos de discriminación los siguientes: - El sexo,

la orientación sexual o la identidad de género; - La raza; - El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole; - La lengua; - La religión; -La opinión política o filosófica; - La pigmentación o el color de la piel; - La condición social y/o económica; - La apariencia exterior; - La enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral. Ante la verificación de conductas o actos de diferenciación en los presupuestos anteriormente expuestos, el juez constitucional deberá contemplar en cada caso concreto que los criterios sospechosos son categorías que: (i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo. (ii) Históricamente han sido sometidos, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos. (iii) No constituyen, per se, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. (iv) Cuando se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. (Corte Constitucional Colombiana, Sent.T-314 de 2011).

De esta manera y por lo estudiado previamente, podemos concluir que restringir la donación de sangre de un hombre por haber tenido relaciones sexuales o de una persona por ser homosexual, es una situación incompatible con la Constitución Política y viola los artículos 1,13 y 16 de esta, donde se consagran respectivamente el principio de dignidad, el principio de igualdad y no discriminación y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

Conclusiones

- La donación sanguínea en Colombia, como parte de la cadena de extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados, es una actividad ampliamente regulada, que cuenta con un marco jurídico desarrollado el cual otorga al Ministerio de Salud, la responsabilidad principal sobre esta actividad.
- Históricamente, la población homosexual ha sido estigmatizada y asociada fuertemente con el virus del VIH. Una de las causas que explica esto, es la conducta inicial de la epidemia, la cual atacó casi que de manera selectiva a los hombres homosexuales.
- Los estudios epidemiológicos sobre el VIH tanto en Colombia como a nivel mundial, muestran que la población de “hombres que tienen sexo con hombres (HSH)” tienen una altísima prevalencia de contagio de esta enfermedad.
- La prevalencia de VIH en los “hombres que tienen sexo con hombres (HSH)”, está explicada por diferentes factores socio- económicos, médicos y biológicos característicos en esta población.
- La Comunidad LGBT en Colombia, ha pasado a través de la historia reciente por un complejo proceso social, el cual ha desembocado en el actual reconocimiento de todo tipo de derechos que se ha otorgado a esta población.
- La Constitución Política de 1991 y la interpretación que ha dado de esta la Corte Constitucional, han sido la principal fuente para el reconocimiento de los derechos de la población LGBT.
- Actualmente en Colombia, un hombre que haya tenido sexo con otro hombre en los últimos 17 años, no puede donar sangre. En casos de emergencia y calamidad pública, esta prohibición se extiende a todas las persona homosexuales.

- Las fuentes en las que se basa el Manual de Normas Técnicas, Administrativas y Procedimientos para bancos de sangre, fueron publicadas hace más de 20 años y se encuentran desactualizadas. En algunos casos, los autores de estas han revaluado conceptos y teorías que se usaban en ese momento pero que actualmente son erróneos.
- La evidencia científica disponible actualmente, concluye que las políticas de diferimiento no deberían aplicarse ya que están basadas en cifras y teorías dudosas. Por el contrario, gracias a las pruebas usadas actualmente y al proceso de tamizaje de la sangre, la probabilidad de contagio de VIH en una donación sanguínea es casi nula.
- Estudios científicos llevados a cabo en diferentes países han concluido que la eliminación de las políticas de diferimiento para HSH o la reducción del periodo de diferimiento, no han generado ningún impacto negativo en las cifras de contagio de VIH por medio de transfusiones sanguíneas.
- Las políticas de diferimiento y exclusión dirigidas las personas homosexuales, violan los derechos fundamentales a la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. Además de esto también están en contra de tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia.

Bibliografía

Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissues and Organs SaBTO. (2011). Donor Selection Criteria Review. Recuperado de: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/216109/dh_129909.pdf

AIDS.gov. (2011-2016). *A timeline of HIV/AIDS*. Recuperado de: <https://www.aids.gov/hiv-aids-basics/hiv-aids-101/aids-timeline/>

Albarracín, M. (investigación en proceso) La despenalización de los actos homosexuales en Colombia: un cambio legal desde arriba. Recuperado de: <http://www.malbarracin.com/p/historia-de-la-despenalizacion-de-la.html>

Altman, L.K. (julio 3 de 1981). Rare cancer seen in 41 homosexuals. *The New York Times*. Recuperado de: <http://www.nytimes.com/1981/07/03/us/rare-cancer-seen-in-41-homosexuals.html>

American Association of Blood Banks AABB. (2014) Technical Manual, 18th Edition. Recuperado de: <http://www.transfusionmedicine.ca/resources/links/textbooks-and-handbooks/aabb-technical-manual>

Andriote, J.M. (2011). *Victory Deferred: How AIDS Changed Gay Life in America. United States of America*. 2Nd edition. Kindle version.

Aparicio, J. (2009). Ciudadanías y homosexualidades en Colombia. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, Septiembre, 43-54.

Azuero, A. (2009). Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia. Bogotá, Colombia: ILSA (Serie Democracia y Judicatura).

Baral S, Sifakis F, Cleghorn F, Beyrer C (2007) Elevated Risk for HIV Infection among Men Who Have Sex with Men in Low- and Middle-Income Countries 2000–2006: A Systematic Review. *PLoS Med*, 4(12): e339. doi:10.1371/journal.pmed.0040339

Bustamante Tejada, W. (2008). El delito de acceso carnal homosexual en Colombia Entre la homofobia de la medicina psiquiátrica y el orden patriarcal legal.. *Co-herencia*, 5(9), 113-141. Recuperado de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/124>

Centers for Disease Control and Prevention CDC. (Dec 17, 1982) *Morbidity and Mortality Weekly Report: Unexplained Immunodeficiency and Opportunistic Infections in Infants -- New York, New Jersey, California*. Recuperado de: <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/00001208.htm>

Centros para el Control y Prevención de Enfermedades CDC. (2016) *VIH/SIDA Prueba del VIH*.

Recuperado de: <http://www.cdc.gov/hiv/spanish/basics/testing.html>

Código Civil Colombiano. [Código]. (2010) 28° Ed. Legis.

Congreso de Colombia. (24 de abril de 1936). [Código Penal - Ley 95 de 1936]. DO: 23.316.

Congreso de Colombia. (24 de enero de 1979) [Ley 9 de 1979]. DO: 35.193.

Congreso de Colombia. (10 de enero de 1990). [Ley 10 de 1990]. DO: 39.137.

Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) 28° Ed. Leyer.

Council of Europe. (2015). *Guide to the preparation, use and quality assurance of blood components*. 18th Ed. Recuperado de:

<http://www.avis.it/userfiles/file/News/EDQM%20Guide%2018th%20edition.pdf>

Convenio Interinstitucional de Cooperación CIC 838 – 2005. (2006) *Informe Final Centinela de Comportamientos Sexuales y Prevalencia de VIH y otras ITS en Hombres que Tienen Sexo*

con Hombres, Bogotá 2006. Recuperado de:

<http://www.saludcapital.gov.co/sitios/VigilanciaSaludPublica/VIH%20%20ITS/Estudio%20HSH%202006%20Bogota.pdf>

Corte Constitucional Colombiana. (15 de diciembre de 1993). Sentencia T - 594 de 1993. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional Colombiana. (7 de marzo de 1994). Sentencia T - 097 de 1994. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional Colombiana. (24 de marzo de 1998). Sentencia T - 101 de 1998. [M.P. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional Colombiana. (9 de septiembre de 1998). Sentencia C - 481 de 1998. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional Colombiana. (14 de junio de 2001). Sentencia SU - 623 de 2001. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional Colombiana. (2 de agosto de 2001). Sentencia C – 814 de 2001. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional Colombiana. (7 de febrero de 2007). Sentencia C – 075 de 2007. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional Colombiana. (11 de noviembre de 2010). Sentencia C – 886 de 2010. [M.P. Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional Colombiana. (4 de mayo de 2011). Sentencia T – 314 de 2011. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional Colombiana. (26 de marzo de 2012). Sentencia T - 248 de 2012. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt].

Corte Constitucional Colombiana. (23 de agosto de 2013). Sentencia T - 565 de 2013. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional Colombiana. (4 de noviembre de 2015). Sentencia C – 683 de 2015. [M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio].

Corte Constitucional Colombiana. (28 de abril de 2016). Sentencia SU – 214 de 2016. [M.P. Alberto Rojas Rio].

Corte Constitucional Colombiana. (2 de junio de 2016). Sentencia T – 291 de 2016. [M.P. Alberto Rojas Rio].

Durack, D.T. (1981) Opportunistic infections and Kaposi's sarcoma in homosexual men. *The New England Journal Of Medicine*, (305), 1465 – 67. doi: 10.1056/NEJM198112103052408

Food and Drug Administration FDA. (1992). *Revised recomendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products*. Recuperado de:<http://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidances/Blood/UCM446580.pdf>

Food and Drug Administration FDA. (2015). *Revised recomendations for Reducing the Risk of Human Immunodeficiency Virus Transmission by Blood and Blood Products*. Recuperado de:<http://www.fda.gov/downloads/BiologicsBloodVaccines/GuidanceComplianceRegulatoryInformation/Guidances/Blood/UCM446580.pdf>

Galarneau, C. (2010). Blood Donation, Deferral and Discrimination: FDA Donor Deferral Policy for Men Who Have Sex With Men. *The American Journal of Bioethics*, 10: 2, 29 – 39. doi: 10.1080/15265160903487619

Gobierno de Colombia. (12 de agosto de 1993). [Decreto reglamentario 1571 de 1993]. DO: 40.989.

Goodreau, S. M., & Golden, M. R. (2007). Biological and demographic causes of high HIV and sexually transmitted disease prevalence in men who have sex with men. *Sexually Transmitted Infections*, 83(6), 458–462. <http://doi.org/10.1136/sti.2007.025627>

Haverkos, H. W. and Curran, J. W. (1982), The current outbreak of kaposi's sarcoma and opportunistic infections. *CA: A Cancer Journal for Clinicians*, 32: 330–339. doi:10.3322/canjclin.32.6.330

Institute of Medicine IOM. (1995) *HIV and the Blood Supply: An Analysis of Crisis Decisionmaking*. Washington, DC: The National Academies Press, 1995. doi:10.17226/4989.

Instituto Nacional de Salud INS (2010) *Manual de Hemovigilancia*, Colombia. Recuperado de: <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/red-nacional-laboratorios/publicacio/manual%20de%20hemovigilancia.pdf>

McNeil, D.G. (Dec 21, 2015). F.D.A. Ends Ban, Allowing Some Blood Donations by Gay Men. *The New York Times*. Recuperado de: http://www.nytimes.com/2015/12/22/health/fda-ends-ban-allowing-some-blood-donations-by-gay-men.html?_r=0

Mejía Ávila, M. (2012). *VIH y su influencia en Colombia*. Universidad de la Sabana. Recuperado de: <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1849/131369.pdf?sequence=1>

Ministerio de Justicia y del Derecho. (1996). Diario Oficial Número 42.837 del 22 de julio de 1996, Colombia. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCION%200901%20DE%21996.pdf

Ministerio de la Salud y de la Protección Social. (20 de marzo de 1996). [Resolución 901 de 1996].
DO: 42.837.

Ministerio de Salud y de la Protección Social. (1996). *Manual de normas técnicas, administrativas y procedimientos para bancos de sangre*. Colombia. Recuperado de:
http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsalud_r0901_96.htm

Ministerio de Salud y de la Protección Social. (2007). *La política nacional de sangre*. Recuperado de:
<https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/LA%20POL%C3%8DTICA%20NACIONAL%20DE%20SANGRE.pdf>

Mora, G. (2006) La solidaridad como principio y deber constitucional: Algunos desarrollos jurisprudenciales. *Cuestiones de Filosofía*, (8), 41 – 58. doi: 10.19053/01235095.613

Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Lemaitre, J. (2009). El amor en tiempos de cólera: derechos LGBT en Colombia. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 6(11), 78-97. <https://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200005>

Londoño, M. (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Opinión Jurídica*, 11(22), 45-64. Recuperado el 03, 2016, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302012000200004&lng=en&tlng=es.

López, S; Moreno, A; Corcho, A; (2000). Principales medidas en epidemiología . *Salud Pública de México*, 42() Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10642411>

Organización de los Estados Americanos. (1969) La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Organización Mundial de la Salud OMS. (2016 a). *Temas de salud: Epidemiología*. Recuperado de: <http://www.who.int/topics/epidemiology/es/>

Organización Mundial de la Salud OMS. (2016 b). *Temas de salud: Transfusión de sangre*. Recuperado de: http://www.who.int/topics/blood_transfusion/es/

Organización Panamericana de la Salud OPS. (2001) *VIH y SIDA en las Américas: Una epidemia multifacética*. Recuperado de: http://www.who.int/hiv/strategic/en/amr_map_01.pdf

Organización Panamericana de la Salud OPS. (2009). *Eligibilidad para la donación de sangre*.

Recuperado de: <http://www1.paho.org/hq/dmdocuments/2009/EligiBlood09ESP.pdf>

Rodríguez, Laura Andrea, Moreno, Laura Esther, Bautista, José David, Ardila, Ana Elvia, Numa, Esteban Cesar, Caicedo, Patricia, Ramírez, Alba Nury, & Chacón, Leonor. (2009). Prevalencia de infección por VIH/ SIDA en hombres que tienen sexo con hombres en Bucaramanga, Colombia. *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*, 41(2), 135-141. Retrieved September 07, 2016, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-08072009000200004&lng=en&tlng=es.

Sociedad Internacional de Transfusión Sanguínea ISBT. (2000). *Código de Ética para la Donación y Transfusión de Sangre*. Recuperado de: <http://www.centrodehemoterapiacyl.com/donacion/codigo-etico>

Solomon, G.D. (2013) *Altruism, Discourse, and Blood Donation: the Rhetoric of “The Gift of Life”*. (Tesis doctoral, East Carolina University). Recuperado de: http://thescholarship.ecu.edu/bitstream/handle/10342/4311/Solomon_ecu_0600D_11067.pdf?sequence=1

Suligoj, B., Pupella, S., Regine, V., Raimondo, M., Velati, C., & Grazzini, G. (2013). Changing blood donor screening criteria from permanent deferral for men who have sex with men to individual sexual risk assessment: no evidence of a significant impact on the human immunodeficiency virus epidemic in Italy. *Blood Transfusion*, *11*(3), 441–448. <http://doi.org/10.2450/2013.0162-12>

UNAIDS. (2012). 25 years of AIDS. Recuperado de: http://data.unaids.org/pub/FactSheet/2006/20060428_FS_25YearsofAIDS_en.pdf