

Bogotá, D.C., 29 de enero de 2019

Magistrados y Magistradas
M. P. Cristina Pardo Schlesinger
Corte Constitucional
E. S. D.

Referencia: intervención ciudadana en proceso D-12883, por medio del cual se demanda la inconstitucionalidad del artículo 370 del Código Penal.

Diana Rodríguez Franco, Mauricio Albarracín Caballero, Valentina Roza Ángel y Jesús David Medina Carreño, respectivamente subdirectora e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia-; Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa, organización no gubernamental que trabaja en favor de los derechos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia; y Jaime Ardila, médico salubrista candidato a doctor en Políticas en Salud Pública de McMaster University, obrando en calidad de ciudadanos y ciudadanas colombianas, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos la siguiente intervención ciudadana en el proceso D-12883, por medio del cual se le solicita a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad del artículo 370 del Código Penal.

En esta intervención sostendremos que el mencionado artículo¹ es inconstitucional porque no supera el juicio integrado de igualdad, el cual ha desarrollado la Corte Constitucional para aquellos eventos en donde aparentemente se desconoce el principio de igualdad, o se someten a discusión medidas contra personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, hacen parte de un criterio sospechoso de discriminación o pertenecen a un grupo marginado o excluido. Este es el caso de las personas que viven con VIH y/o hepatitis B (VHB), condiciones médicas que, además de requerir diagnóstico oportuno y tratamiento continuo, han sido blanco de estigma y rechazo social. Por esta razón, consideramos que la diferenciación establecida en el artículo 370 del Código Penal es injustificada, discriminatoria y no promueve una política de salud pública responsable en la detección, cuidado y atención de las ITS.

Este documento estará dividido en cuatro partes y se resume de la siguiente manera. En la primera parte haremos una breve introducción acerca del VIH y la VHB. Allí presentaremos

¹ Código Penal, artículo 370: “El que después de haber sido informado de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de la hepatitis B, realice prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona, o done sangre, semen, órganos o en general componentes anatómicos, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años”.

cómo las personas que han contraído estas enfermedades han sido estigmatizadas y discriminadas en distintos ámbitos de la vida por representar una “amenaza” a la salud pública. Sin embargo, mostraremos que, gracias a los avances de las ciencias de la salud, este trato resulta injustificado y discriminatorio. Esta sección se sustentará con base en información científica y tiene como fuente principal a la Organización Mundial de la Salud, Ministerio de Salud, Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de Estados Unidos, así como estudios científicos publicados en revistas indexadas, entre otros.

En la segunda parte expondremos los argumentos por los cuales la Corte Constitucional ha considerado a quienes viven con VIH y/o VHB como sujetos de especial protección constitucional. Haremos referencia especialmente a las sentencias de la Corte que, de manera pacífica y reiterada, han catalogado a quienes viven con estas enfermedades como personas en circunstancias de debilidad manifiesta y parte de un grupo poblacional discriminado o marginado. Por ello, la garantía de sus derechos fundamentales, entre ellos la igualdad (art. 13), la seguridad social (48), la salud (art. 49) y el trabajo (art. 53) y la educación (art. 67), debe ser protegida de manera especial.

Con base en esta situación, en la tercera parte, someteremos el artículo 370 del Código Penal al juicio integrado de igualdad en *sentido estricto*, pues, como lo ha indicado la Corte, este nivel de intensidad del análisis constitucional debe operar cuando una medida recae sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos marginados. Una vez reseñadas las características del juicio integrado de igualdad, esta parte estará dividida a su vez en dos niveles. En el primer nivel estableceremos los sujetos o circunstancias a comparar, siendo estas: las personas portadoras de VIH y/o VHB con las personas portadoras de otros virus relacionados con una infección de transmisión sexual; las personas portadoras de VIH y/o VHB con las personas portadores de otro virus transmisible; y las personas portadoras de VIH y/o VHB con quienes no son portadoras de algún virus. A partir de esta comparación, concluiremos que el tipo penal contemplado en el artículo 370 establece una diferenciación entre distintas clases de sujetos que, *prima facie*, resulta injustificada.

En el segundo nivel de análisis estudiaremos los cuatro supuestos conforme con los cuales es dable concluir si la diferenciación establecida se ajusta a Constitución, especialmente con el principio de igualdad y no discriminación. Estos supuestos son: 1) el fin constitucionalmente imperioso que busca la medida; 2) si esta resulta un medio adecuado e idóneo para alcanzarlo; 3) si es necesaria por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y 4) la proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la diferenciación.

Con respecto al supuesto 1), consideraremos que el fin constitucional que busca la norma es legítimo e imperioso, ya que pretende hacer frente a epidemias que afectan la salud pública, la vida individual y el desarrollo integral de todos los miembros de la sociedad. Con respecto al supuesto 2), concluiremos que, una vez realizada la relación entre fines y medios, la medida no resulta adecuada por dos motivos: i) no castiga a quien efectivamente propaga estos virus y amenaza la salud pública; y ii) tiene un efecto perverso al promover el

desconocimiento del estado de salud de los potenciales portadores de VIH y VHB, para evitar así la comisión del delito establecido en ella. Frente al supuesto 3), la medida no cumple el requisito de necesidad, pues, incluso en el caso en donde se considerara idónea, existen otros medios menos lesivos y más efectivos a través de los cuales se puede prevenir la propagación de estos virus. Por ejemplo, en caso del VHB la vacuna y en el del VIH el diagnóstico y tratamiento oportuno. Respecto al supuesto 4) concluiremos que, si la Corte considera satisfecho el criterio de necesidad, la medida resulta desproporcionada, toda vez que, en lugar de proteger la salud pública como bien jurídico, está basada en argumentos discriminatorios que no tienen asidero médico ni científico, y además su aplicación desincentiva una política pública responsable en torno a la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual.

Finalmente, en la cuarta y última parte, le solicitaremos a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad del artículo 370 del Código Penal por no superar el juicio integrado de igualdad; es decir, por contrariar el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

1. SOBRE EL VIH Y EL VHB

1.1 VIH

El Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) es *“un microorganismo que ataca el sistema de las defensas del cuerpo y se encuentra en la sangre, el semen, las secreciones vaginales, la leche materna, los fluidos y los órganos internos del cuerpo”*². Este virus se transmite solo por 3 mecanismos³: i) relaciones sexuales desprotegidas (particularmente el coito), ii) contacto con sangre o fluidos contaminados que ingresan al cuerpo humano (por ejemplo, a través de transfusiones sanguíneas o trasplante de órganos) o iii) cuando una madre que porta el virus no recibe ningún tratamiento durante el embarazo, parto o lactancia materna.

Este virus se multiplica y afecta al sistema inmunológico del cuerpo, ya que ataca y destruye sus células⁴. Específicamente, las personas que viven con VIH están en riesgo de contraer “infecciones oportunistas”, es decir, que aprovechan la indefensión del cuerpo para atacarlo. Una vez las células del sistema inmune están disminuidas, aparecen los síntomas de la

² Ministerio de Salud y Protección Social (2012) Cuidar de mí es cuidar de ti: Guía de prevención secundaria y ruta de derechos, para personas que viven con VIH/SIDA. Bogotá D.C. P. 14.

³ Ibid. P. 14.

⁴ Específicamente, el VIH ataca y destruye los linfocitos CD4, que forman parte del sistema inmunológico y combaten ciertos tipos de infecciones.

infección oportunista (como pueden ser neumonía, meningitis, etc.) y la persona pasa a la fase del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)⁵.

El estigma y la discriminación son realidades a las que se enfrentan las personas viviendo con VIH/SIDA (PVVS), evidenciado en múltiples estudios tanto a nivel internacional como nacional. Esta discriminación es amplia y se materializa tanto a través de rumores, como de negación de acceso a servicios de salud, de educación o al trabajo. Por ejemplo, un estudio en Etiopía, Tanzania y Zambia encontró que *“la enfermedad es vista como una enfermedad mortal y estigmatizante a causa del miedo a la muerte (...) Se tiende a responsabilizar a las PVVS por sus comportamientos sexuales que llevan a la inmoralidad, lo cual lleva a la estigmatización aún más fuerte, considerándose el VIH como un castigo de Dios por los pecados sexuales”*⁶. Mientras que en Londres se ha mostrado que *“la mitad de las PVVS experimentaron mayor discriminación por parte del personal de salud, en general uno de cada siete PVVS fueron víctimas de discriminación debido a su estado serológico”*⁷.

En el caso colombiano el índice de estigma y discriminación en esta población, realizado en 2009 por la Red Colombiana de Personas que Viven con VIH (RECOLVIH), muestra que los portadores de VIH se enfrentan a murmuraciones, que son *“generalmente comentarios cargados de connotaciones negativas relacionados con la divulgación de su estado de salud, su aspecto físico u otros elementos”*⁸. Además, la discriminación también se manifiesta en los sectores de trabajo y salud⁹. Frente al primero, los portadores pueden enfrentarse a tener que realizar un test de VIH para ingresar al trabajo¹⁰, aunque esto esté prohibido¹¹. Respecto al acceso a salud, *“se pueden identificar diferentes formas de estigma y discriminación en relación con el VIH, como cuando el personal asistencial se niega a dar tratamiento, apoyo o atención con calidad, lo que se ve reflejado en el temor de los pacientes con VIH a asistir a un centro de salud para evitar así ser señalados y juzgados por su condición de salud”*¹².

⁵ Ministerio de Salud y Protección Social (2012) Cuidar de mi es cuidar de ti: Guía de prevención secundaria y ruta de derechos, para personas que viven con VIH/SIDA. Bogotá D.C. P. 15.

⁶ Red Colombiana de Personas que Viven con VIH (2009) Voces positivas: resultados del índice de estigma en personas que viven con VIH en Colombia. Disponible en http://www.portalsida.org/repos/INFORME_VOCES_POSITIVAS.pdf Pp 19-20.

⁷ Red Colombiana de Personas que Viven con VIH (2009) Voces positivas: resultados del índice de estigma en personas que viven con VIH en Colombia. Disponible en http://www.portalsida.org/repos/INFORME_VOCES_POSITIVAS.pdf P. 21.

⁸ Ibid. P. 36.

⁹ ONUSIDA (2017) Hacer frente a la discriminación. Superar el estigma y la discriminación relacionadas con el VIH y en centros de atención de la salud y más allá.

¹⁰ Red Colombiana de Personas que Viven con VIH (2009) Voces positivas: resultados del índice de estigma en personas que viven con VIH en Colombia. Disponible en http://www.portalsida.org/repos/INFORME_VOCES_POSITIVAS.pdf P. 21.

¹¹ Ministerio de Trabajo (2014) Concepto 59676. Bogotá, DC.

¹² Bermúdez-Román (2015) Influencia del estigma en torno al VIH en el acceso a los servicios de salud. Salud Pública México. Vol 57. No. 3. P. 257.

Para luchar contra la discriminación y el estigma a los que se enfrentan los portadores de VIH cada 1 de diciembre se conmemora el Día Mundial de la lucha contra el VIH. En 2018 la campaña fue “Vive la vida positivamente, conoce tu estado serológico”, que hacía una invitación a *“aumentar el acceso a las pruebas para la detección del VIH, y a incentivar su mayor aceptación”*¹³.

Es importante aclarar que los estigmas y la discriminación por parte de terceros son infundados, pues actualmente los avances científicos permiten que las personas portadoras de VIH lleven una vida normal. En palabras de la Organización Mundial de la Salud (OMS) *“las personas que viven con el VIH pero se benefician de los últimos avances médicos pueden esperar llevar una vida normal en muchos aspectos: la poliquimioterapia con agentes antirretrovirales (ARV) hace del SIDA una enfermedad crónica y tratable, más parecida en este sentido a la diabetes que a otras enfermedades víricas graves para las que no hay ningún tratamiento eficaz”*¹⁴.

Así pues, aunque la ciencia no ha encontrado una cura para el VIH, sí ha permitido impedir que el virus se reproduzca después de su ingreso al cuerpo. Esto gracias al tratamiento antirretroviral (TAR), cuyo principal objetivo es reducir la carga viral a una concentración indetectable; es decir, que la concentración del virus en la sangre sea tan baja, que no pueda ser detectada con una prueba médica¹⁵. De acuerdo al Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos *“las personas con el VIH que mantienen una carga viral indetectable no tienen eficazmente riesgo alguno de transmitir el VIH a su pareja VIH negativa a través del sexo”*^{16,17}.

Ahora bien, el TAR no es exclusivo para los portadores del VIH. De hecho, los avances de la ciencia también han permitido el desarrollo de la “profilaxis post-exposición” (PEP), que consiste en tomar medicamentos contra el virus antes de las primeras 72 horas de una exposición de riesgo. La PEP *“es eficaz para prevenir la infección por el VIH cuando se toma correctamente”*¹⁸.

¹³ Cuenta de Alto Costo (2018) Día Mundial de la Lucha contra el VIH. Volumen 4. Número 19. Disponible en https://cuentadealtocosto.org/site/images/CAC.Co_2018_11_30_BolTec_V4N19_DM_VIH_v.0.0.pdf P. 2.

¹⁴ Organización Mundial de la Salud (2003) VIH/SIDA: resistir a un agente mortífero. P. 19

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU (s.f) Conceptos básicos. Disponible en <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/fact-sheets/21/51/tratamiento-para-la-infeccion-por-el-vih--conceptos-basicos>

¹⁷ En una investigación realizada en 2016 se hizo seguimiento a un grupo de parejas serodiferentes sexualmente activas sin uso de condón, en las que el portador realizaba TAR. Durante la investigación no se documentó ningún caso de transmisión del VIH después de 1,3 años. El informe está disponible en: Rodger, A, et. al. (2016) Sexual Activity Without Condoms and Risk of HIV Transmission in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner is Using a Suppressive Antiretroviral Therapy. JAMA. Vol 316. Pp. 171-181. Disponible en <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2533066>

¹⁸ Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU (s.f) Prevención del VIH. Disponible en <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/fact-sheets/20/87/profilaxis-posexposicion--pep->

Asimismo, en la actualidad existe la “profilaxis pre-exposición” (PrEP), que puede proteger a las personas que no tienen el virus, pero cuentan con un alto riesgo de contraerlo.¹⁹. De acuerdo a los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades, *“al usar la PrEP todos los días, usted puede reducir en más de un 90% su riesgo de contraer el VIH a través de las relaciones sexuales y en más de un 70% a través del uso de drogas inyectables. Al agregar otras estrategias, como el uso de condones junto con la PrEP, se puede reducir aún más el riesgo”*²⁰.

Por lo anterior, gracias a los avances científicos y médicos, hoy en día ser portador de VIH no es sinónimo de tener SIDA. Por el contrario, debido al TAR, la historia natural de la enfermedad del VIH se asemeja más a la diabetes que al SIDA, en el sentido de que es una enfermedad crónica y controlable siempre y cuando tenga un manejo adecuado²¹.

1.2 VHB

La hepatitis B es uno de los cinco virus de la hepatitis (A, B, C, D, E) que existen²². Las hepatitis B y C representan un 89% de las muertes por este virus en el mundo, así como el 78% de los casos de cáncer hepático y el 57% de los casos de cirrosis²³. En el caso específico de la hepatitis B, esta se transmite cuando la sangre, semen o algún otro fluido de un portador del VHB ingresa al organismo de otra persona²⁴ a través de las mismas vías que el VIH. La infección puede ser aguda o crónica: si es aguda, la enfermedad es de corta duración y puede manifestarse a través fiebre, vómito o dolores musculares, entre otros²⁵. Sin embargo, en caso de que el organismo no sea capaz de combatirla, se vuelve crónica y se convierte en una enfermedad de larga duración, normalmente asintomática, pero que sin tratamiento puede ocasionar cirrosis, cáncer de hígado y la muerte^{26,27}.

Las personas que padecen de algún tipo de hepatitis son víctimas del estigma y de la discriminación. Es por esto que cada 28 de julio se conmemora el Día Mundial contra la Hepatitis, en el que se hacen campañas con el fin de sensibilizar en el *“abordaje de las principales barreras identificadas al momento del diagnóstico, como son: la falta de*

¹⁹ Center for Disease Control and Prevention (2017) Preexposure prophylaxis for the prevention of HIV infection in the United States – 2017 update. Disponible en <https://www.cdc.gov/hiv/pdf/risk/prep/cdc-hiv-prep-guidelines-2017.pdf> Tablas B1, B2 y B3.

²⁰ Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE.UU (s.f) Prevención del VIH. Disponible en <https://infosida.nih.gov/understanding-hiv-aids/fact-sheets/20/85/profilaxis-preexposicion--prep->

²¹ Deeks, S. et. al. (2013) The End of AIDS: HIV infection as a Chronic Disease. Lancet. Nov. 2. 382. Pp. 1525-1533.

²² Ministerio de Salud (s.f) Hepatitis. Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/Paginas/Hepatitis.aspx>

²³ Ministerio de Salud (2015) Programa Nacional de Control a las Hepatitis Virales 2014-2017. Bogotá. P. 16.

²⁴ Immunization Action Coalition (2018) Vacuna contra la Hepatitis B. Disponible en http://www.immunize.org/vis/spanish_hepatitis_b.pdf

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Liang, TJ. (2009) Hepatitis B: The Virus and Disease. Hepatology. Vol 49. Pp. 13- S21.

*conocimiento público de la enfermedad, la falta de conocimiento entre los profesionales de la salud, la falta de pruebas de fácil acceso y, el estigma y la discriminación a los pacientes luego del diagnóstico*²⁸. Sin embargo, al igual que con las personas que viven con VIH, la discriminación hacia estas personas es infundada, pues quienes viven con hepatitis B crónica pueden recibir un tratamiento antiviral o inmunomodulador, que “*puede ralentizar el avance de la cirrosis, reducir la incidencia de cáncer de hígado y mejorar la supervivencia a largo plazo*”²⁹. Además, para la prevención existe una vacuna, que fue introducida por el Ministerio de Salud en 1993 y desde entonces ha estado incluida en el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI) a través de tres dosis³⁰. Esta vacuna induce la formación de anticuerpos y evita más del 90% de las infecciones por el virus³¹. Puede ser aplicada tanto en adultos como en niños.

Habida cuenta de la relación inversa entre la probabilidad de que la hepatitis B se vuelva crónica y la edad, dado que “*el 90% de las personas que adquieren la infección en el periodo neonatal, 30% en la infancia temprana y 3% a 5% en la edad adulta pueden desarrollar una enfermedad crónica por hepatitis B*”³², la política pública del PAI reduce altamente las probabilidades de que una persona padezca esta enfermedad. Además, es importante resaltar que la cobertura de esta vacuna es elevada, pues en el 2010 cubrió al 88% de la población³³. Por esto, el estigma y la discriminación hacia las personas con hepatitis B es injustificable, pues desde hace varias décadas se cuenta con medicamentos que previenen la propagación del virus. Además, quienes viven con hepatitis B crónica pueden acceder a tratamientos que desaceleran con mucho éxito la progresión de la enfermedad.

1.3 Ser portador de VIH y VHB: vivir bajo el estigma y la discriminación

La escritora estadounidense Susan Sontag, autora del libro *La enfermedad y sus metáforas*, retrata de la siguiente manera el miedo social que generan virus como el VIH:

²⁸ Cuenta de Alto Costo (2018) Día Mundial contra la hepatitis. Disponible en https://cuentadealtocosto.org/site/images/Publicaciones/2018/Boletin_Dia_mundial_contra_la_hepatitis_2018.pdf P. 2.

²⁹ Organización Mundial de la Salud (2018) Hepatitis B.Rev. Ciencia Salud. 2018 <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hepatitis-b>

³⁰ Ministerio de Salud (2015) Programa Nacional de Control a las Hepatitis Virales 2014-2017. Bogotá. P. 32.

³¹ Ministerio de Salud (s.f) Vacuna contra Hepatitis B. Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Vacuna%20contra%20Hepatitis%20B.pdf>

³² Instituto Nacional de Salud (2018) Boletín Epidemiológico Semanal. Semana epidemiológica 40. Disponible en <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2018%20Bolet%20C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2040.pdf>

³³ Ministerio de Salud (2012) Programa Ampliado de Vacunación. Disponible en [https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones\(PAI\).aspx](https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones(PAI).aspx)

“Lo que hace tan aterrador el ataque viral es que se supone que la contaminación y, por consiguiente, la vulnerabilidad, es permanente. Incluso si una persona infectada no mostrara nunca síntoma alguno - es decir, si la infección permaneciera o, mediante una intervención médica, se volviera inactiva - el paciente llevaría siempre el enemigo viral dentro. De hecho, se cree que el que algo la despierte («la desencadene») y aparezcan los «síntomas que la delatan» es sólo cuestión de tiempo”³⁴.

Aún hoy, ser portador de VIH y/o VHB motiva el estigma social, a pesar de que existen tratamientos médicos que reducen ostensiblemente las tasas de contagio y permiten que quienes las padecen lleven una vida en condiciones de normalidad. Como expusimos, en el caso del VIH, gracias al TAR es posible tener una esperanza de vida prácticamente igual a la de una persona no portadora. Además, se puede tener una vida sexual activa, pues el riesgo de contagio es casi nulo. Por otro lado, frente al VHB, existe una vacuna que previene el contagio del virus y que puede ser aplicada tanto en la primera infancia como en la vida adulta. Asimismo, existe el TAR para quienes sufren de hepatitis B crónica, lo que mejora su calidad de vida. A causa de los avances médicos y científicos, quienes son portadores de VIH o VHB se enfrentan a una realidad distinta a la de hace algunas décadas, donde apenas se comenzaba a conocer y entender estas enfermedades.

Sin embargo, luchar contra el rechazo de quienes con ellas viven toma tiempo y requiere de medidas que promuevan tanto el respeto a la dignidad humana como el diagnóstico y tratamiento oportuno de las infecciones. La dificultad de levantar estos prejuicios se evidencia, por ejemplo, en el caso de la lepra. Las referencias sobre esta enfermedad son de larga data, apareciendo incluso en la Biblia. Pero, aunque *“ha dejado de ser un problema de salud para todos los países, exceptuando Brasil en América Latina y otros países en diferentes continentes, no se ha logrado eliminar, ni excluir de su entorno los sentimientos de discriminación arrastrados del pasado que enlentecen alcanzar el objetivo de erradicación”³⁵.*

Al igual que la lepra, el VIH/SIDA y la hepatitis B son enfermedades sobre los cuales subyace un fuerte estigma y prejuicio, independientemente de los avances médicos que existan. Las personas que viven con estos virus son constantemente objeto de rechazo en distintos contextos, lo cual potencia los sentimientos de culpabilidad, aislamiento y autoexclusión³⁶. Como consecuencia de esta situación, el ejercicio pleno de sus derechos se

³⁴ Sontag, S (2003) La enfermedad y sus metáforas: el SIDA y sus metáforas. Traducción de Mario Muchnik. Disponible en http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Sontag_Susan-La_enfermedad_y_sus_metaforas_El_Sida_y_sus_metaforas.pdf P. 52.

³⁵ Pastrana, F. et. al. (2011) Impacto de la lepra en la historia. Disponible en http://bvs.sld.cu/revistas/fdc/vol6_1_12/fdc06112.htm P. 3.

³⁶ ONUSIDA (2008) Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del sida. Ginebra: Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida. Disponible en: http://data.unaids.org/pub/report/2009/jc1521_stigmatisation_es.pdf

ve limitado, al igual que las oportunidades de desarrollarse en igualdad de condiciones como miembros activos de la sociedad.

Debido a estos obstáculos, desde hace varios años la población portadora de VIH se ha movilizado por el reconocimiento de sus derechos, haciendo uso incluso de las herramientas consagradas en la Constitución para defender una vida digna y en condiciones de igualdad. Para el caso de Colombia, se ha documentado que gracias a las estrategias de litigio adelantadas por el movimiento de personas portadoras de VIH, las personas con enfermedades de alto costo (incluyendo quienes viven con este virus y/o VHB³⁷) han podido acceder a una mejor atención y tratamiento de sus enfermedades³⁸. Prueba de ello es que para el 2005, el 65% de pacientes de alto costo estaba recibiendo tratamiento gracias a una acción de tutela³⁹.

Los prejuicios que aún pesan sobre quienes viven con VIH y/o hepatitis B, y el uso del derecho como herramienta para acceder a los derechos, llevan a entender que las estrategias de salud pública enfocadas en la dignidad humana y la atención en salud universal, oportuna e integral, es la forma de afrontar el rechazo de estas enfermedades. Labrar este camino abonará a la consolidación de una sociedad donde todos sus miembros tengan iguales oportunidades de vivir, a pesar de ser portadores de una enfermedad de alto costo, y en el cuidado de la salud sexual como un asunto de responsabilidad pública e individual.

2. LAS PERSONAS PORTADORAS DE VIH Y VHB SON SUJETOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

En esta sección expondremos los criterios por los cuales la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado, de manera pacífica y reiterada, a la población portadora de VIH y/o VHB como sujeto de especial protección. En sus sentencias, la Corte ha resaltado que estas personas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su estado de salud, y que a causa de sus enfermedades han sido rechazadas en distintos ámbitos de la sociedad; de manera que el amparo de sus derechos fundamentales, entre ellos la igualdad, la salud y la seguridad social, debe ser reforzado por el Estado. Nos concentraremos en la jurisprudencia relacionada con las personas que viven con VIH, dado que en distintas

³⁷ Las enfermedades de alto costo incluyen cáncer, falla renal crónica, VIH, enfermedades huérfanas, entre otras. Sobre la definición amplia de la Corte Constitucional sobre enfermedad de alto costo, ver Corte Constitucional, sentencia T-399 de 2017, M. P. Cristina Pardo Schlesinger. En esta sentencia, la Corte Constitucional señala lo siguiente: “se tiene que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en la que se incluye las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado”.

³⁸ Prachniak-Rincón, C., & Villar de Onís, J. (2016). HIV and the Right to Health in Colombia. *Health and human rights*, 18(2), 157-169.

³⁹ Ibid. P. 162.

providencias la Corte ha protegido a las personas con hepatitis B por ser esta enfermedad, junto con el VIH, ITS catastróficas o de alto costo⁴⁰ y relevantes para la salud pública⁴¹.

En términos generales, la Constitución Política ampara a las personas con especiales condiciones de salud y obliga al Estado a atenderlas y cuidarlas de manera diferencial, pues, por su estado físico, funcional y/o psicológico, son más propensas al rechazo, la discriminación y a la violación de sus derechos. Este es el caso de las personas que viven con VIH y hepatitis B, quienes, como se expuso atrás, han debido enfrentar múltiples obstáculos para llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad, no solo por las dificultades médicas que en un momento se encontraron para hacer frente a las enfermedades, sino también por el estigma social generado sobre los virus, cuerpos y comportamientos de quienes los padecían. Como menciona Susan Sontag *“basta ver una enfermedad cualquiera como un misterio, y temerla intensamente, para que se vuelva moralmente, si no literalmente, contagiosa”*⁴².

A la luz de nuestra Constitución Política, la protección de las personas portadoras de VIH y hepatitis B se deriva, en primer lugar, del artículo 1º, por medio del cual se establece el derecho a la dignidad humana como principio fundante del Estado social de derecho. Asimismo, del artículo 13, que establece el deber del Estado de proteger *“(…) especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*, y de sancionar *“los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*. También, del artículo 47, en el que se señala el deber del Estado de adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales, psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*. Finalmente, del artículo 49, por medio del cual se garantiza la atención y el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud a todos los habitantes del territorio nacional.

En línea con el artículo 49 de la Constitución, la Ley 1751 de 2015, o Ley Estatutaria de Salud, establece, en el artículo 2º, que el *“el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”*, y que el *“Estado adoptará política para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas”*.

En el ámbito internacional, la protección especial hacia las personas que viven con estos virus se deriva de diversos instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad y que

⁴⁰ De acuerdo con la Ley 205 de 2005, el VIH/SIDA es considerada una enfermedad ruinosa o catastrófica.

⁴¹ Sobre la asimilación que establece la Corte Constitucional entre el VIH y la hepatitis B, y cómo la jurisprudencia relativa a las personas que viven con VIH ha servido para garantizar los derechos de quienes son portadores de hepatitis B, ver, especialmente, las sentencias T-610 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-114 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; y T-626 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁴² Sontag, S. (1978) La enfermedad y sus metáforas: el SIDA y sus metáforas. Traducción de Mario Muchnik. Disponible en http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Sontag_Susan-La_enfermedad_y_sus_metaforas_El_Sida_y_sus_metaforas.pdf P.2.

reconocen el derecho humano a la dignidad, la igualdad y la salud. Entre estos instrumentos se destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es a partir de este grupo de tratados y de la amenaza que representaba en la segunda mitad del siglo pasado una enfermedad (el VIH/SIDA) de la que se sabía poco y que se extendía rápidamente en distintos lugares del planeta, que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 26° período extraordinario de sesiones, celebrado del 25 al 27 de junio de 2001, suscribió la *“Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA”*. En esta manifestó que:

“la epidemia mundial de VIH/SIDA, por sus dimensiones y consecuencias devastadoras, constituye una emergencia mundial y uno de los desafíos más graves para la vida y la dignidad del ser humano, así como para el disfrute efectivo de los derechos humanos, que socava el desarrollo económico y social en todo el mundo y afecta a todos los niveles de la sociedad: individual, familiar, comunitario y nacional”.

En consecuencia, la Asamblea General instó a los estados a poner en marcha distintas clases de programas de prevención del VIH, como, por ejemplo,

“el establecimiento de estrategias, normas y programas que individualicen y comiencen a enfrentar los factores que hacen particularmente vulnerable a la infección por el VIH, entre ellos el subdesarrollo, la falta de seguridad económica, la pobreza, la falta de potenciación de la mujer, la falta de educación, la exclusión social, el analfabetismo, la discriminación, la falta de información y/o productos para protegerse, y todo tipo de explotación sexual de mujeres, niñas y niños, incluso con fines comerciales (...)”.

En virtud del llamado global a proteger a las personas portadoras de VIH como sujetos con especiales condiciones de salud, el Estado colombiano ha contemplado un marco legal y de política pública que busca atender de manera oportuna la enfermedad, evitar su progreso y mortalidad y determinar la prevalencia de la epidemia en el país. Por ejemplo, el Decreto 1543 de 1997, *“Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)”*, propuso, en razón del aumento del número de personas reportadas con la enfermedad, medidas para fomentar y respaldar acciones de promoción, prevención y control del contagio. Posteriormente, con la promulgación de la Ley 972 de 2005, *“Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida”*, se indicó que el contenido de dicha ley, como de aquellas disposiciones que la complementen o adicionen:

“se interpretarán y ejecutarán teniendo presente el respeto y garantías al derecho a la vida y que en ningún caso se pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación o segregación, lesionar los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad del paciente, el derecho al trabajo, a la familia, al estudio y a llevar una vida digna y considerando en todo caso la relación médico-paciente.

Se preservará el criterio de que la tarea fundamental de las autoridades de salud será lograr el tratamiento y rehabilitación del paciente y evitar la propagación de la enfermedad”.

Aún más, el CONPES 140 de 2011, que modificó al CONPES 91 de 2005 (*‘Metas y estrategias de Colombia para el logro de los objetivos de desarrollo del milenio-2015’*), estableció como objetivo 6 combatir, entre otras enfermedades, el VIH/SIDA. Con este fin, se propuso como unas de las metas garantizar el acceso universal al tratamiento del VIH/SIDA de todas las personas que lo necesiten y retomar la educación y promoción de una sexualidad y salud sexual responsable.

El anterior cuerpo de instrumentos le ha permitido a la Corte Constitucional advertir en distintos momentos y frente a distintas situaciones, que las personas portadoras de VIH son especialmente protegidas por el ordenamiento jurídico, ya que, debido a sus especiales condiciones de salud y la discriminación que han sufrido, han visto cercenado el goce pleno de sus derechos fundamentales. En razón a esto, en distintas sentencias se ha referido a esta población como personas en circunstancias de debilidad manifiesta y grupo marginado y discriminado. A continuación, expondremos algunas providencias significativas de la Corte en este sentido.

En 1992, mediante la sentencia T-505⁴³, la Corte Constitucional estudió el caso de una persona que exigía servicio médico y exámenes especializados sin ningún costo por parte de un hospital público, toda vez que carecía de dinero y había sido diagnosticado con SIDA. En esa oportunidad, señaló que el *“infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darles a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad”*. Por esto consideró que la falta de asistencia integral exigida por el tutelante configuraba *“una vulneración de la protección especial garantizada igualmente por la Constitución a personas colocadas en circunstancias de debilidad manifiesta”*, no solo por condiciones económicas, sino también de salud.

Tres años después, en la sentencia T-271 de 1995⁴⁴, la Corte estudió un caso similar donde un ciudadano solicitaba la protección de sus derechos a la vida, la igualdad y la dignidad, pues vivía con VIH, no contaba con los recursos suficientes para sufragar el TAR y la institución

⁴³ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ M. P. Alejandro Martínez Caballero.

médica a la cual acudía no le brindaba tratamientos paliativos a su enfermedad pero a otras sí. Allí, la Corte concluyó que:

“la menguada situación en que se hallan los afectados por el VIH/SIDA no se origina únicamente en el padecimiento corporal y psíquico que una enfermedad incurable y mortal entraña, puesto que a esa desafortunada circunstancia se suma la condición minoritaria de los afectados, las más de las veces pertenecientes a sectores desfavorecidos y marginados; el menosprecio social y la consiguiente estigmatización que soportan, como resultado de incidencias culturales negativas, fundadas, primordialmente, en el temor que la infección despierta. Todos estos, son suficientes motivos de persuasión acerca de la necesidad de acometer acciones eficaces que contrarresten la reacción desfavorable y persigan la igualdad real y efectiva, en favor de un grupo de la población discriminado y marginado”.

Luego, en la sentencia SU-256 de 1996⁴⁵, la Corte Constitucional estudió el caso de una persona que fue despedida de su trabajo por ser portadora de VIH y que no pudo obtener otro empleo, pues las empresas a las que acudía le exigían pruebas médicas sobre esta enfermedad. Allí, la Corte indicó que:

“Los enfermos de Sida, e inclusive los portadores sanos del VIH, vienen siendo objeto de discriminación social y laboral. El Estado no puede permitir tal discriminación, básicamente por dos razones: porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, pues la discriminación, per se, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, con base en la cual construye el orden social; y porque el derecho a la igualdad comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta. Es un ser humano y, por tanto, titular de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos”.

Por lo anterior, la Corte tuteló los derechos fundamentales de quien fuese despedido por su estatus serológico, y concluyó que quienes viven con VIH tienen derecho a la estabilidad ocupacional o laboral reforzada⁴⁶.

En la sentencia T-843 de 2004⁴⁷, la Corte estudió otro caso en donde un ciudadano solicitaba atención médica, esta vez de carácter odontológico, ya que, a causa de los antirretrovirales que consumía por ser portador de VIH, se veía gravemente deteriorada su salud oral y no contaba con los recursos económicos para su tratamiento. Aquí también la Corte concluyó

⁴⁵ M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁶ La estabilidad laboral reforzada de quienes sufren enfermedades de alto costo, o catastróficas, ha sido frecuentemente reiterada por la Corte Constitucional. Ver, Corte Constitucional, sentencias T-519 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-992 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-238 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo; T-490 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-986 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁷ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

que es deber del Estado atender de manera integral a las personas que viven con VIH/SIDA, incluso en procedimientos odontológicos, pues, este *“no puede adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. Con tal fin debe implementar políticas y programas para, aunque no sea posible lograr una solución definitiva, por lo menos hacer menos gravosa y penosa esa enfermedad”*.

Un año después, en la sentencia T-577 de 2005⁴⁸, la Corte estudió el caso de un ciudadano privado de la libertad que exigió la protección de sus derechos fundamentales, debido a que la institución en donde se encontraba recluso no le había permitido acceder a programas de trabajo y estudio para redención de pena por ser portador de VIH. La Corte resaltó que las personas que viven con VIH/SIDA han sido estigmatizadas por sus seres queridos, su familia y la comunidad, lo cual ha conducido a negar o entorpecer su acceso a servicios de salud y al empleo, situaciones que constituyen una clara discriminación. Estos prejuicios, resalta, han sido cimentados en desigualdades sociales generalmente asociadas al sexo, la sexualidad y la raza, lo cual intensifica el rechazo. Por lo anterior, tuteló los derechos del accionante e indicó que ante estas circunstancias discriminatorias eran necesarias:

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

Posteriormente, en la sentencia T-948 de 2008⁴⁹, la Corte estudió el caso de un estudiante de enfermería a quien el gerente de un hospital le negó las prácticas académicas por ser portador de VIH. Allí, la Corte manifestó que, de conformidad con su jurisprudencia, *“subyace un argumento sencillo pero contundente, que se traduce en que la mera condición de ser portador de una enfermedad como el VIH/sida, no es argumento válido para discriminar a una persona en ningún contexto”*. Por ello, señaló que, en vista del rechazo y los obstáculos que encuentran para ejercer sus derechos, esta población es sujeto de especial protección constitucional; lo cual hace exigible, primero, *“un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran”*, y, segundo, el deber del Estado de *“adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados”*.

Paralelamente, la Corte se refirió a aquellas labores que pueden representar algún riesgo de contagio por ser inherentes a ellas, tales como la medicina o la enfermería. Sobre esto manifestó que:

“La mera condición de portador del VIH no puede ser argumento para descomponer de un tajo la profesión o la carrera de una persona a pesar de ser portadora del VIH,

⁴⁸ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁹ M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

En consecuencia, la Corte tuteló los derechos del estudiante, quien, a pesar de vivir con este virus, no presentaba riesgo de contagio a los pacientes ni a sus colegas.

En la sentencia T-376 de 2013⁵⁰, la Corte Constitucional estudió el caso de otra persona privada de la libertad que exigía la protección de sus derechos fundamentales y el traslado a otro centro de reclusión, ya que en el lugar donde purgaba la pena era objeto de discriminación y malos tratos por ser portador de VIH. En esta sentencia, la Corte señaló que:

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

En la sentencia T-229 de 2014⁵¹, la Corte Constitucional estudió el caso de una persona portadora de VIH a quien se le negó la pensión de invalidez por no haber acreditado las semanas de cotización exigidas antes de su estructuración. Una vez más, la Corte señaló que quienes viven con VIH/SIDA son merecedores de una *protección constitucional reforzada*, toda vez que se tratan de personas en circunstancias de debilidad manifiesta. Por ende, es deber del Estado prestar atención integral a estas personas, incluida la pensión de invalidez

⁵⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵¹ M. P. Alberto Rojas Ríos.

cuando la enfermedad ha tomado un carácter progresivo y/o degenerativo que estructure la pérdida de la capacidad laboral.

La protección constitucional especial de las personas portadoras de VIH/SIDA ha cubierto así distintos tipos de situaciones: desde aquellas relacionadas con el acceso a la educación y la libertad de escoger profesión y oficio⁵², pasando por el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez⁵³, la estabilidad laboral reforzada⁵⁴, las garantías de las personas privadas de la libertad⁵⁵, el derecho a la intimidad⁵⁶, hasta aquellas situaciones relacionadas con el acceso a la atención en salud y medicamentos⁵⁷.

En conclusión, las personas que viven con VIH, y por extensión aquellas que portan el VHB, han sido objeto de especial protección constitucional por las circunstancias de debilidad manifiesta que generan la necesidad de atención y tratamiento de las respectivas infecciones, y porque debido a su estatus de salud han sido discriminados en distintos ámbitos de la sociedad⁵⁸.

3. EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DEL JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD

En esta parte reseñaremos, en primer lugar, las características del juicio integrado de igualdad de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional al respecto. Luego, pasaremos al análisis de constitucionalidad del artículo 370 del Código Penal, que operará de forma estricta por ser el estado serológico un criterio sospecho de discriminación. Este análisis se dividirá en dos niveles. En el primer nivel estableceremos los sujetos o circunstancias comparables a partir de la conducta penalizada por el artículo 370; estas son: las personas portadoras de VIH y/o VHB con las personas portadoras de otros virus relacionados con una infección de transmisión sexual (ITS); las personas portadoras de VIH y/o VHB con las personas portadoras de otro virus; y, las personas portadoras de VIH y/o VHB con quienes no son portadoras de ningún virus. A partir de estas comparaciones, concluiremos que este

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-465 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵³ Corte Constitucional, sentencias T-550 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-520 de 2015, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencias SU-256 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-934 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-992 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-490 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-986 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencias T-035 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-376 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silvas; T-287 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencias T-295 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-426 de 2017, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencias T-518 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-600 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo; T-920 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-599 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos, entre otras.

⁵⁸ La Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que la enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral son además criterios sospechosos de discriminación. Ver, Corte Constitucional, T-314 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

artículo establece una diferenciación entre distintas clases de sujetos que, *prima facie*, resulta injustificada.

En el segundo nivel de análisis estudiaremos los cuatro supuestos conforme con los cuales es dable concluir si la diferenciación establecida se ajusta al principio de igualdad y no discriminación. Estos supuestos son: 1) el fin constitucionalmente imperioso que busca la medida; 2) si esta resulta un medio adecuado e idóneo para alcanzarlo; 3) si es necesaria por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y 4) la proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la diferenciación.

3.1 Sobre el *juicio integrado de igualdad*

La Corte Constitucional ha desarrollado el *juicio integrado de igualdad* como la forma a través de la cual debe realizarse el análisis de constitucionalidad de una norma que aparentemente desconoce el principio de igualdad⁵⁹, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política⁶⁰. Básicamente, este juicio está compuesto por los pasos del juicio de proporcionalidad (a saber, análisis de adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto), que ha sido utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos y algunos tribunales constitucionales europeos, y los criterios brindados por el test de igualdad, desarrollados por la Corte Suprema de Estados Unidos, que buscan realizar un análisis de igualdad de distinta intensidad dependiendo de si se está ante el caso de un test estricto, intermedio o flexible.

Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado para el examen del asunto sometido a revisión, la Corte ha fijado una regla y varios criterios⁶¹. La regla consiste en reconocer el test leve o flexible como el control de constitucionalidad ordinario. Esta regla parte del principio democrático y la presunción de constitucionalidad que pesa sobre las decisiones legislativas y generalmente se ha aplicado en materias económicas, tributarias o de política internacional. Por su parte, el test intermedio, como una de las dos excepciones a la regla, lo ha aplicado la Corte cuando: existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica, se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o en aquellos eventos en que la medida pueda resultar “potencialmente discriminatoria”, lo cual incluye el uso de acciones afirmativas. Finalmente, el test estricto, como la excepción más significativa a la regla, opera cuando: está de por medio el uso de un criterio sospechoso, como aquellos previstos no taxativamente en el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica); la medida recae en personas que

⁵⁹ Sobre un primer acercamiento acerca del principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la manera de resolver las controversias que se suscitan de su aplicación, ver. Uprimny, R. et al. (2002) La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Revista Pensamiento Jurídico. 15 (2002) PP. 357-369.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencias T-577 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-035 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y C-104 de 2016, Luis Guillermo Guerrero Pérez,

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

estén en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; la diferenciación afecta de manera grave el goce de un derecho fundamental, o la medida constituye un privilegio.

Así, la Corte ha señalado que el juicio integrado de igualdad consta de dos niveles de análisis. En el primero se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o, como llama en sus sentencias, *tertium comparationis*⁶²; es decir, los sujetos en condiciones similares o situaciones de la misma naturaleza que son diferenciados en el plano fáctico y jurídico del resto. En el segundo nivel se busca determinar si dicha diferencia es constitucionalmente justificada; es decir, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política⁶³. Allí se analizan cuatro aspectos: 1) el fin constitucionalmente imperioso que busca la medida diferenciadora; 2) si ella resulta un medio adecuado e idóneo para alcanzarlo; 3) si es necesaria por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y 4) la proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida⁶⁴.

Una vez expuestas las características de este juicio, pasaremos a aplicarlo con el fin de determinar la constitucionalidad o no del artículo 370 del Código Penal, el cual establece el tipo *propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B*. Este análisis operará de forma *estricta*, pues el artículo diferencia y castiga a una población que ha sido catalogada como sujeto de especial protección constitucional por estar en circunstancias de debilidad manifiesta y ser un grupo discriminado. Además, la Corte ha reconocido expresamente que el estatus serológico se considera un criterio sospechoso de discriminación y, en virtud de esto, se precisa aplicar un examen estricto en el marco del test integrado de igualdad desarrollado en su jurisprudencia⁶⁵.

3.2. Primer nivel del juicio integrado de igualdad: los sujetos o circunstancias comparadas establecen criterios injustificados de diferenciación

A partir de la conducta castigada por el artículo 370 del Código Penal, compararemos las personas portadoras de VIH y VHB con tres grupos. En primer lugar, con las personas portadoras de otros virus relacionados con una ITS. En segundo lugar, con las personas portadoras de virus distintos a una ITS. En tercer lugar, con quienes no son portadoras de ningún virus. A partir de las comparaciones, demostraremos que la diferenciación establecida

⁶² Ibid.

⁶³ Corte Constitucional, sentencias C-093 de 2001, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-673 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, y C-862 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-246 de 2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencias T-948 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-376 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

en el artículo en comento resulta injustificada, pues solo se castiga a quien siendo portador de VIH y/o VHB pueda afectar la salud pública.

Previo al análisis, consideramos importante presentar un aparte de la Gaceta 519 de 2006, en donde se documentó parte del trámite legislativo de la Ley 1220 de 2008, *“Por la cual se aumentan penas para los delitos contra la Salud Pública de que trata el Título XII, Capítulo I del Código Penal”*. De la siguiente manera la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes justificó el aumento de la pena prevista en el artículo 370:

“En cuanto a la propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B, que tipifica el artículo 370, teniendo en cuenta que se trata de enfermedades catastróficas cuya propagación afecta y pone en peligro la vida y la salud de las personas, la pena mínima con el aumento de la Ley 890 llega a los cuatro años, ameritando igualmente su aumento”.

De lo anterior, se puede abstraer que la motivación del legislador de establecer este tipo penal y de aumentar su castigo se debe a dos ideas: por un lado, a la idea de que tanto el VIH como el VHB son enfermedades *“catastróficas”*, y, por otro lado, a la de que su propagación *“afecta y pone en peligro la vida y salud de las personas”*. Teniendo esto en mente, a continuación, compararemos a la población portadora de VIH y/o VHB frente a los grupos mencionados en principio.

En primer lugar, vale la pena analizar si se justifica distinguir y penalizar a las personas que puedan contagiar estos dos virus frente a otros que también pueden ser adquiridos como consecuencia de una ITS y afectan de igual forma la salud pública. En particular, nos vamos a enfocar en dos ITS: la sífilis y el virus del papiloma humano (VPH), pues para cada una existe una prueba. Lo anterior es fundamental, pues el artículo 370 especifica que el delito se configura para *“el que después de haber sido informado de estar infectado”*, por lo que es necesario que el portador del virus tenga conocimiento de su situación de salud.

Con el objetivo de facilitar el acceso al diagnóstico de la infección por VIH y otras ITS, el Ministerio de Salud creó la Resolución 2338 de 2013, donde se establecen las directrices para alcanzar este fin. Teniendo en cuenta que las únicas ITS a las que hace mención explícitamente son el VIH, la hepatitis B y la sífilis, tomaremos a esta última y al virus del VPH como referencia para comparar a la población con VIH y/o VHB.

La sífilis es causada por la bacteria *Treponema pallidum*, que sin tratamiento *“puede tener consecuencias graves como partos prematuros y muerte del recién nacido”*⁶⁶. Además, causa úlceras genitales, por lo que conlleva a mayor riesgo de transmisión y adquisición del VIH⁶⁷. Adicionalmente, afecta la salud pública, pues *“la sífilis gestacional y congénita es un*

⁶⁶ Organización Mundial de la Salud (2007) El uso de las pruebas rápidas para sífilis. Disponible en https://www.who.int/reproductivehealth/publications/rtis/TDR_SDI_06_1/es/

⁶⁷ *Ibíd.*

importante problema (...) que puede precipitar el padecimiento de una condición crónica con consecuencias graves y un alto costo humano, social y económico para los pacientes”⁶⁸.

Con respecto al VPH, este es “*un grupo de virus que puede causar infección en los genitales (incluyendo el cuello uterino), la boca, el ano y la garganta (4). Algunos de estos virus producen verrugas en las zonas afectadas y se conocen como de bajo riesgo, y otros como el VPH 16 y el VPH 18 se consideran de alto riesgo para producir cáncer*”⁶⁹. Al igual que el VIH, VHB y la sífilis, el VPH es considerado en Colombia un problema de salud pública; de hecho, la vacuna contra él es considerada como “*prioridad nacional en salud pública, para reducir la morbilidad y mortalidad por cáncer de cuello uterino*”⁷⁰.

En principio, entonces, el artículo 370 del Código Penal diferencia dos clases de sujetos: población con VIH y/o VHB y población con otra ITS (como la sífilis y el VPH). Esta diferenciación, no obstante, resulta injustificada, pues el artículo aplica únicamente para la primera población y excluye otras ITS para las que también existen pruebas y representan un asunto de salud pública por las graves consecuencias que pueden generar.

En segundo lugar, podemos comparar a las personas portadoras de VIH y/o VHB con las personas portadoras de otros virus no relacionados con ITS que a su vez son relevantes para la salud pública. Teniendo en cuenta que el aumento de las penas del Título XIII, “*De los delitos contra la salud pública*”, se dio en razón del “*peligro que tales conductas representan para la vida y la salud de las personas*”⁷¹, podemos concluir que un factor fundamental para determinar cuáles enfermedades se deben penalizar y cuáles no es la tasa de mortalidad. Por lo anterior, pasamos a analizar la información del Ministerio de Salud al respecto, según la cual:

“La mortalidad por enfermedades transmisibles ha seguido una tendencia al descenso. Las enfermedades respiratorias agudas constituyen la primera causa de muerte dentro del grupo, entre 2005 y 2016 produjeron el 57,8% (9.427) de las defunciones, y sus tasas ajustadas oscilaron entre 16,09 y 20,02 muertes por cada 100.000 habitantes. Por su parte, al VIH (sida) se le atribuyó el 16,0% (2.618) de las muertes por enfermedades transmisibles y constituye la segunda causa de muerte

⁶⁸ Ministerio Nacional de Salud e Instituto Nacional de Salud (2015) Protocolo de vigilancia en salud pública sífilis gestacional y sífilis congénita. Versión 02. P. 2.

⁶⁹ Ministerio de Salud (2014) Guía de Práctica Clínica para la detección y manejo de lesiones precancerosas y manejo de lesiones de cuello uterino. Guía número 44. Disponible en http://gpc.minsalud.gov.co/gpc_sites/Repositorio/Otros_conv/GPC_Cuello_Uterino/LPC_Guia_pacientes_julio_2016.pdf P. 17.

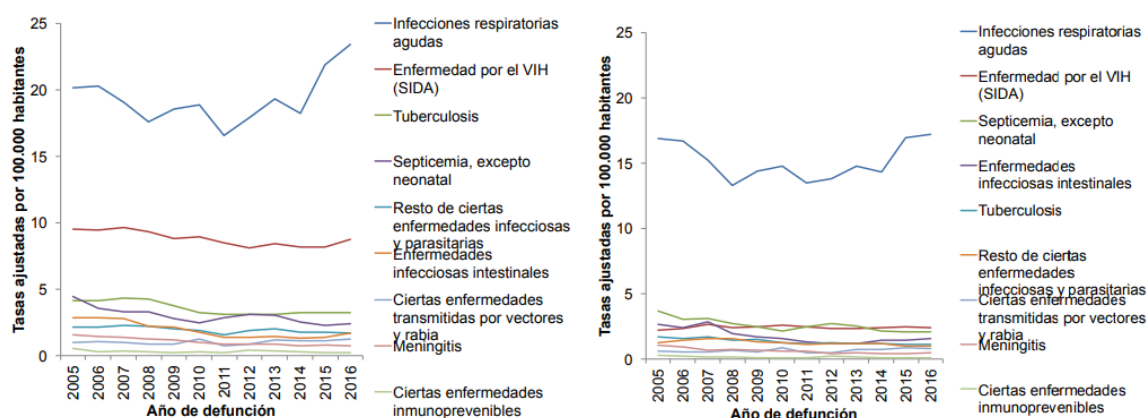
⁷⁰ Ministerio de Salud y Protección Social (2012) Lineamientos técnicos y operativos para la vacunación contra el virus del papiloma humano (VPH). Subdirección de enfermedades trasmisibles. Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/Lineamientos%20VPH.pdf> P. 25.

⁷¹ Cámara de Representantes (2006) Gaceta del Congreso 519.

más frecuente con tasas oscilantes en un rango de 5,10 y 6,03. La frecuencia de mortalidad por subcausas en este grupo es similar entre sexos”⁷².

En el gráfico 1 es posible apreciar que las muertes por infecciones respiratorias agudas (IRA)⁷³ representaron muchas más muertes que el VIH, mientras que la hepatitis B no cuenta con su propia categoría.

Gráfico 1. Mortalidad por enfermedades transmisibles en hombres (izquierda) y mujeres (derecha) 2005-2016.



Fuente: Ministerio de Salud (2018)

Es decir, el artículo 370 diferencia a la población con VIH y/o VHB con la población portadora de un virus no causado por ITS pero relevante para la salud pública. Si tomamos el caso de la IRA, esta diferenciación resulta injustificada, pues el artículo en cuestión aplica solo para la primera población (quienes viven con VIH y/o VHB), a pesar de que la IRA (que es a su vez transmisible) tiene mayores tasas de mortalidad.

En tercer lugar, podemos comparar a las personas portadoras de VIH o VHB con las personas que no portan ningún virus, teniendo en cuenta que ambas poblaciones pueden afectar la salud pública. Supongamos el caso en que una persona no portadora de VIH tiene una jeringa

⁷² Ministerio de Salud (2018) Análisis de Situación de Salud Colombia 2017. Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/asis-nacional-2017.pdf> P. 111

⁷³ “La Infección Respiratoria Aguda (IRA) constituyen un grupo de enfermedades que se producen en el aparato respiratorio, causadas por diferentes microorganismos como virus y bacterias, que comienzan de forma repentina y duran menos de 2 semanas. Es la infección más frecuente en el mundo y representa un importante tema de salud pública en nuestro país.. La mayoría de estas infecciones como el resfriado común son leves, pero dependiendo del estado general de la persona pueden complicarse y llegar a amenazar la vida, como en el caso de las neumonías”. Tomado de Ministerio de Salud (s.f) Infecciones Respiratorias Agudas. Disponible en [https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Infecciones-Respiratorias-Agudas-\(IRA\).aspx](https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Infecciones-Respiratorias-Agudas-(IRA).aspx)

con sangre seropositiva y se la inyecta a otro individuo. En este caso, el efecto práctico sería aquel castigado por el artículo 370, pues estaría realizando “*prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona*”. Sin embargo, el artículo 370 no aplicaría para este individuo, pues incumple con la condición de “*haber sido informado de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de la hepatitis B*”. Por lo tanto, aunque el efecto fuese el mismo (la posibilidad de contagiar a otra persona), las consecuencias penales son distintas para una persona portadora de VIH o hepatitis B que para alguien que no porta ningún virus.

Las tres comparaciones realizadas nos llevan a considerar que el artículo 370 de Código Penal establece una diferenciación injustificada entre las personas portadoras de VIH y/o VHB y otros grupos de sujetos que pueden afectar la salud pública mediante la transmisión de otra ITS, otros virus transmisibles igualmente graves (como IRA), o a través de prácticas o acciones que puedan llevar al contagio de VIH y/o hepatitis B.

3.3 Segundo nivel de análisis del juicio integrado de igualdad: la medida diferenciadora establecida en el artículo 370 de Código Penal contraría el principio de igualdad y no discriminación

Una vez argumentado que el artículo 370 del Código Penal establece una diferenciación injustificada, realizaremos el juicio integrado de igualdad en sentido estricto, toda vez que el estado de salud, y particularmente el estatus serológico, es un criterio sospechoso de discriminación⁷⁴. En la sentencia T-376 de 2013⁷⁵, la Corte fue explícita en establecer el estado seropositivo de una persona como un criterio sospechoso de discriminación:

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

3.3.1 El artículo 370 del Código persigue una finalidad constitucional imperiosa

El artículo 370 del Código Penal se encuentra en el Título XIII, relativo a los delitos contra la salud pública, particularmente en el Capítulo I, ‘*De las afectaciones a la salud pública*’. El bien jurídico “salud pública” es un asunto de interés de todos los estamentos de la sociedad,

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencias T-948 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-376 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

pues de él depende el bienestar general de quienes habitan este país; justamente por su valor, los actos cometidos en su contra son sancionados por el derecho punitivo.

La salud pública, por su importancia en la sostenibilidad de la población nacional, así como de las futuras generaciones, es uno de los tantos derechos colectivos protegidos por la Constitución Política en el Capítulo 4 (*De los derechos colectivos y del ambiente*). Su salvaguardia garantiza el conjunto de condiciones básicas que deben rodear a toda persona para su supervivencia biológica e individual, así como para el normal desempeño y desarrollo integral como miembro de la sociedad. Tal es la relevancia de la salud pública que, de conformidad con el artículo 336 constitucional, una de las finalidades sociales del Estado es “*la solución de las necesidades insatisfechas de salud (...)*”, para alcanzar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

El VIH⁷⁶ como VHB⁷⁷ han sido consideradas por la OMS y por el concierto internacional de naciones como epidemias, ya que están presentes en distintos lugares del mundo, afectan a todas las personas sin distinción alguna (siendo, no obstante, los países en desarrollo los más afectados) y su atención requiere de estrategias y esfuerzos mancomunados entre los Estados. En este sentido, el tratamiento, vigilancia y control de estas enfermedades se convierte en una meta para todos los gobiernos. Por lo anterior, si el objetivo del artículo 370 es hacer frente a la epidemia del VIH y la hepatitis B (las cuales amenazan la salud pública), su finalidad constitucional resulta legítima e imperiosa. Pasaremos ahora a abordar la relación entre el medio (la medida punitiva contemplada en el artículo 370 del Código Penal) con el fin constitucional que busca proteger (la salud pública).

3.3.2 La medida contemplada en el artículo 370 de Código Penal es inadecuada si se quiere alcanzar la finalidad constitucional de proteger la salud pública

Teniendo en cuenta que una de las motivaciones del artículo 370 del Código Penal es “*el peligro que tales conductas representan para la vida y la salud de las personas*”⁷⁸, es importante manifestar que hay dos avances científicos y médicos que deben llevar a reconsiderar si en efecto el VIH pone en riesgo la vida de estas. En palabras del Programa de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA):

“En primer lugar, el tratamiento efectivo del VIH ha reducido de forma significativa las muertes relacionadas con el sida y ha aumentado la esperanza de vida de las personas que viven con el VIH hasta periodos casi normales. En segundo lugar, el tratamiento efectivo del VIH también ha demostrado que reduce de forma

⁷⁶ Con la “Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA”, firmada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2001, se comienza a tratar esta enfermedad como una epidemia mundial, que impone a los Estados compromisos para garantizar la dignidad del ser humano como el efectivo disfrute de sus derechos.

⁷⁷ Sobre la hepatitis como epidemia, ver OMS (2016) Estrategia mundial del sector de la salud contra las hepatitis víricas 2016-2021. Hacia el fin de las hepatitis víricas.

⁷⁸ Cámara de Representantes (2006) Gaceta del congreso 519.

*significativa el riesgo de transmisión del VIH de las personas que viven con el VIH a sus parejas sexuales*⁷⁹.

Es decir, en la actualidad la esperanza de vida de una persona portadora de VIH es prácticamente la misma que la de una persona no portadora de este virus. Además, gracias al TAR, se ha reducido significativamente el riesgo de su transmisión. Los avances científicos también deben llevar a reconsiderar el riesgo del VHB, pues la vacuna contra este virus, protege tanto a los niños y niñas de esta enfermedad, así como a adultos⁸⁰.

Habiendo hecho esta claridad, mostraremos que no hay una relación entre el medio (la medida punitiva) y el fin (proteger la salud pública), pues el artículo 370 no atiende ni asegura la finalidad que en teoría busca. Esta conclusión concuerda con una de las preocupaciones manifestadas por ONUSIDA, que es *“el impacto negativo de la penalización excesiva de las personas que viven con el VIH, que pueden ser acusadas, procesadas y encarceladas aunque no pretendieran causar un daño o no causaran ningún daño significativo”*.

Por un lado, esta medida no castiga el hecho de que un portador de VIH o VHB le transmita el virus a otra persona, sino que *“realice prácticas mediante las cuales pueda contaminar”*. Es decir, se castiga el mero acto de exposición a los virus, sin necesidad de que en efecto se hayan transmitido.

Por otro lado, en el caso hipotético en el que este delito se aplicase solo a quienes propagan el virus, tampoco habría una relación entre el medio y el fin. Al tener en cuenta que el artículo 370 del Código Penal solo aplica para *“el que después de haber sido informado de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de la hepatitis B”*, la conducta delictiva no se configuraría si el portador no tiene conciencia de su estado de salud. Por lo tanto, este tipo penal incentiva a quien pueda haber contraído VIH y/o VHB a no realizarse pruebas sobre su estado de salud, pues, tal como indica ONUSIDA, la penalización tiene *“un impacto negativo en las respuestas al sida a nivel nacional al desanimar a los individuos a someterse a las pruebas del VIH, hablar abiertamente con sus médicos o asesores, o revelar su condición de seropositivos”*⁸¹.

En cambio, el artículo 370 pone en riesgo la salud en dos planos: en el individual y en el público. Frente al primero, el miedo a la sanción penal impide que una persona con riesgo de haber contraído VIH pueda iniciar el TAR para así reducir su carga viral y tener una mejor

⁷⁹ ONUSIDA (2013) Poner fin a la penalización excesiva por la no revelación, exposición y transmisión del VIH: importantes consideraciones científicas, médicas y jurídicas. Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA). P. 9.

⁸⁰ Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades (2018) La hepatitis B y la vacuna que la previene. Disponible en <https://www.cdc.gov/vaccines/parents/diseases/child/hepb-basics-color-sp.pdf> P. 1.

⁸¹ ONUSIDA (2013) Poner fin a la penalización excesiva por la no revelación, exposición y transmisión del VIH: importantes consideraciones científicas, médicas y jurídicas. Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA). P. 12.

calidad de vida. Lo mismo aplica para la hepatitis B, enfermedad para la que también existe un TAR que *“puede ralentizar el avance de la cirrosis, reducir la incidencia de cáncer de hígado y mejorar la supervivencia a largo plazo”*⁸².

Sin embargo, la mayor preocupación está en el plano público. Frente a este ámbito, resulta evidente que el hecho de que las personas tengan desincentivos a realizarse pruebas para conocer si son o no portadoras de estos virus es altamente riesgoso. De hecho, de acuerdo a ONUSIDA, *“el diagnóstico tardío de la infección por el VIH es la barrera más importante para ampliar el tratamiento del VIH”*⁸³, pues los portadores de VIH y VHB pueden modificar su comportamiento para reducir la probabilidad de contagio. Por ejemplo, en el caso de VIH, se ha confirmado que cuando un individuo portador del virus realiza un TAR eficaz, el riesgo de que le transmita el virus a su pareja sexual no portadora se reduce en un 96%⁸⁴. Frente al VHB, la pareja sexual puede vacunarse contra este virus. Además, tanto para el VIH como para el VHB, el uso correcto de preservativos de manera sistemática reduce el riesgo de transmisión sexual en al menos un 85%⁸⁵.

Adicionalmente, el riesgo de infección por VIH a través de distintos actos sexuales es bastante menor a lo que se cree (tabla 1). *“Por ejemplo, el riesgo de infección por el VIH por acto sexual para una mujer que mantiene relaciones vaginales sin protección con un hombre seropositivo no tratado — una circunstancia que se considera que constituye un mayor riesgo de infección por el VIH— se calcula de 1 entre 1.250 (0,08 %)”*⁸⁶. El hecho de que un portador de VIH sea informado de su estatus serológico y utilice preservativos para reducir el riesgo de contagio, lleva entonces a que este sea casi inexistente.

En cambio, si el portador no “es informado de estar infectado” puede continuar una vida sexual sin protección y sin el TAR, lo cual pone en riesgo la salud de su pareja sexual y a su vez de las futuras parejas sexuales de las mismas, posibilitando la propagación de los virus y poniendo así en riesgo la salud pública.

Tabla 1. Cálculo del riesgo de infección por VIH por acto sexual derivado de diferentes actos sexuales

⁸² Organización Mundial de la Salud (2018) Hepatitis B. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hepatitis-b>

⁸³ ONUSIDA (2015) Acción acelerada para acabar con el sida. Estrategia ONUSIDA 2016-2021. P. 14.

⁸⁴ Organización Mundial de la Salud (2018) VIH/Sida. Datos y cifras. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ ONUSIDA (2013) Poner fin a la penalización excesiva por la no revelación, exposición y transmisión del VIH: importantes consideraciones científicas, médicas y jurídicas. Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA). P. 16.

NATURALEZA DEL ACTO SEXUAL

Riesgo de infección por el VIH por acto sexual (para detalles sobre los intervalos de confianza y otras consideraciones, consultar las fuentes)

Mujer que mantiene relaciones vaginales sin protección con un hombre seropositivo no tratado	0,08 % (1 entre 1.250) ⁴⁷
Hombre que practica el coito vaginal sin protección con una mujer seropositiva no tratada	0,04 % (1 entre 2.500) ⁴⁸
Coito anal sin protección con una pareja activa seropositiva no tratada (riesgo para la pareja pasiva)	0,82 % (1 entre 122) ⁴⁹
Coito anal sin protección con una pareja pasiva seropositiva no tratada (riesgo para la pareja activa)	0,06 % (1 entre 1666) ⁵⁰
Relaciones sexuales sin protección entre parejas heterosexuales discordantes en las que la pareja seropositiva recibe tratamiento antirretrovírico con una carga vírica inferior a 400 copias/ml	0,013 % (1 entre 7900) ⁵¹
Sexo oral (contacto orogenital)	De 0 a 0,04 % ⁵²
Relación sexual con penetración con preservativo	Reducción adicional del 80 % del riesgo de transmisión del VIH ⁵³

Fuente: ONUSIDA (2013)

En conclusión, tenemos dos niveles de análisis. En primer lugar, podemos plantear que la relación medio-fin es inexistente, pues se está castigando un acto sin que en efecto se haya propagado alguno de estos dos virus y se amenace la salud pública. Dicho de otro modo, se está penalizando la vida sexual del portador, aunque tome medidas de prevención que reduzcan el riesgo prácticamente a cero. En segundo lugar, es posible afirmar que la relación medio-fin lleva a un efecto perverso, toda vez que promueve el desconocimiento del estado de salud de las personas. Ante esta ignorancia, los TAR no pueden iniciarse y por lo tanto no se tendría un control de la enfermedad, sino que se aumentaría la posibilidad de contagio. Además, bajo el desconocimiento, las personas portadoras pueden no modificar su comportamiento (por ejemplo, para usar preservativos o para que la pareja sexual se vacune contra el VHB) y por ende no se reduce al máximo el riesgo de contagio de las ITS.

Vale resaltar que a estas conclusiones llegó Anand Grover, Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en su informe sobre criminalización de conductas relacionadas con la salud sexual del año 2010. En sus palabras, la penalización de la transmisión del VIH “*no contribuye a lograr los objetivos de salud pública de las sanciones legales. Peor aún, los socava, lo mismo que socava la realización del derecho a la salud*”. El Relator Grover criticó este tipo de delitos porque no tienen efectos en cambiar significativamente el comportamiento de las personas sobre el VIH, traslada la responsabilidad de la prevención de la enfermedad a los seropositivos y se constituye en una barrera para los exámenes médicos y en general para acceder a los servicios de salud. En su informe, detalla también que esta norma tiene un efecto desproporcionado en comunidades vulnerables por su condición económica y social y que afecta de manera especial a la comunidad LGBTI y a las mujeres. Finalmente, concluye que la penalización refuerza el estigma y la discriminación contra las personas que viven con

VIH porque “*puede afianzar el prejuicio de que los seropositivos son inmorales e irresponsables, reforzando aún más el estigma. Los seropositivos pueden, a su vez, internalizar las reacciones negativas de los demás. Esta autoestigmatización afecta al sentimiento de orgullo o dignidad de la persona y puede conducir a la depresión y al retraimiento autoimpuesto, trabando el acceso al tratamiento y otras medidas*”⁸⁷.

3.3.3 El tipo previsto en el artículo 370 del Código Penal es innecesario pues existen medios menos lesivos y con mayor eficacia para alcanzar el fin propuesto

En esta subsección analizaremos si contemplar un tipo penal exclusivo para personas portadoras de VIH y hepatitis B, que estén conscientes de su situación y realicen prácticas mediante las cuales puedan “contaminar” a otras, es el mejor medio para alcanzar el fin de proteger la salud pública.

Antes de adentrarnos en el análisis, vale la pena reiterar que, como mostramos en la sección 3.3.2, esta penalización no promueve los mecanismos de prevención que existen para tomar medidas frente a estos virus; y, por el contrario, incentivan a las personas a no realizarse pruebas, evitando conocer si son o no portadoras de los virus y demorando el inicio de los respectivos tratamientos.

Ahora bien, en caso de que la Corte Constitucional considere como una medida adecuada el artículo 370 del Código Penal, existen distintos mecanismos para evitar la propagación del VIH y del VHB, por lo cual la sanción penal resulta innecesaria. En el caso de la hepatitis B, la vacuna contra la hepatitis B es el principal pilar de la prevención de esa enfermedad. La OMS recomienda que “*se administre a todos los lactantes lo antes posible tras el nacimiento, preferentemente en las primeras 24 horas. La baja incidencia actual de infección crónica por el VHB en menores de 5 años es atribuible al uso generalizado de la vacuna contra la hepatitis B*”⁸⁸.

Si bien existe la vacuna contra la hepatitis B, no toda la población colombiana accede a la misma, pues, según datos del Ministerio de Salud, en el 2010 la cobertura era del 88%⁸⁹. Es decir, que aún hay población que puede ser portadora del virus. Por lo tanto, es fundamental que se promueva la detección temprana del virus para poder darles un manejo en el momento correcto y así prevenir su propagación. En el caso del VHB, por ejemplo, la pareja sexual puede vacunarse contra el virus.

⁸⁷ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover al Consejo de Derechos Humanos. 14º período de sesiones.. A/HRC/14/20. 27 de abril de 2010. Párrafos del 51 al 75. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/131/21/PDF/G1013121.pdf?OpenElement>

⁸⁸ Organización Mundial de la Salud (2018) Hepatitis B. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hepatitis-b>

⁸⁹ Ministerio de Salud (2012) Programa Ampliado de Vacunación. Disponible en [https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones\(PAI\).aspx](https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones(PAI).aspx)

Por otro lado, frente al VIH, de acuerdo al Ministerio de Salud, “entre las estrategias de intervención que han demostrado ser eficaces para su control es básica la búsqueda, detección, el manejo precoz y eficaz de los casos, al permitir no solo la prevención secundaria a nivel individual, sino también la prevención primaria a nivel colectivo”⁹⁰. Asimismo, el Ministerio de Salud ha manifestado que “el diagnóstico oportuno de la infección por VIH es considerado como una acción de promoción y prevención en salud pública, que favorece no sólo a los individuos que viven con VIH-SIDA, sino que permite adelantar acciones preventivas dirigidas a la población en general”⁹¹.

La prevención del VIH a través de la promoción de las pruebas es el medio recomendado por el Ministerio de Salud y por la Organización Mundial de la Salud para hacer frente a esta enfermedad, pues “enterarse a tiempo de que se es seropositivo maximiza las oportunidades de que los infectados por el VIH tengan acceso al tratamiento, lo que a su vez disminuye en gran medida la morbilidad y la mortalidad vinculadas con dicha infección y evita que la madre transmita el virus al hijo”⁹². Esta misma lógica aplica también para los portadores de la hepatitis B, quienes pueden acceder asimismo a un tratamiento antiviral.

En el caso colombiano, las pruebas de VIH y hepatitis B son un medio que ya está al alcance de toda la población, pues se incluyen dentro del Plan Obligatorio de Salud⁹³. Así entonces, existe un medio distinto a la criminalización de las personas portadoras de estos virus, que consiste en la prevención de su propagación a través de pruebas tempranas y que, como lo han manifestado el Ministerio de Salud y la OMS, resultan más efectivos al momento de atender estas patologías.

Aun así, si el Estado contempla necesario castigar a quién pueda contagiar una epidemia como VIH y/o VHB, el artículo 369 del Código Penal establece una sanción general para este tipo de conductas el cual podría aplicar en caso que una persona de manera dolosa propague estas dos epidemias:

Artículo 369. Propagación de epidemia. El que propague epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

En conclusión, la criminalización de las personas con VIH o VHB no cumple el requisito de necesidad, pues existen otros medios menos lesivos y más efectivos por los cuales se puede prevenir la propagación de estos virus. En el caso del VHB, el mejor vehículo es la vacuna; mientras que para el VIH como para el VHB, es fundamental el diagnóstico oportuno que

⁹⁰ Ministerio de Salud (s.f) Guía de atención de enfermedades de transmisión sexual. Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/24Atencion%20de%20las%20ETS.PDF> P. 4.

⁹¹ Ministerio de Salud (2013) Resolución 2338 de 2013. P. 2.

⁹² OMS (2012) Documento Normativo sobre las pruebas del VIH y la orientación: la OMS y el ONUSIDA reiteran su posición a las pruebas obligatorias del VIH. Disponible en https://www.who.int/hiv/events/2012/world_aids_day/hiv_testing_counselling/es/

⁹³ Ministerio de Salud (2018) Resolución 5857. P. 156.

permita iniciar un tratamiento y modificar el comportamiento de los portadores para reducir el riesgo de contagio. Incluso, si se considera necesario establecer una pena para este tipo de conductas, el artículo 369 del Código Penal ya contempla una sanción general para quien propague cualquier tipo de epidemia.

3.3.4 La medida contemplada en el artículo 370 del Código Penal es desproporcionada ya que son mayores los costos que los beneficios constitucionales que se obtienen de su aplicación

Si bien el artículo 370 del Código Penal persigue una finalidad constitucional legítima e imperiosa, como es la protección de la salud pública ante epidemias, tal como se ha expuesto en este juicio son mayores los daños que los beneficios a luz de la Constitución. Luego, en caso incluso de que la Corte considere esta medida como necesaria, esta resulta desproporcionada por contrariar el principio de igualdad y afectar otros derechos de rango superior.

En primer lugar, en la medida objeto de análisis se castiga a quien exponga a otra persona al virus, y no efectivamente la transmisión del VIH o el VHB. Es decir, se está punibilizando actos que no necesariamente amenazan la salud pública como bien jurídico de interés general. Esto, pues el tratamiento adecuado y oportuno con antirretrovirales, en el caso del VIH, y la vacuna, en el caso del VHB, reducen casi a cero la posibilidad de contagio de estas enfermedades. Además, la medida punitiva no considera el consentimiento de las parejas sexuales, quienes, a sabiendas de que alguno es portador de estas enfermedades, pueden llevar una vida sexual sin amenaza de contagio teniendo ciertas precauciones y tratamiento oportuno.

No sobra resaltar que la intervención penal es, de conformidad con el principio de mínima intervención, de *carácter subsidiario, fragmentario y ultima ratio*. Es decir, el derecho a castigar, o *ius puniendi*, debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado⁹⁴. Esta situación no se presenta en este caso, pues, como se ha expuesto, el tratamiento y la vacuna son herramientas idóneas y eficaces para combatir la epidemia de VIH y VHB, y están al alcance de la población colombiana.

En segundo lugar, el artículo 370 no promueve conductas responsables en materia de salud, sino que evita que las personas acudan a atención médica con el fin de conocer su estatus serológico. Lo anterior debido a que el delito se configura si la persona ha sido informada de ser portadora de alguno de los dos virus. Así, por ejemplo, si un individuo con conductas sexuales riesgosas (como tener sexo sin condón) quiere evitar la comisión de este delito, simplemente no acude al médico para así desconocer el estado de su salud. Esta situación,

⁹⁴ Sobre el principio de necesidad de la intervención penal, que establece que esta debe ser de carácter subsidiario, fragmentario y ultima ratio, ver Corte Constitucional sentencias C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo y C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y C-387 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

además, elude romper el tabú sobre las ITS y hacer frente a la sanción social que sobre ellas se ha construido.

Lo dicho en el párrafo anterior no significa que la transmisión del VIH o la hepatitis B sea menor cosa; desde luego, se tratan de epidemias que deben ser atendidas de manera integral por parte del Estado. Sin embargo, si se contempla la necesidad de castigar penalmente a quienes de manera dolosa transmitan esta clase de enfermedades, el artículo 369 del Código Penal⁹⁵ ya establece una sanción para quien incurra en dicha conducta. Además, la gramática de esta norma tiene carácter general, pues se refiere a epidemias, y no resulta discriminatoria. La existencia del artículo 370 demuestra a su vez la falta de técnica legislativa, pues de su aplicación se puede presentar un concurso aparente entre el delito allí contemplado y el artículo 369, situación que puede ser remediada al declarar la inconstitucionalidad de la norma aquí demandada.

Esto nos lleva, en tercer lugar, a considerar la diferenciación contemplada en el artículo 370 como injustificada y discriminatoria, ya que está castigando a quienes portan cierto tipo de virus que resultan tan graves como otros que no se encuentran penalizados de manera singular. Por ejemplo, ningún tipo penal castiga a quien, una vez informado, pueda transmitir sífilis o VPH, los cuales pueden tener igualmente consecuencias desastrosas para la vida individual y la salud pública. La sospecha de ser una medida discriminatoria obedece también al estigma que ha pesado sobre estos virus y las personas que los padecen. No se debe olvidar que durante largo tiempo quienes portaban estas enfermedades eran considerados una “amenaza para la sociedad” y, por lo tanto, víctimas de rechazo y discriminación.

Como se señaló en las partes 1.3 y 3.2 de esta intervención, los motivos que han generado pánico sobre el VIH y la hepatitis B, así como el rechazo de quienes con ellos viven, obedecen, entre otras cosas, a las consecuencias “catastróficas” que estas enfermedades tienen sobre la vida y la salud de las personas. No obstante, en este caso, la sanción penal no solo obvia los avances médicos con los que actualmente se cuentan para evitar exitosamente la propagación y muerte por estos virus, sino también el principio de igualdad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal. Según este principio, la facultad de establecer medidas punitivas debe estar basada “*en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, entre otros*”⁹⁶. En el caso del artículo 370 esta condición no se cumple por dos motivos: por un lado, porque existen otros virus (incluyendo otras ITS) que son también graves para la salud pública y no son censurados de igual forma por el derecho penal; y, por otro lado, porque otras medidas

⁹⁵ Código Penal, artículo 369: “El que propague epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años”.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencias C-328 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-317 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

(como la vacuna y el diagnóstico y tratamiento oportuno de las enfermedades) evitan eficazmente las afectaciones a la salud pública a raíz del contagio de VIH y/o VHB.

4. PETICIÓN

Atendiendo a lo expuesto en las páginas anteriores, y una vez sometido el artículo 370 del Código Penal al juicio integrado de igualdad, **le solicitamos a la honorable Corte Constitucional declarar su inconstitucionalidad por contrariar el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución.** Este tipo penal no tiene ninguna justificación constitucional ni científica y su existencia refleja un pánico social irracional que solamente contribuye al estigma que existe contra las personas que viven con VIH y VHB. Además, esta norma es una barrera discriminatoria e inútil que dificulta la prevención y atención de estas enfermedades. En todo caso, reiteramos que la propagación del VIH y VHB que se haga de manera intencional y dolosa podría ser penalizado por el tipo penal de propagación de epidemia y otros delitos existentes en el Código Penal.

Para notificaciones: se puede notificar a los ciudadanos firmantes en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), en la calle 35 No. 24-31 (Bogotá, Colombia), y a los correos electrónicos malbarracin@dejusticia.org y jdmedina@dejusticia.org.

Cordialmente,

Mauricio Albarracín Caballero
Director de Litigio
Dejusticia

Marcela Sánchez Buitrago
Directora Ejecutiva
Colombia Diversa

Diana Rodríguez Franco
Subdirectora
Dejusticia

Jesús David Medina Carreño
Investigador
Dejusticia

Jaime Ardila Salcedo
Estudiante de doctorado
McMaster University

Valentina Rozo Ángel
Investigadora
Dejusticia