

Sentencia C-248/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

SALUBRIDAD O SALUD PUBLICA-Definición

La salud pública es entonces un desarrollo directo del derecho a la salud que prevé el artículo 49 superior. Esto, en tanto incorpora un servicio público a cargo del Estado, encaminado a proteger la salud de los integrantes de la sociedad desde una perspectiva integral que asume los desafíos que presenta la necesidad de garantizar la salud colectiva como medio para garantizar la salud individual de las personas.

DERECHO A LA SALUD-Servicio público esencial a cargo del Estado

SALUBRIDAD O SALUD PUBLICA-Protección penal

Dentro de los esfuerzos estatales encaminados a garantizar el derecho a la salud a través de la estructuración de una política de salud pública, el derecho penal ocupa un lugar particular. Tal situación se ha visto históricamente reflejada en la consagración de diversos tipos penales dirigidos a castigar diferentes conductas que atentan contra la salubridad pública.

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

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

DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACION DE ENFERMOS DE VIH/SIDA-Tienen derecho a recibir trato especial y favorable por todas las autoridades públicas y un comportamiento solidario por parte de los demás miembros de la sociedad

PROHIBICION DE DISCRIMINACION A PORTADORES DE VIH O ENFERMOS DE SIDA-Jurisprudencia constitucional

[S]in perjuicio de que un alto porcentaje de las sentencias que la Corte ha proferido sobre la discriminación que se ejerce sobre la población que padece del VIH refiera a casos en donde la segregación correspondiente se verifique en escenarios en donde se vulneran los derechos al trabajo, la salud, la educación y/o a la seguridad social, lo cierto es que tales manifestaciones de discriminación no abarcan el universo de discriminaciones que reprocha la jurisprudencia. (...) Por ello, al margen de que la Corte se haya referido a casos concretos en donde las personas que sufren de VIH se hayan visto sometidas a un tratamiento oprobioso en desarrollo de sus relaciones laborales o en relación con sus derechos a la educación, salud y/o la seguridad social, el criterio central en que se apoya tal jurisprudencia es general y se encuentra dirigido a erradicar cualquier tipo de segregación de dicha población por razón de su condición patológica; todo ello con arreglo a lo previsto en los distintos instrumentos de derecho internacional suscritos por Colombia y que son vinculantes con arreglo a lo previsto por el artículo 93 superior.

PROHIBICION DE DISCRIMINACION A PORTADORES DE VHB-Jurisprudencia constitucional

ENFERMO DE VIH-SIDA Y VIRUS DE HEPATITIS B (VHB)-Tratamiento

En fin, con lo expuesto en el presente numeral para la Corte es claro que los avances de la ciencia en torno al tratamiento y cura del VIH y del VHB permiten alejarse de la noción de enfermedades catastróficas que el Legislativo acogió cuando incrementó las penas originalmente previstas por el artículo 370 de la Ley 599 de 2000.

TRANSMISION DEL VIH-SIDA-Jurisprudencia comparada

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-
Condiciones para su estructuración

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD EN NORMAS PENALES-Jurisprudencia constitucional

TEST Estricto de IGUALDAD-Fundamento

JUICIO DE IGUALDAD-Criterio de razonabilidad y requisito de proporcionalidad

BANCOS DE SANGRE-Exigencia de realizar pruebas obligatorias de VIH a cada una de las muestras que extraen

DERECHO A LA SALUD-Legislación aplicable para la donación y trasplante de órganos

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Limitaciones impuestas por los derechos de los demás

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Jurisprudencia constitucional

RESTRICCION DE LOS DERECHOS SEXUALES COMO UNA FORMA DE SANCION-Una medida que limite el disfrute y desarrollo de los derechos sexuales de una persona es, a todas luces, contraria a los postulados constitucionales

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Vulneración

Referencia: Expediente D-12883

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 370 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

Actor: Felipe Chica Duque

Magistrada sustanciadora:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D. C., cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Felipe Chica Duque demandó el artículo 370 del Código Penal (Ley 599 de 2000) por considerar que viola los artículos 13 y 16 de la Constitución Política. Mediante Auto del diecisiete (17) de septiembre de 2018, la magistrada sustanciadora inadmitió la demanda y le otorgó al demandante el

término de ley para que la corrigiera de acuerdo con las consideraciones de dicho auto. El ciudadano actor presentó entonces nuevo escrito en el que manifestó corregir la demanda inicialmente presentada; escrito éste que, por considerarse que subsanaba adecuadamente el cargo por violación al artículo 13 de la Carta Política sin que lo hiciera respecto del cargo por violación al artículo 16 ibidem, dio lugar a que mediante Auto del ocho (8) de octubre de 2018, la magistrada sustanciadora admitiera la demanda en su primer cargo (CP, art. 13) pero la rechazara en cuanto al segundo (CP, art. 16). Dentro del término de ley el demandante presentó recurso de súplica ante la Sala Plena solicitando la admisión del cargo rechazado, lo que fue acogido por la Corte mediante Auto 739 del catorce (14) de noviembre de 2018. En obediencia a esta última providencia la magistrada ponente procedió a admitir los dos cargos presentados en la demanda. Así, a través de Auto del diez (10) de diciembre de 2018, la Corte admitió la acción en sus cargos por violación a los artículos 13 y 16 de la Carta Política. Luego de los trámites de rigor, la demanda fue fijada en la Secretaría General de la Corte para permitir la participación ciudadana.

Presentaron escritos de intervención varios ciudadanos vinculados a distintas entidades, a saber: (i) la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia; (ii) el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia-, Colombia Diversa y el ciudadano Jaime Ardila; (iii) el Grupo de Investigación “Educación Médica y en Ciencias de la Salud” de la Escuela de Medicina y Ciencias de Salud y el Grupo de Investigación en “Derechos Humanos” de la Universidad del Rosario; (iv) el Ministerio de Salud y de Protección Social; (v) la Red Mexicana de Organizaciones contra la Criminalización del VIH; (vi) el Grupo de “Acciones Públicas” de la Universidad del Rosario; (vii) el Ministerio de Justicia y del Derecho; (viii) la Liga Colombiana de Lucha contra el Sida; (ix) la Corporación Red Somos; y (x) la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá. El Procurador General de la Nación también emitió el concepto de su competencia.

II. NORMA DEMANDADA

El texto del artículo 370 de la Ley 599 de 2000 acusado es el que se transcribe a continuación:

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

“Por la cual se expide el Código Penal”.

El Congreso de Colombia

DECRETA

“(…)

TÍTULO XIII

DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

CAPÍTULO I

DE LAS AFECTACIONES A LA SALUD PÚBLICA

ARTÍCULO 370. Propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B. Modificado por el art. 3, Ley 1220 de 2008. 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.

(...)”

III. LA DEMANDA

1. El cargo por violación al artículo 16 de la Constitución

La demanda comenzó por acusar la violación del artículo 16 de la Constitución, relativo al libre desarrollo de la personalidad, en la faceta que atañe con el derecho al disfrute y goce pleno de la sexualidad. Como primer fundamento de tal acusación el demandante adujo que “el hecho de tipificar que una persona con VIH o hepatitis B tenga relaciones sexuales limita el [derecho atrás mencionado]” al punto de que, en vía de ejemplo, “si una persona conscientemente quisiera tener relaciones sexuales con otra persona que estuviera

infectado (sic) por alguno de estos dos virus, el portador cometería un delito”, incluso si se “[tomaran] medidas preventivas como el uso de preservativos o [de] medicamentos que hoy hacen muy improbable la transmisión de enfermedades”.

Posteriormente el actor sostuvo que, si bien puede ser que la norma acusada propenda por la protección del derecho colectivo a la salud pública, la defensa de tal derecho no podría conseguirse a costa de que a un grupo de personas se le negara la vivencia de su sexualidad pues, además de ineficaz, tal restricción resultaría desproporcionada. En este orden, el actor finalizó indicando que “la vulneración real al derecho a la salud de otra persona sucede cuando esa persona es contagiada por una enfermedad (en este caso de transmisión sexual) y NO cuando hubo una relación consensual en donde una de las partes padecía de una enfermedad, pero tomó precauciones para evitar el contagio, que de hecho, no ocurrió. Esto es obvio, porque si la otra persona no contrajo ninguna enfermedad como consecuencia de la relación sexual, su salud no se vio afectada como tampoco puede verse afectada la salud pública, pues de esto no surgió un nuevo portador que pueda, en potencia, contagiar a más personas”

Seguidamente, el actor denunció la violación del artículo 13 superior. En tal sentido en la demanda se argumentó que la norma atacada resulta discriminatoria pues “singulariza dos enfermedades (VIH y hepatitis B) y penaliza (...) que los miembros que padezcan de una de estas enfermedades realicen actividades que para el resto de las personas, incluidas aquellas que tienen otras enfermedades de transmisión sexual (...), no están prohibidas”. También denunció que el tratamiento particular de las enfermedades señaladas en la norma es arbitrario al no existir razón válida para efectuar una diferenciación de trato; diferenciación esta que ilustró más adelante señalando que enfermedades distintas a las que contempla la norma acusada son análogamente transmisibles pero que sus portadores, a diferencia de los que padecen de aquellas que contempla el artículo 370 de la Ley 599 de 2000, sí pueden “tener relaciones sexuales, donar sangres, semen, órganos u otros componentes anatómicos o, en general, cualquier otra práctica que pueda llevar a la transmisión de estas enfermedades”.

La demanda continuó señalando que el trato diferenciado que prevé la norma atacada para personas que padecen de VIH y/o de Hepatitis B no es proporcional pues no supera el test estricto de razonabilidad que resulta aplicable cuando, por una parte, la norma afecta a un

grupo de personas que ha sido históricamente discriminado y, por otro lado, están en juego derechos fundamentales como la igualdad, el derecho a no ser discriminado, el libre desarrollo de la personalidad y el libre desarrollo de la libertad sexual. Para demostrar tal afirmación el actor adujo que la norma no es idónea ni necesaria para proteger la salud pública, no es necesaria para evitar la transmisión de las enfermedades que particulariza y tampoco es proporcional pues afecta los derechos de las personas que las sufren. En desarrollo de su argumentación, el actor explicó las diferencias que existen entre las enfermedades que la norma particulariza entre sí, así como entre estas y otras de transmisión sexual, concluyendo que “pese a que hay otras situaciones idénticas, el legislador estableció un tratamiento arbitrario para las personas que sufren de VIH o Hepatitis B”.

Finalmente, citando documentos científicos y sociales internacionales, el actor se manifestó sobre la ausencia de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la norma a efectos de proteger la salud pública. Además, sostuvo que las directrices y recomendaciones de la comunidad internacional que la Corte ha acogido en tratándose de VIH/Sida en materia laboral deben extenderse al ámbito del derecho penal.

IV. INTERVENCIONES

1. Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia

Mediante su decano, Juan Pablo Escobar Vasco, la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia inició su intervención manifestando que la historia demuestra que los intentos sociales de penalizar a los individuos que padecen de enfermedades infecciosas como el VIH/Sida o la Hepatitis B han resultado en medidas inefectivas y que generan más daños que beneficios.

A continuación, se indicó que medidas como la demandada han sido varias veces tomadas “en momentos de crisis frente al aumento de casos de una enfermedad, bien sea cuando se trata de una enfermedad emergente o reemergente que no se conoce bien o cuando no se cuenta con los medios para diagnosticar y tratar a las personas que las padecen y de esta manera interrumpir la transmisión de las mismas”; intención ésta última que se censura tras señalar que la transmisión de una enfermedad infecciosa es un asunto complejo que impide atribuir toda la responsabilidad al individuo que se enferma pues “(e)xisten

determinantes sociales que condicionan y aumentan las posibilidades que tiene el individuo de adquirir la enfermedad”.

El decano de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia prosiguió señalando que la obra “The Social Epidemiology of Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immunodeficiency Syndrome” de Poundstone y colaboradores propone “un modelo multinivel para explicar e intervenir en la transmisión del VIH, donde intervienen factores estructurales, sociales e individuales”. Finalmente se manifestó que el desarrollo de la medicina en los últimos tiempos ha logrado el tratamiento del VIH a través de la terapia antirretroviral, así como el control de la Hepatitis B mediante la vacunación, por lo que aduce que el manejo de tales enfermedades debe ser motivo de revisión y actualización periódica.

2. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia-, Colombia Diversa y Jaime Ardila

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia, por medio de los ciudadanos Diana Rodríguez Franco, Mauricio Albarracín Caballero, Valentina Roza Ángel y Jesús David Medina Carreño; la organización Colombia Diversa, a través de la ciudadana Marcela Sánchez Buitrago, y el señor Jaime Ardila en su condición de medico salubrista candidato a doctorado en salud pública, solicitan que se declare la inconstitucionalidad del artículo 370 de la Ley 599 de 2000 por vulnerar el artículo 13 de la Carta Política.

En lo fundamental, en la intervención se explica por qué la norma acusada no supera el test integrado de igualdad que ha diseñado la jurisprudencia de la Corte “para aquellos casos en donde aparentemente se desconoce el principio de igualdad, o se someten a discusión medidas contra personas que se encuentran en posición de debilidad manifiesta, hacen parte de un criterio sospechoso de discriminación o pertenecen a un grupo marginado o excluido”.

En el anterior orden, los intervinientes primero se refieren a la discriminación de que han sido objeto las personas que han contraído el VIH y/o la Hepatitis B. También explican cómo los avances científicos en tratándose de dichas enfermedades[1] se erigen como un factor que impide discriminar tal grupo poblacional. Posteriormente hacen una recapitulación jurisprudencial en torno a las providencias de la Corte en donde se ha identificado a las

personas que sufren de las enfermedades mencionadas como un grupo poblacional en situación de debilidad manifiesta, sujeto de especial protección constitucional. Finalmente pasan a efectuar un test integrado de igualdad estricto y, como resultado de dicho test, concluyen que aunque la norma persigue una finalidad constitucional imperiosa esta no resultaría ni adecuada ni necesaria para lograr los fines por ella perseguidos y, en todo caso, también sería desproporcionada.

3. Grupo de Investigación “Educación Médica y en Ciencias de la Salud” de la Escuela de Medicina y Ciencias de Salud y Grupo de Investigación en “Derechos Humanos” de la Universidad del Rosario

Como integrantes del Grupo de Investigación “Educación Médica y en Ciencias de la Salud” de la Escuela de Medicina y Ciencias de Salud de la Universidad del Rosario y del Grupo de Investigación en “Derechos Humanos” de esa misma universidad, las ciudadanas Ana Isabel Gómez Córdoba y Diana Rocío Bernal Camargo, respectivamente, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la norma acusada, por considerarla violatoria de los artículos 13 y 16 de la Constitución Política.

Respecto de la violación al artículo 13 superior, las intervinientes aducen la condición de sujetos de especial protección que se predica respecto de las personas que padecen de VIH y/o Hepatitis B dada su vulnerabilidad. Manifiestan que dichas personas son víctimas de un estigma que se manifiesta a través de una discriminación que deriva en su exclusión o marginación y en la consecuente negación de sus derechos. Indican que “(a) la fecha más de 89 países han derogado leyes que penalizan el VIH y, en cambio, han promulgado leyes que promueven los derechos reproductivos, la educación sexual y los derechos humanos de las personas que viven o están en riesgo de adquirir el VIH”. Se refieren también a la ausencia de proporcionalidad y de necesidad que caracteriza a la norma impugnada; al impacto de los distintos avances científicos en el mejoramiento de las condiciones de vida de quienes padecen al VIH y la prevención de su transmisión cuando se cuenta con un adecuado tratamiento antirretroviral que reduzca la carga viral hasta niveles indetectables; y a que la norma es contraria a la política pública que promueve el autocuidado y la información que permite el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos por parte del grupo poblacional que viven con el VIH.

En torno a la vulneración del artículo 16 constitucional, las intervinientes señalan que los límites al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad “se escenifican cuando hay un riesgo definido e inminente o no existe (sic) otras formas de prevenir el daño”. Aducen, además, que en tratándose de los derechos sexuales y reproductivos, las personas tienen “la posibilidad de optar por el autocuidado pero que no están obligadas a tomar pruebas diagnósticas o estar informadas”, todo ello sin perjuicio de que existan ciertas circunstancias que ameritarían el reproche punitivo como en aquellas circunstancias en que quien es consciente de su estado viral, realiza donaciones de órganos o cuando existe la intención de hacer daño.

4. Ministerio de Salud y Protección Social

Como apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social, la ciudadana Marcela Ramírez Sepúlveda comienza su intervención cuestionando que el actor pretenda la eliminación total de la norma impugnada cuando no presenta argumentos suficientes contra la donación de sangre, semen, órganos o componentes anatómicos por parte de quienes conocen sobre su estado viral positivo en VIH y/o Hepatitis B.

Seguidamente la intervención del Ministerio señala que los cargos de la demanda “enseñan es que el actor pretende resolver por vía de la acción de inconstitucionalidad, los problemas que en su particular criterio podrían suscitarse al aplicar la norma acusada por parte del Juez Penal, situación que no resulta jurídicamente admisible”.

El Ministerio además defiende la exequibilidad de la norma demandada tras argumentar que los sujetos pasivos de norma pueden sostener relaciones sexuales sin que de estas tenga que contaminarse a otra persona o se le ponga en peligro de contagio. Así, considera que la norma lo que realmente pretende es impedir que los sujetos portadores del VIH y/o del Hepatitis B propaguen tales virus de modo doloso “cuando en la práctica, perfectamente pueden evitar dicha propagación observando comportamientos de cuidado o prevención”, como el uso del preservativo o el consentimiento informado de su pareja.

Finalmente, la intervención defiende que el amplio margen de apreciación que tiene el legislador en materia penal lo faculta para consagrar una norma como la demandada habida cuenta de “las consecuencias nefastas para la Salud Pública y el costo altísimo para el Estado” que tiene la propagación del VIH y/o el Hepatitis B.

5. Red Mexicana de Organizaciones contra la Criminalización del VIH

Luego de hacer referencia al proceso dentro del cual la Suprema Corte de Justicia de México declaró la inconstitucionalidad de una norma que penalizaba el contagio doloso de algunas enfermedades de transmisión sexual como el VIH, los representantes de la Red Mexicana de Organizaciones contra la Criminalización del VIH sostienen que la norma objeto de la demanda de la referencia debe ser derogada puesto que vulnera los derechos humanos de la población que padece de VIH.

6. Universidad del Rosario – Grupo de Acciones Públicas y Germán Humberto Rincón Perfetti

En su condición de miembros del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, los ciudadanos Paola Marcela Iregui, María Paula Angarita Escobar, Rossi Daniela Cruz Ardila, Santiago Garzón Amaya, Esteban Guerrero Álvarez y Angy Viviana Higuera Toledo, y el ciudadano German Humberto Rincón Perfetti, solicitaron que se declarara la inexequibilidad de la norma impugnada.

Además de indicar que la norma acusada efectivamente vulnera los artículos 13 y 16 de la Carta Política, los intervinientes señalan que esta también contradice instrumentos internacionales ratificados por Colombia y que forman parte de su bloque de constitucionalidad.

Frente de la violación al artículo 13 superior, los intervinientes concluyen que “no existe razón constitucional válida que permita inferir la necesidad de tipificar y continuar con la estigmatización de dos enfermedades [que] no cumplen con un criterio objetivo de señalamiento”, lo que lleva a que la norma no apruebe el test estricto de igualdad en la medida de que ésta no resulta útil, necesaria, proporcional, adecuada y conducente respecto de su fin.

Respecto de la violación al artículo 16 de la Constitución, los ciudadanos intervinientes señalan, en lo fundamental, que la norma acusada “impide, sin fundamento, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida”.

Finalmente, se reprocha que la norma objeto de la demanda “carece de una lectura integral

de los instrumentos que componen el Bloque de Constitucionalidad y por ende resulta contrario al artículo 93 Constitucional”.

7. Ministerio de Justicia y del Derecho

En representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, el señor Néstor Santiago Arévalo Barrero dice defender la exequibilidad de la norma acusada.

Luego de divagar alrededor de diferentes cuestiones atinentes al test estricto de igualdad que debería aplicarse sobre la norma acusada –cuestiones todas ellas que parecerían llevar al interviniente a solicitar la inexequibilidad de dicha norma- y después de señalar que, en su concepto, la norma no vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad puesto que esta “se limita a establecer las consecuencias penales que acarrea su ejercicio abusivo y lesivo freten (sic) a los derechos de las demás personas y la comunidad”, el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho señala que “corresponde dejar que la Corte Constitucional debata y decida de fondo el problema jurídico planteado por el accionante y tome la determinación que mejor salvaguarde la integridad y supremacía de la Constitución”.

8. Liga Colombiana de Lucha contra el Sida

Los señores Jorge Pachecho Cabrales, en su condición de Director Ejecutivo de la Liga Colombiana de Lucha contra el Sida, Yacid Estrada y Manuel Meza, en sus respectivas condiciones de médico y abogado de esa misma entidad, solicitan la inexequibilidad de la norma acusada.

Luego de exponer los logros y actividades que la Liga Colombiana de Lucha contra el Sida ha obtenido y desarrollado desde su fundación, los intervinientes comienzan por exponer que la carencia de información experta en materia de prevención ha derivado en que en varias legislaciones del mundo el VIH haya sido penalizado. Por tal razón, indican que en 2009, la Open Society –con apoyo de ONUSIDA, la OIM y otras organizaciones- publicó un documento en donde se exponen varias razones por las cuales la penalización del VIH no debe ser usada como un mecanismo de prevención de dicha enfermedad; publicación que los intervinientes acogen y explican de la siguiente manera:

i) Señalan que la penalización de la transmisión del VIH sólo se justifica cuando esta última sea el resultado de una actividad deliberada o maliciosa destinada a perjudicar a una persona; caso en el cual la legislación debe remitir a normas no específicas al VIH para su castigo. Explican, no obstante, que aún la utilización de tales normas no específicas resulta problemática si se considera que en algunos casos puede no existir un riesgo significativo de transmisión o, cuando los sujetos pasivos de la norma podrían, entre otros, no saber que portaban el VIH; no saber cómo se transmite dicho virus; haber tomado medidas para reducir el riesgo como la utilización de preservativos; o haber acordado con la otra persona el nivel de riesgo que podían asumir.

ii) Explican que la penalización de la exposición y transmisión del VIH no reduce su propagación. En desarrollo de tal razón, los intervinientes indican que (1) “(p)ara reducir la propagación de la epidemia del VIH, se debe prevenir que una cantidad inmensa de personas tengan relaciones sexuales inseguras, compartan jeringas o participen en otros comportamientos riesgosos – algo que no puede lograr ninguna ley específica de VIH”; (2) “(h)ay pocas evidencias que puedan demostrar que las condenas penales de las conductas que transmiten o causan el riesgo de transmisión del VIH pueda “rehabilitar” a la persona al punto de evitar futuras conductas que conlleven el riesgo de transmitir el VIH”; y (3) “(n)o hay evidencias científicas que apoyen el alegato que el enjuiciamiento penal, o el miedo al mismo, tienen efectos significativos en torno a incentivar la revelación del estatus por parte de las personas que viven con VIH a sus parejas sexuales o persuadir conductas que generen el riesgo de la transmisión (sic)”.

iii) Prosiguen manifestando que la aplicación de leyes penales como la demandada perjudica los esfuerzos de prevención a la exposición y transmisión del VIH. Esto, toda vez que “crea un falso sentido de seguridad” en la población no portadora del virus al trasladarle toda la responsabilidad legal a la población portadora del VIH y desincentiva la colaboración de las personas portadoras del virus en los necesarios estudios de investigación sobre el tema.

iv) Añaden que la criminalización de conductas específicamente asociadas al VIH genera miedo, estigma y discriminación que afectan la dignidad humana de quienes padecen de dicha enfermedad.

v) Continúan señalando que normas como la acusada “no enfrenta(n) en absoluto la epidemia de la violencia de género o la grave desigualdad económica, social y política que son las raíces de la vulnerabilidad desproporcionada de las mujeres y niñas al VIH”, lo que refuerzan explicando por qué es más probable que tales leyes sean más frecuentemente usadas para el enjuiciamiento de mujeres que de hombres.

vi) Denuncian que leyes como la demandada no sirven a los desafíos que plantea la prevención del VIH como lo son la educación, la prestación de servicios de prevención y tratamiento, el acceso a servicios de pruebas y consejería voluntaria, entre otros.

Esta intervención finaliza indicando que existen estudios que demuestran que “la transmisión del VIH fue de cero casos en parejas serodiscordantes en las cuales el miembro seropositivo tenía cargas virales sostenidas por debajo de 200 copias”; que “esta evidencia sustenta que el tratamiento adherente evita en casi un 100 por ciento la transmisión del VIH por vía sexual”; y que “sumado al uso de preservativos permite concluir que hoy día la transmisión de VIH es evitable en un 100 por ciento”

9. Corporación Red Somos

A través de las señoras Damary Rodríguez Porras y María del Pilar Vargas Talero y de los señores José Guillén Cañizares y Manuel Meza, la Corporación Red Somos solicita que se declare la inexecutable de la norma demandada.

Como fundamento de su solicitud los intervinientes señalan que actualmente es evidente que las personas que viven con el VIH pero que reciben terapia antirretroviral no son susceptibles de transmitir el virus a otras personas. Así mismo sostienen que normas legales como la demandada en lugar de realmente combatir el VIH, lo que hacen es “fortalece(r) el estereotipo de que, quien vive con VIH es criminal, inmoral y peligroso”. En tal sentido, los intervinientes señalan la importancia de que los gobiernos se concentren en asignar recursos e implementar programas científicamente soportados y enfocados en la prevención del VIH, protegiendo y reconociendo los derechos de las mujeres y de la comunidad LGTBI, entre otros; e inicialmente concluyen que leyes como la acusada terminan por establecer las cargas y responsabilidades de la lucha contra el VIH en exclusiva cabeza de la población que vive con tal virus.

Posteriormente se señala que la criminalización que proponen normas como la acusada parece ser ineficaz y es más bien contraproducente a los fines por ella perseguidos pues, por una parte, podría llevar a la población a no realizarse la prueba del VIH ya que su ignorancia sobre el particular podría servir como defensa dentro de un proceso penal y consecuentemente impediría que la población contagiada recibiera la atención necesaria.

10. Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá

Los ciudadanos Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Claudia Patricia Orduz Barreto, Camila Alejandra Roza Ladino e Ingrid Vanessa González, diversamente vinculados a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, primeramente indicaron que la demanda no cumple con los requisitos necesarios para su admisión toda vez de sus argumentos no se desprenden “razones “claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes”.

No obstante, en defecto de lo anterior, los referidos intervinientes solicitaron la exequibilidad condicionada de la norma impugnada indicando (i) que la sanción prevista en el tipo penal demandado “[no] constituye discriminación hacia las personas que están infectadas por el VIH o Hepatitis B, solo por su estado de salud [p]ues lo que se pretende sancionar es a quienes actúan de mala fe y, estando conscientes de su condición deciden contaminar, afectar y poner en peligro la salud y vida de las demás personas”; (ii) que no se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad ni la libertad sexual de los sujetos pasivos de la norma pues, además de que dicho derecho se encuentra limitado por el respeto de los derechos ajenos “una persona portadora de este virus puede gozar de su sexualidad bajo los cuidados requeridos”; y (iii) que, sin embargo, para garantizar el respeto por el principio de igualdad resulta necesario ampliar el catálogo de enfermedades que la norma prevé pues “es claro que hay más enfermedades en la misma condición que no fueron incluidas en el artículo 370 de la ley 599 de 2000”, razón esta última por la cual los intervinientes solicitan que la Corte exhorte al Congreso de la República para que llene el referido vacío legislativo.

11. Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS) y Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública (MASP)

Juliana Bustamante Reyes, Julián Garcerant y Alejandro León, directora y estudiantes investigadores miembros del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS)

respectivamente y Camilo Quintero Girando, Lina María Caicedo, Diego Alejandro Duarte y María Alejandra Pérez, director y estudiantes investigadores miembros de la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública (MASP) respectivamente, intervinieron en el proceso de la referencia para solicitar la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

Los intervinientes comenzaron por sostener que el artículo 370 del Código Penal debe ser analizado en conjunto con la dogmática penal y luego sí contrastado con la Carta. En tal orden manifestaron que la norma atacada debe ajustarse a los principios de necesidad, legalidad, proporcionalidad y fin de la pena, entre otros.

Frente del principio de necesidad[3], indicaron que este comprende dos elementos: el principio de última ratio y el margen de configuración legislativa. La última ratio como principio limitador de la actividad legislativa ha sido establecida por la doctrina penal y algunas sentencias de la Corte Constitucional[4]. Por su parte, cuando el legislador constata que hay otros medios de castigo que resulten menos lesivos, puede activar su facultad legislativa en lo penal. Lo anterior ha sido denominado “margen de configuración legislativa en materia penal”[5]. En el ejercicio de esta facultad, se deben tener en cuenta dos criterios fundamentales, el castigo oficial solo se puede usar para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos ligados a los derechos fundamentales y su uso no puede invadir la dignidad humana ni restringir derechos fundamentales.

Posteriormente los intervinientes consideran que el artículo 370 del Código Penal no protege efectivamente el bien jurídico de la salud pública. Señalan que no hay justificación para incluir solo esas dos enfermedades a pesar de que hay otras similares que afectan de igual manera el bien jurídico. Los argumentos presentados en 2008 no están de acuerdo con el estado actual de la ciencia. Así mismo, indican que en la actualidad existen medicamentos impiden que el virus se reproduzca y ayudan a reducir la concentración del VIH en el cuerpo. Al reducirse la carga viral casi a niveles indetectables, se pueden tener relaciones sexuales sin riesgo de infección. Señalan que tal realidad se ha reflejado en un cambio progresivo en la manera de percibir el VIH pues existen tratamientos para reducir el riesgo de transmisión y que además le permiten al portador tener una vida en condiciones de normalidad. Manifiestan que tal progreso debe suponer un tratamiento distinto en las políticas públicas pues ahora lo importante ya no es impedir el contagio sino la detección oportuna y acceso al tratamiento integral.

Frente del VHB, indican que tal infección vírica puede tratarse con medicamentos, principalmente antivirales orales. Dicho tratamiento si bien no puede curar la hepatitis B, sí suprime su replicación. Es un tratamiento de por vida. Por tal motivo, la política pública que se debería implementar no es una que penalice a quien padece la enfermedad sino asegurar el tratamiento efectivo y duradero. Señalan que debido a que actualmente existe la vacuna contra la hepatitis B que alcanza niveles de protección superiores al 95% y que puede durar hasta 20 años o toda la vida, no es posible considerarla un problema de salud pública.

Por otra parte, los intervinientes consideran que el artículo 370 del Código Penal es una medida discriminatoria en contra de sujetos de especial protección y que frente de la misma debe aplicarse un test de igual en grado estricto. En tal sentido señalan que la norma no es adecuada “puesto que no castiga la propagación efectiva de VIH o VHB sino las prácticas que potencialmente puedan propagar la epidemia por parte de sus portadores”. Lo anterior genera efectos perversos en aquellos que portan el virus ya que desincentiva la práctica de pruebas y se desconocen los avances científicos que han reducido la propagación del virus. Sostienen que tampoco se satisface el requisito de necesidad de la medida ya que “existen medios menos lesivos para controlar la propagación de VUH y de VHB tales como políticas públicas de salud (...) o incluso dentro del ámbito subsidiario penal, tipos penales generales como es el caso del artículo 369 sobre propagación de epidemias”. Finalizan indicando que la norma no es proporcional en sentido estricto.

12. Intervención del Juez Edwin Cameron, magistrado de la Corte Constitucional de Sur África[6]

Por invitación de la magistrada ponente, el magistrado de la Corte Constitucional de Sur África, Juez Edwin Cameron (en adelante, simplemente, el “Juez Cameron”), remitió escrito *amicus curiae* por correo electrónico regularmente incorporado al expediente por la Secretaría de la Corte[7].

En su escrito, el Juez Cameron relata que en 1985 adquirió la infección del VIH y que resultó desarrollando el SIDA entre septiembre y noviembre de 1997, cuando cayó gravemente enfermo. Señala que, no obstante, tuvo el privilegio de acceder a medicamentos antirretrovirales que le salvaron la vida y que, en la actualidad se encuentra en excelente

estado de salud, lleno de vida. Así mismo indica que su virus fue suprimido a niveles indetectables en ninguno de sus fluidos corporales por lo que es incapaz de transmitir la mencionada infección.

Añade el Juez Cameron que su interés en el proceso de la referencia es personal, profesional y judicial; fruto de su experiencia como víctima del estigma, la humillación, el miedo y el aislamiento al que fue sujeto. Manifiesta que, como abogado y como juez, ha adquirido conocimiento experto en el asunto que ahora ocupa a la Corte; razón por la que, en lugar de comentar sobre las normas específicamente demandadas, desea poner a consideración de la Corte algunos principios generales que podrían ser útiles en el proceso de deliberación correspondiente.

En lo fundamental, el Juez Cameron manifiesta que la criminalización del VIH: (i) alimenta el estigma social en torno a dicho virus; (ii) se caracteriza por normas vagas y demasiado amplias; (iii) pone en peligro derechos humanos básicos como el derecho a un juicio justo, a la igualdad, la privacidad, la libertad, el acceso a la administración de justicia y a la igualdad de género; (iv) permite que el poder judicial pase por alto o use indebidamente hechos médicos y científicos sobre el VIH; y (v) es altamente dañina para la salud pública, el tratamiento y la prevención del VIH.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, rindió en oportunidad el concepto de que trata el artículo 7º del Decreto Ley 2067 de 1991 y el numeral 5º del artículo 278 de la Constitución.

En su escrito, la cabeza del Ministerio Público le solicitó a la Corte que se declarara inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda. Como fundamento de tal solicitud la vista fiscal adujo que la norma demandada no prohíbe que las personas que padezcan de VIH o de Hepatitis B mantengan relaciones sexuales y que, por ende, las razones del accionante recaen sobre una proposición jurídica inexistente, que no se deriva del artículo 370 de la Ley 599 de 2000. Adicionalmente se señaló que “para incurrir en el delito deben comparecer elementos tales como el dolo o la intención de causar el daño antijurídico, que para el caso es propagar el virus del VIH o la Hepatitis B, realizando cualquier práctica con la cual se pueda contagiar a otra persona, a sabiendas de

que se está infectado”; o que “(e)n otras palabras, si una persona infectada, realiza prácticas sexuales y no contagia a la pareja, ya sea porque usa medidas de protección, o porque tiene el virus controlado a través del tratamiento pertinente, no se configura el tipo penal del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis”

VI. CONSIDERACIONES PREVIAS

VI.I Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

VI.II. Aptitud de la demanda

Frente del concepto del Ministerio Público y demás intervenciones ciudadanas que cuestionan la aptitud de la demanda, la Corte considera que el cargo por violación al artículo 13 de la Carta no se edifica únicamente sobre la punibilidad o no de la conducta consistente en que los sujetos pasivos de la norma demandada mantengan relaciones sexuales. Para la Corte es claro que la demanda señala que la norma, al particularizar dos virus puntuales (VIH y virus del Hepatitis B), le otorga un trato especial y mayormente grave a quienes padecen de aquellos, frente de quienes pueden padecer de otras infecciones análogamente transmisibles. En otras palabras, es claro que ante la variedad de virus análogamente transmisibles, la particularización y trato especial que la ley le otorga a dos de ellos -que han sido objeto de especial rechazo y repulsión social- justifica que la Corte se pronuncie sobre el particular realizando la evaluación de la norma a la luz del principio de igualdad.

Por su parte, frente de la violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad (Const. Pol., art. 16), mediante Auto 739 del catorce (14) de noviembre de 2018 ya la Sala Plena resolvió sobre la admisibilidad del respectivo cargo tras señalar que, sobre el particular, la demanda “despierta una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada al cumplir con la carga argumentativa requerida”.

VI.III. Problemas jurídicos

Luego de las anteriores consideraciones previas, la Corte considera que para desatar la controversia constitucional planteada se debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

A. ¿Vulneró el legislador el artículo 13 superior, relativo al derecho a la igualdad, cuando en aplicación del artículo 370 de la Ley 599 de 2000, penaliza especial y particularmente a quien, conociendo que padece de VIH y/o Hepatitis B, realiza prácticas mediante las cuales podría contaminar a otra persona y/o dona sangre, semen, órganos o en general componentes anatómicos, pero no establece la misma sanción para quienes, estando afectados de otras enfermedades similarmente transmisibles, desarrollan las mismas prácticas pero se encuentran cobijados por el artículo 369 de la misma ley con más baja punibilidad?

B. ¿Vulneró el legislador el artículo 16 superior, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad en la faceta que atañe con el derecho al disfrute y goce pleno de la sexualidad, cuando en aplicación del artículo 370 de la Ley 599 de 2000, penaliza especial y particularmente a quien, conociendo que padece de VIH y/o Hepatitis B, realiza prácticas mediante las cuales podría contaminar a otra persona, pero no establece la misma sanción para quienes, estando afectados de otras enfermedades similarmente transmisibles, desarrollan las mismas prácticas pero se encuentran cobijados por el artículo 369 de la misma ley con más baja punibilidad?

VI.III. Plan del caso

Para resolver la demanda la Corte (i) comenzará por referirse a la salud pública como asunto de interés público a cargo del Estado. En el mismo acápite se realizará una reseña acerca del origen de la norma demandada. (ii) Luego se hará una corta descripción del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y del virus de la Hepatitis B (en adelante, también “VHB”). (iii) Después se hará una corta referencia a la jurisprudencia en donde la Corte ha evidenciado la situación de discriminación y segregación que existe contra los portadores de las referidas infecciones. (iv) A continuación, la Corte se referirá al estado de la ciencia en materia de tratamiento y control del VIH y del VHB. (v) Seguidamente se hará una somera referencia sobre cómo la jurisdicción de algunos países ha confrontado la cuestión relativa a la criminalización de la transmisión del VIH. (vi) Posteriormente, se abordará el

estudio de la norma acusada a la luz de los dos cargos propuestos por la violación a la igualdad (A) y al libre desarrollo de la personalidad (B), dando respuesta a los dos problemas jurídicos identificados en la sección VI.III de esta providencia. (vii) Después, a modo de conclusión, se resumirán las razones que fundamentarán lo decidido en la parte resolutive de la sentencia. (viii) Finalmente se sintetizará la motivación de la sentencia.

VII. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. La salud pública y el artículo 370 de la Ley 599 de 2000

1.1. Entendida en la doctrina como “el esfuerzo organizado por una sociedad para promover, proteger y restaurar la salud de las personas”[8] o, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el esfuerzo organizado de la sociedad, principalmente a través de sus instituciones de carácter público, para mejorar, promover, proteger y restaurar la salud de las poblaciones por medio de actuaciones de alcance colectivo”[9], la salud pública fue definida por el artículo 32 de la Ley 1122 de 2007[10] como “el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país”, para después aclarar que “(d)ichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad”.

La salud pública es entonces un desarrollo directo del derecho a la salud que prevé el artículo 49 superior. Esto, en tanto incorpora un servicio público a cargo del Estado, encaminado a proteger la salud de los integrantes de la sociedad desde una perspectiva integral que asume los desafíos que presenta la necesidad de garantizar la salud colectiva como medio para garantizar la salud individual de las personas.

1.2. Dentro de los esfuerzos estatales encaminados a garantizar el derecho a la salud a través de la estructuración de una política de salud pública, el derecho penal ocupa un lugar particular. Tal situación se ha visto históricamente reflejada en la consagración de diversos tipos penales dirigidos a castigar diferentes conductas que atentan contra la salubridad pública. Entre tales tipos penales, se encuentran las conductas que pudieran generar el contagio masivo e indiscriminado de enfermedades (epidemia[11]). Por

ejemplo, en el artículo 265 del Código Penal de 1936[12] se estipuló la privación de la libertad para el que “ocasiona una epidemia mediante la difusión de gérmenes patógenos”. Posteriormente, la codificación criminal de 1980[13] fue más general cuando tipificó el delito en que incurriría “(e)l que propague epidemia” (art. 204). Finalmente, con la Ley 599 de 2000, Código Penal actualmente vigente, el Legislador conservó la pena prevista en el Código de 1980 para “(e)l que propague epidemia”(art. 369), pero añadió un nuevo tipo penal especial dirigido a castigar a quien “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 anatómico” (art. 370). Esta última conducta corresponde a la norma cuya constitucionalidad ocupa ahora a la Corte.

1.3. Por lo menos en cuanto toca con el VIH, la génesis del tipo penal que prevé el artículo 370 del actual Código Penal se remonta al Decreto 559 de 1991[14]. En efecto, tras considerar que “(...) ha surgido una nueva enfermedad transmisible de carácter mortal, causada por el virus denominado de Inmunodeficiencia Humana, HIV[15], para la cual no existe en la actualidad tratamiento curativo ni se ha desarrollado vacuna alguna y que, por su particular forma de transmisión, constituye una grave amenaza para la salud pública, (...)”; “(q)ue por su carácter de enfermedad infecciosa transmisible y mortal, la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana HIV, y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, SIDA, suscitan en la sociedad un problema de múltiples facetas que afecta, entre otras, instituciones como la medicina, la familia, el trabajo y la ética”; y “(q)ue por lo anteriormente expuesto se hace necesario expedir una reglamentación que regule las conductas y acciones que las personas naturales (...) deben seguir para la prevención y control de la epidemia por el HIV(...)”, el Decreto 559 de 1991 previó en su artículo 53 que:

“Las personas que después de haber sido informadas de estar infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, realicen deliberadamente prácticas mediante las cuales puedan contaminar a otras personas, o donen sangre, semen, órganos o en general componentes anatómicos, podrán ser denunciadas para que se investigue la existencia de los delitos de propagación de epidemia o violación de medidas sanitarias señalados en el Código Penal. Su reclusión, si fueren condenadas deberá hacerse en lugares adecuados para su asistencia sanitaria, psicológica y psiquiátrica.”.

Se trató entonces, de una política pública de represión penal apoyada en la percepción de que el VIH constituía una grave amenaza tanto a la salud como a la moralidad pública. Esto último debido a que, por una parte, el SIDA como enfermedad asociada al VIH demostró tener consecuencias devastadoras sobre la salud humana (ver supra 2.1); y por otra parte, habida cuenta de que las primeras averiguaciones sobre el SIDA asociaron dicha enfermedad con grupos históricamente discriminados como, entre otros, los compuestos por la población masculina homosexual y los usuarios de heroína[16].

1.4. Ya en vigencia de la actual Carta Política y casi dos décadas después de la aparición de los primeros casos del VIH, con la expedición del Decreto 1543 de 1997[17] el Ejecutivo derogó el Decreto 559 de 1991. Aunque con este decreto no se abandonó la criminalización de los actos que pudieran resultar en la propagación del VIH[18], la redacción de este permite entrever una evolución humanista y humanitaria en la visión de una patología que pocos años antes se vislumbraba con pánico y como socialmente catastrófica. Por ejemplo, luego de considerar “(q)ue la vulneración de los derechos fundamentales de las personas portadoras del VIH y que padecen el SIDA son cada vez más frecuentes, debido al temor infundado hacia las formas de transmisión del virus, por lo cual se hace necesario determinar los derechos y deberes de dichas personas y de la comunidad en general”, el Decreto 1543 de 1997 estableció el deber de no discriminación como criterio transversal de la política pública dirigida al manejo de la infección del VIH[19]; todo ello en concordancia con el marco jurisprudencial que la Corte ha elaborado en torno al tratamiento social de las personas que padecen de dicha enfermedad (ver infra 3), así como en lo posteriormente previsto por el artículo 2º de la Ley 972 de 2005[20], según el cual “(e)l contenido de la presente ley y de las disposiciones que las 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.”

1.5. Salvo lo dispuesto en los artículos 46 a 51 del Decreto 1543 de 2007[21], éste fue derogado por el Decreto 780 de 2016[22] que, en el Título I (VIH-Sida) de su Parte 8 (Normas relativas a la salud pública) mantuvo el mandato de no discriminación[23].

1.6. Sin embargo, al expedir la Ley 599 de 2000 el Legislador retomó el texto y espíritu del Decreto 559 de 1991 y consagró un tipo penal autónomo, específicamente dirigido a quienes padecen de VIH y/o de VHB. Tal tipo penal es copia virtual del artículo 53 del Decreto 559 de 1991 (ver supra 1.3.) y corresponde al artículo 370 de la Ley 599 sub judice; artículo posteriormente modificado por la Ley 1220 de 2008[24] que incrementó sus penas iniciales y en cuya justificación por parte de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes se sostuvo que: “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.”[25]

De lo atrás expuesto se desprende cierto carácter oscilante en las políticas estatales dirigidas a combatir el VIH, en donde -con la consagración de la norma demandada- el Legislativo parece volver a la percepción catastrófica que hace casi tres décadas tuvo el Ejecutivo sobre dicho virus.

2. Breve caracterización del VIH y del VHB

Sobre el VIH cabe señalar que la curva de su epidemia sigue inclinada. De acuerdo con informe de ONUSIDA de 2017, mientras que “77,3 millones [59,9 millones–100 millones] de personas contrajeron la infección por el VIH desde el comienzo de la epidemia”, “1,8 millones [1,4 millones–2,4 millones] de personas contrajeron la infección por el VIH en 2017”[27]. No obstante, de acuerdo también con dicho informe, es cierto que la referida curva tiende a reclinarsse pues “(d)esde el pico alcanzado en 1996, las nuevas infecciones por el VIH se han reducido en un 47%.”.

2.2. Por su parte, en su condición de uno de los cinco virus de hepatitis[28], el VHB es el agente infeccioso responsable de una enfermedad hepática que lesiona al hígado, altera su funcionamiento y que, cuando se vuelve crónica, existe la posibilidad de que la persona que lo padece muera a causa de cirrosis hepática o de cáncer de hígado. Según la Global Commission on HIV and the Law, existen unos 2.6 millones de personas coinfectadas de VIH y VHB[29]. En palabras de la OMS “el VHB es unas 50 a 100 veces más infeccioso que el VIH.”[30]

Debe señalarse que la situación de los virus hepáticos es más preocupante que el VIH pues, de acuerdo con la OMS, “mientras que la mortalidad por tuberculosis y la infección por el VIH se está reduciendo, la causada por las hepatitis va en aumento”. No obstante, en tratándose del VHB “(a) pesar de que el número de defunciones por hepatitis va en aumento, el de nuevas infecciones por el VHB se está reduciendo, gracias al aumento de la cobertura de la vacunación infantil (...)”.[31]

3. La discriminación contra los portadores del VIH y del VHB y la jurisprudencia de la Corte

3.1. Desde muy temprano la Corte advirtió el peligro que el VIH representaba para la salud pública, así como los retos que al Estado imponía la aparición de la consecuente enfermedad del SIDA. En Sentencia T-505 de 1992[32], esta Corporación advirtió que:

“El SIDA constituye un mal de incommensurables proporciones que amenaza la existencia misma del género humano, frente al cual el derecho no debe permanecer impasible, sino ofrecer fórmulas de solución. La dimensión creciente de la amenaza para la salud pública que representa el SIDA está dada por su carácter de enfermedad epidemiológica, mortal y sin tratamiento curativo.

(...)

El Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), presentó, al Consejo Ejecutivo en su 87a. reunión del 12 de diciembre de 1990, un informe sobre la estrategia mundial de prevención y lucha contra el SIDA. Según este informe en el año 2.000 habrá entre 15 y 20 millones de adultos infectados por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y se calcula que “el total acumulativo de niños infectados llegará a 10 millones el año 2.000, al par que otros 10 millones de niños no infectados habrán quedado huérfanos por la pérdida de uno o de los dos progenitores a causa del SIDA”.

La estrategia mundial contra el SIDA se propone como objetivos inmediatos prevenir su infección, reducir su impacto personal y social y unificar los esfuerzos nacionales e internacionales contra la enfermedad. Entre las actividades prioritarias de la OMS para el

logro de tales objetivos cabe mencionar las de “seguir preconizando la adopción de criterios de prevención y lucha, basados en sólidos principios de salud pública y habida cuenta de la necesidad de evitar toda discriminación”, así como “explorar las posibilidades de mejorar el tratamiento clínico, la asistencia y el apoyo a las personas con VIH/SIDA en los establecimientos médicos o mediante servicios a domicilio de base comunitaria”.

(...)

La política nacional de salud pública contra el VIH/SIDA se ha diseñado teniendo en cuenta las diferentes etapas de la enfermedad. Para evitar su contagio, se adelantan campañas preventivas con el objeto de informar sobre los riesgos y formas de contraer la enfermedad (etapa preventiva), así como del deber de auto-cuidado mediante la observancia de las normas, recomendaciones y precauciones destinadas a prevenir su infección.

(...)

La estrategia nacional contra el SIDA busca contener la epidemia mediante la prevención y el control de la enfermedad e igualmente la protección del individuo, por medio de un tratamiento médico oportuno. La prevención constituye la medida más importante para el control de la enfermedad. Todas las instituciones y organizaciones, de carácter público o privado, están en el deber de impulsar las campañas de divulgación, educación y orientación para prevenir la infección del SIDA, y están obligadas a tomar las precauciones hospitalarias necesarias para evitar el contagio en el tratamiento de este tipo de enfermos. La emisión de mensajes para informar a la comunidad está a cargo del Ministerio de Comunicaciones. La educación sexual obligatoria – acorde con el respectivo nivel – impartida a estudiantes de primaria, secundaria y enseñanza superior es responsabilidad compartida del Ministerio de Educación Nacional y del Ministerio de Salud. Por su parte, éste último tiene el deber de expedir las normas sobre vigilancia y control epidemiológico, en desarrollo de las cuales se adelanta la prevención, el diagnóstico y el tratamiento del SIDA con la colaboración estrecha de organizaciones no gubernamentales.” (Énfasis fuera de texto)

3.2. Más de un cuarto de siglo después, los temores que según la sentencia atrás transcrita expresó el Director General de la OMS en 1990, lucen tímidos. Según cálculos efectuados por dicha organización “a finales de 2016 había en el mundo unos 36,7 millones

de personas infectadas por el VIH. Ese mismo año, contrajeron la infección unos 1,8 millones de personas, y 1 millón murieron por causas relacionadas con el VIH.”[33] O, como lo ha manifestado ONUSIDA, “(d)esde que se declararon los primeros casos de VIH hace más de 35 años, 78 millones de personas han contraído el VIH y 35 millones han muerto por enfermedades relacionadas con el sida.”[34]

3.3. El diseño de las políticas estatales dirigidas a la lucha contra el VIH no ha sido un asunto indiferente para la Corte. Esta Corporación ha construido una afianzada línea jurisprudencial que ha incidido en el accionar del Estado frente de la referida amenaza a la salud pública e individual. Tal incidencia ha estado principalmente centrada en (i) la protección y atención prestacional que, por su condición de vulnerabilidad, ameritan quienes padecen del VIH; y (ii) reprimir la discriminación social que sufren quienes padecen de tal patología. Por ejemplo, en reciente Sentencia T-033 de 2018[35] la Corte sostuvo:

“La Corte, en una línea jurisprudencial consolidada, ha definido que las personas portadoras de VIH/SIDA se encuentran en una situación de debilidad manifiesta que implica la necesidad de brindarles una protección especial [42][36]. En este sentido, en la Sentencia T-513 de 2015 [43][37] (se) estableció que quienes padecen VIH son sujetos de especial protección, toda vez que se trata de una enfermedad que, por una parte, pone a quienes la padecen en la mira de la sociedad, exponiéndolos a discriminación a partir de los prejuicios existentes alrededor de este padecimiento y, por otra parte, implica un estado permanente de deterioro médico, de tal forma que son merecedores de un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran.

En este sentido, según la jurisprudencia:

“Debido a las características específicas de esta enfermedad y a sus nefastas consecuencias, la Corte Constitucional ha manifestado (i) que el portador de VIH requiere una atención reforzada por parte del Estado, (ii) que no solo tiene los mismos derechos de las demás personas, sino que las autoridades están en la obligación de ofrecerle una protección especial con el propósito de defender su dignidad [44][38] y evitar que sean objeto de discriminación, y (iii) que su situación particular representa unas condiciones de debilidad manifiesta que lo hacen merecedor de una protección constitucional reforzada.[45][39] Por lo anterior, [se] ha reconocido el especial tratamiento que se debe

tener con estas personas, en ámbitos como la salud,[46][40] el trabajo[47][41] y la seguridad social,[48][42] [...]

Así, el VIH/SIDA es una patología que tiene consecuencias graves no sólo en las condiciones de salud del portador, las cuales se deterioran de forma permanente y progresiva, sino que también tiene un impacto en los ámbitos económico, social y laboral, por lo que el Estado y la sociedad en general tienen el deber de prestar una atención especial a quienes la padecen. En virtud de los mandatos constitucionales y del derecho internacional, las personas con VIH deben ser protegidas de cualquier tipo de segregación o discriminación, de modo que el Estado adquiere un compromiso de mayor amparo de sus derechos y una garantía reforzada de su derecho a la igualdad en todos los escenarios [50][43].[44]

A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido que dicha protección especial se fundamenta en el principio de igualdad, según el cual, el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 C.P.), en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (artículos 1 y 48 C.P.) y en el deber del Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (artículo 47), así como en instrumentos y herramientas de derecho internacional que le han dado alcance a la protección especial de personas con VIH/SIDA, como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994); la Declaración Universal de Derechos Sexuales y Reproductivos (1997); los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000); la Declaración Política sobre VIH/SIDA (2006); el Plan Subregional Andino de VIH (2007 - 2010), entre otros[51][45].” (Énfasis fuera de texto)

3.4. Se tiene entonces que por virtud del principio de igualdad que irradia el artículo 13 superior y de la protección especial y reforzada en los ámbitos de los derechos al trabajo, a la salud, educación y seguridad social (ver supra 3.3.) que amerita la situación de debilidad manifiesta de quienes padecen de VIH, el referido postulado fundamental condena el favorecimiento de la discriminación y estigmatización social que conlleva portar el referido virus.

3.5. Sobre el deber estatal de impedir la discriminación de las personas que padecen

de VIH –deber éste que no escapa a la esfera de la protección especial y reforzada de los derechos al trabajo, salud, educación y seguridad social de las personas que portan dicho virus sino que, por el contrario, es uno de sus criterios fundantes – para la Corte es claro que tal discriminación es una realidad patente. Por ejemplo, mediante la Sentencia T-033 de 2018 atrás referida, esta Corporación manifestó que las personas que padecen de VIH se encuentran “en la mira de la sociedad, exponiéndolos a discriminación a partir de los prejuicios existentes alrededor de este padecimiento”[46]. Así mismo, mediante Sentencia T-769 de 2007[47], la Corte recordó que “(c)omo fue señalado en sentencia T-577 de 2005, la discriminación y la estigmatización que sufren estas personas son fenómenos sociales que se retroalimentan mutuamente”.

3.6. Así las cosas, sin perjuicio de que un alto porcentaje de las sentencias que la Corte ha proferido sobre la discriminación que se ejerce sobre la población que padece del VIH refiera a casos en donde la segregación correspondiente se verifique en escenarios en donde se vulneran los derechos al trabajo, la salud, la educación y/o a la seguridad social, lo cierto es que tales manifestaciones de discriminación no abarcan el universo de discriminaciones que reprocha la jurisprudencia. El universo de situaciones de discriminación negativa de que es objeto la población que vive con el VIH es tan amplio como el universo de situaciones de segregación o diferenciación a que tal población pueda enfrentarse en su cotidianeidad. Por ello, al margen de que la Corte se haya referido a casos concretos en donde las personas que sufren de VIH se hayan visto sometidas a un tratamiento oprobioso en desarrollo de sus relaciones laborales o en relación con sus derechos a la educación, salud y/o la seguridad social, el criterio central en que se apoya tal jurisprudencia es general y se encuentra dirigido a erradicar cualquier tipo de segregación de dicha población por razón de su condición patológica; todo ello con arreglo a lo previsto en los distintos instrumentos de derecho internacional suscritos por Colombia y que son vinculantes con arreglo a lo previsto por el artículo 93 superior[48].

3.7. Lo recién dicho es lo que se desprende de la jurisprudencia de la Corte. Por ejemplo, en Sentencia SU-256 de 1996[49] se indicó que “[e]n el Estado contemporáneo es impensable la existencia de “ghettos”, como otrora existían con los individuos de alguna raza, o los portadores de enfermedades como la lepra. El concepto de “intocables”, ha quedado revaluado por el devenir histórico, que se orienta a hacer más sólido el principio de igualdad. El grado de civilización de una sociedad se mide, entre otras, por la manera

como coadyuva con los débiles, los enfermos y en general con los más necesitados y no, en cambio, por la manera como permite su discriminación o eliminación. (...) “es evidente que, por falta de información y de concientización más amplias, los enfermos de Sida, e inclusive los portadores sanos del VIH, vienen siendo objeto de discriminación social y laboral, no sólo en nuestro medio sino en el resto del mundo” (...) “la necesidad de recordar que el enfermo de SIDA o el simple portador del virus V.I.H. es un ser humano y, por tanto, titular, de acuerdo con el artículo 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos, sin que pueda ser objeto de ninguna discriminación, ni de ninguna arbitrariedad por razón de su situación. Sería ilógico que a una persona por padecer un mal, se le tratara de manera nociva para su integridad física, moral o personal”. (El segundo énfasis es fuera del texto).

En igual sentido, mediante la Sentencia T-769 de 2007 atrás referida, la Corte señaló que la discriminación y estigmatización de la población que sufre de VIH deriva en “el oprobioso aislamiento de la comunidad, (...). En tal sentido, para poner fin a estos esquemas sociales ampliamente difundidos, producto de la desinformación y los arraigados prejuicios en contra de la diferencia, se impone al Estado una actuación en dos sentidos: (i) adopción de estrategias encaminadas a conjurar el surgimiento de ideas fundadas en la discriminación y, en segundo término, (ii) el diseño y realización de programas que aborden y reparen de manera eficaz la persistencia de tales ideas a través de proyectos educativos y de inclusión social[8][51].” (El énfasis es fuera de texto)

En este mismo sentido, en Sentencia T-948 de 2008[52], la Corte manifestó que “es deber del estado Colombiano adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados. La prohibición de discriminación tiene fundamento en la protección que la Constitución le brinda a las personas que en razón de su condición física son excluidos por el hecho de ser portadores de un virus como el VIH o por padecer el sida. De esta forma la norma busca proteger un grupo estigmatizado, del cual todos los seres humanos podemos hacer parte (...)” La jurisprudencia de la Corte ha protegido a las personas portadoras del VIH/sida en distintos ámbitos como el de la seguridad social, tanto a nivel de salud como pensiones, dentro del contexto laboral, penitenciario, de convivencia, etc. Del precedente expuesto subyace un argumento sencillo pero contundente, que se traduce en que la mera condición

de ser portador de una enfermedad como el VIH/sida, no es argumento válido para discriminar a una persona en ningún contexto.” (El énfasis es fuera de texto)

3.8. Finalmente, contrario a lo que sucede con el VIH, la jurisprudencia de la Corte en torno a la discriminación que sufren quienes padecen de VHB es limitada. En efecto, aunque es claro que las personas que viven con el virus del VHB han sido motivo de discriminación similar a aquella de que han sido víctimas quienes viven con el VIH[53], la jurisprudencia de la Corte en torno a la discriminación de las personas que conviven con el VHB se ha proferido dentro de procesos de tutela relacionados con la discriminación de personas que viven con el VIH o con apoyo en los argumentos jurisprudenciales proferidos en pro de la protección de estas últimas personas.

Así, por ejemplo, en Sentencia T-513 de 2015[54], tras encontrar que una persona padecía de varias patologías, entre ellas de VIH y VHB, la Corte reconoció que ésta merecía la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al trabajo y al mínimo vital. Por otra parte, en Sentencia T-610 de 2005[55], luego de considerar que “(l)a Hepatitis B es una enfermedad incurable, catalogada como enfermedad catastrófica y de alto riesgo, así como el VIH”, la Corte previno a una EPS para que, en adelante, no le negara la realización del examen de carga viral a los enfermos del VHB, dado que con tal examen se determinaría con mayor prontitud el tratamiento que requerirían los pacientes correspondientemente infectados.

4. Tratamiento y cura del VIH y del VHB

4.1. Si por la curación de una enfermedad se entiende su erradicación del cuerpo que la alberga (cura esterilizante), la experiencia indica que, por lo menos en el mediano plazo, esta no es una solución factible para el problema del VIH[56]. No obstante, el actual tratamiento o terapia antirretroviral (TAR) ha probado ser una solución efectiva para eliminar los efectos adversos del VIH en el cuerpo humano que, sin erradicar dicho virus del cuerpo, sí lo mantiene a raya. En oposición a la cura esterilizante, se trata entonces de una cura funcional para las consecuencias derivadas de la infección del VIH, con efectos relevantes en la reducción de su transmisibilidad; situación que, como veremos, no es tan clara en tratándose del VHB (ver infra 4.8).

4.2. La transmisión del VIH depende de la verificación de ciertas condiciones; a saber:

(i) la existencia de una cantidad suficiente del virus en determinados fluidos corporales como la sangre, el semen, los fluidos preseminales, vaginales y/o rectales o la leche materna; (ii) que una cantidad suficiente de al menos uno de dichos fluidos tenga contacto directo con lugares del cuerpo de una persona no infectada con el VIH, en donde la infección pueda iniciarse (usualmente membranas mucosas, tejido averiado o úlceras inflamadas); y (iii) que el virus se imponga sobre el sistema inmunológico del sujeto previamente seronegativo, permitiendo su establecimiento y propagación[57].

4.3. Es decir, salvo cuando se trata de la transmisión parental o vertical, la transmisión del VIH requiere de la existencia de un contacto directo entre algunas partes del cuerpo y ciertos fluidos corporales como usualmente sucede en las relaciones sexuales. No obstante, se ha establecido que las posibilidades de transmisión por cada acto sexual son bajas o nulas “con un rango estimado del 0% al 1.4%[5[58]]”[59].

4.4. Existen, además, varios factores que coadyuvan a impedir la transmisión del VIH por la vía sexual. Dentro de estos están la utilización de barreras impermeables (condones masculinos o femeninos) que impiden el contacto del cuerpo seronegativo con los fluidos corporales atrás mencionados del sujeto seropositivo; la profilaxis pre y post-exposición, a través del uso de antirretrovirales por parte del sujeto seronegativo antes y/o después del contacto sexual con riesgo; la circuncisión masculina, en caso de que a transmisión sea de la mujer hacia el hombre; y la baja carga o niveles de VIH que tenga el sujeto seropositivo al momento del contacto con la persona no infectada[60]. Este último factor es, precisamente, el que se ha logrado a través del TAR como procedimiento que, además de un método para prevenir la transmisión del virus, se traduce en la cura funcional del sistema inmunológico del paciente con VIH. Veamos:

4.4.1. Por una parte, un adecuado y sostenido TAR reduce dramáticamente la progresión de enfermedades asociadas al VIH, manteniendo a dicho virus en niveles de carga indetectables y permitiéndole al sujeto contagiado mantener o, incluso, regresar a un sistema inmunológico sano [119[61],120[62]], en notable mejora de su calidad y expectativa de vida y en de un periodo relativamente corto.[63] De hecho ONUSIDA sostiene que “cuando una persona comienza un tratamiento antirretroviral altamente activo por primera vez, la combinación adecuada de medicamentos puede reducir su carga viral a un nivel indetectable luego de 12-24 semanas” .[64]

4.4.2. Por otro lado, la disminución en la carga viral del VIH como resultado de un adecuado TAR ha probado ser un factor determinante en la reducción de la transmisión de tal virus. En efecto, según la Global Commission on HIV and the Law, existen estudios relevantes que acreditan que la población que posee bajos niveles de VIH como consecuencia de un TAR tiene un riesgo nulo (nivel 0) de transmitir dicho virus [10[65]][66]. Más aún, en reciente declaración (2018) del Expert consensus statement on the science of HIV in the context of criminal law[67] se sostuvo: (i) que en análisis recientes de estudios relevantes (específicamente HPTN052, PARTNER y Opposites Attract[68]) que involucraron parejas heterosexuales y masculinas serodiscordantes no se han identificado casos de transmisión sexual por parte del sujeto seropositivo con una carga viral indetectable [29, 30, 36, 37][69]; y (ii) que tales conclusiones ha transformado la visión de la salud pública sobre el tema al punto de que, por ejemplo, el United States Centers for Disease Control and Prevention estima la posibilidad de transmisión del VIH por parte de una persona seropositiva con una carga viral indetectable como resultado de una efectiva TAR como de “efectivamente ningún riesgo”[6][70]; conclusión ésta que ha sido reiterada en otros estudios[71].[72]

4.5. Cabe reiterar, no obstante, que como se alcanzó a señalar en el numeral 4.1 supra, el TAR no es una cura esterilizante sino una puramente funcional que, aunque no erradica el VIH del cuerpo humano, sí permite reducir significativamente su carga viral, consecuentemente incrementar los niveles de células CD4, fortalecer el sistema inmunológico del cuerpo humano y hacer nulas o muy bajas las posibilidades de transmisión sexual del virus. En suma, el estado actual de la ciencia permite que, lejos de ser la enfermedad catastrófica que el Legislativo consideró en 1991 y en 2000 (ver supra 1.3 y 1.6), el VIH tiene un tratamiento altamente efectivo que, de ser adecuadamente aplicado, sin eliminar el estado vírico de un individuo previamente infectado, permite que las personas correspondientemente contagiadas puedan llevar una vida normal y con plena libertad en el desarrollo de su sexualidad.

4.6. Ahora bien, en cuanto se trata del VHB, éste “se transmite por contacto con la sangre o los líquidos corporales de personas infectadas, esto es, del mismo modo que el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)” y sus principales vías de transmisión son (i) la perinatal, que se transmite de la madre al hijo durante el parto; (ii) de un niño a otro[73]; (iii) por inyecciones y transfusiones contaminadas; y (iv) por contacto sexual sin

protección[74].” [75]

4.7. No obstante, contrario a como actualmente ocurre para el VIH, desde 1982 existe vacuna contra el VHB con eficacia del 95% para evitar la infección crónica[76], la cual se viene usando en Colombia desde 1993[77], en tres (3) dosis aplicadas dentro de los primeros seis meses de vida[78], de suministro gratuito[79] y de cobertura que aspira a ser universal. De acuerdo con la OMS “(l)a inmunización universal de los lactantes es, con creces, la medida preventiva más eficaz contra las enfermedades inducidas por el HBV[80], y los programas eficaces de vacunación contra la hepatitis B lograrán reducir de forma gradual la incidencia de enfermedades relacionadas con el HBV, como la hepatitis crónica, la cirrosis hepática y el cáncer hepatocelular, en zonas endémicas. Tras la serie de vacunación primaria, casi todos los niños quedarán protegidos, probablemente durante el resto de sus vidas, sin necesidad de administrarles inyecciones de refuerzo”[81]. Así, sin perjuicio de que un método de prevención altamente confiable es el uso de una barrera impermeable durante el contacto sexual, la vacuna contra el VHB ha sido probada el método más efectivo para proveer de inmunidad en la población adulta expuesta al dicho virus a través del contacto sexual[82].

4.8. Aunque existen investigaciones “que mostraron que la transmisión sexual del virus de la hepatitis B no es común entre personas mono infectadas por este virus que alcanzan una carga viral sanguínea indetectable mediante terapia antiviral”[83], en Sentencia T-610 de 2005[84] se citó un documento de la OMS según el cual “Al igual que la técnica para medir la cantidad de VIH que hay en la sangre, el análisis de carga viral para el VHB, puede determinar si el virus se está reproduciendo en el hígado. Una carga viral de VHB mayor a 100.000 copias/ml indica que el virus se encuentra activo (incluso si el HBeAg es negativo y los anti-HBe son positivos. Una carga viral inferior a 100.000 copias/m, en especial cuando el HBeAg da negativo y los anti-HBe dan positivo, indica que el virus está inactivo. Sin embargo, aunque éste sea el caso, el virus aún se puede transmitir a otras personas.” [19][85] (Énfasis fuera de texto). Otra cosa, sin embargo, es que, ante riesgo de exposición por cualquier vía, el uso de profilaxis post-exposición pueda ser efectivo[86].

4.9. Respecto de población adulta que ha sido infectada con el VHB y padezca de Hepatitis B crónica, debe así mismo señalarse que la enfermedad es así mismo sensible al

TAR, sin que con dicho tratamiento llegue a curar la infección correspondiente pues éste se limita a suprimir la replicación del virus, por lo cual una vez iniciado debe continuarse indefinidamente[87].

4.10. A lo expuesto anteriormente debe añadirse que, sin perjuicio de las particularidades que caracterizan tanto al VIH como al VHB, cuando de contacto sexual se trata –esto es, el contacto sexual dentro del cual hay contacto con ciertos fluidos producidos durante la relación sexual-, un método altamente efectivo para impedir la transmisión de cualquier infección de transmisión sexual (ITS) es la adecuada utilización de la barrera impermeable que se utiliza en los condones masculinos y femeninos[88].

4.11. En fin, con lo expuesto en el presente numeral para la Corte es claro que los avances de la ciencia en torno al tratamiento y cura del VIH y del VHB permiten alejarse de la noción de enfermedades catastróficas que el Legislativo acogió cuando incrementó las penas originalmente previstas por el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 (ver supra 1.6).

5. La descriminalización de la transmisión del VIH en la jurisprudencia global

5.2. En diversos países, el miedo al VIH se tradujo en la criminalización de conductas que, eventualmente, pudieran causar su expansión. En la actualidad, según estudio realizado por ONUSIDA[90], de 194 países estudiados, en cincuenta (50) de ellos –incluido Colombia- se criminalizan conductas específicamente asociadas a la transmisión del VIH[91]. Tal es precisamente el caso de la norma legal cuya constitucionalidad ahora ocupa a la Corte.

5.3. Globalmente, el poder judicial ha ocasionalmente incidido en el estado de las legislaciones nacionales en tanto se han judicializado distintas cuestiones asociadas a la transmisión del VIH y a las cuales subyacen problemas de derechos humanos. Entre tales cuestiones están, por ejemplo (i) la discriminación con base en el estado de contagio real o presunto del VIH; (ii) la criminalización de la no información del estado seropositivo, exposición y transmisión del VIH; (iii) el abuso sexual y la violencia doméstica; (iv) la legislación antinarcótica y los derechos de las personas que consumen drogas; (v) los derechos de las mujeres en torno a la legislación familiar y derechos de propiedad; (vi) el tratamiento y cuidado de las personas con VIH; y (vii) la criminalización de la población altamente expuesta al contagio del VIH. [92]

5.4. En lo que refiere a los problemas jurídicos señalados al inicio de esta providencia, resultan particularmente útiles aquellos casos en donde la controversia gira en torno a la criminalización de conductas sexuales asociadas a la transmisión del VIH. Por ejemplo:

5.4.1. En 2004, al estudiar la responsabilidad de quien había contagiado de VIH a dos mujeres como consecuencia de las relaciones sexuales que sostuvo con ellas, la División Criminal de la Corte de Apelaciones de la Corte Suprema de la Judicatura del Reino Unido resolvió que, si el inculpado había ocultado a dichas mujeres su estado viral, el consentimiento de estas a mantener relaciones sexuales no era suficiente para exculpar al procesado por las lesiones infringidas. Se sostuvo entonces que, para la respectiva exculpación del procesado, las agraviadas debían haber previamente consentido al riesgo de ser contagiadas[93].

5.4.2. Posteriormente, en 2005, la Corte Europea de Derechos Humanos estudió el caso de un individuo con VIH que, con ocasión de reiterados comportamientos que ponían en riesgo la transmisión del virus que portaba, fue transitoriamente recluido en un hospital con la subsecuente privación de su libertad, con arreglo a lo previsto en el Infectious Disease Act de 1988. En tal oportunidad la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la pena de privación de libertad, además de cumplir con el principio de legalidad que le permitiera al individuo infractor prever las consecuencias de su conducta, debía ser proporcional en tanto sólo se justificaba si medidas menos severas previamente contempladas fueran evidentemente insuficientes para asegurar el interés general.[94]

5.4.3. También en 2005, ante la Corte Distrital de Wellington, Nueva Zelanda, se cuestionó si un individuo portador del VIH era responsable por haber puesto en peligro la vida de una mujer, cuando mantuvo con ella relaciones sexuales orales sin protección y vaginales con protección, pero en ambos casos sin informarle previamente a dicha mujer acerca de su condición viral. En tal ocasión, la referida Corte sostuvo que aunque el individuo acusado tenía el deber legal de tomar precauciones y cuidados razonables para evitar poner en peligro la vida humana toda vez que el VIH presente en el semen puede efectivamente ponerla en peligro, las conductas por él desplegadas no lo hacían responsable pues la prevención de la transmisión del VIH puede asumirse sin que sea necesario cumplir con el requisito de información previa a la relación y que, en tratándose de relaciones intravaginales, el uso de una protección de barrera era suficiente para proteger la salud

pública. En suma, esa Corte sostuvo que, a diferencia del deber moral de precaución, el correlativo deber legal implica la asunción de medidas de protección razonables en oposición a aquellas absolutamente seguras.[95]

5.4.4. En 2012, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que la igualdad, autonomía, libertad, privacidad y dignidad humana que impregnan la Carta de Derechos y Libertades de Canadá ameritan que el deber de información previa sobre el VIH que posea una persona al entablar relaciones con otra, depende de si existe un riesgo significativo de daño por el contagio; riesgo éste que no existe si la carga viral de quien padece del VIH es baja al momento de la relación, así como si en esta se utilizan métodos de barrera[96].

5.5. De la anterior exposición la Corte observa que, además de las cuestiones relativas al consentimiento informado y a la proporcionalidad de la pena, parte de la jurisprudencia global ha intentado lograr un equilibrio que permita la compatibilidad entre el interés general que defiende la salud pública y el desarrollo de los derechos sexuales de quienes padecen de enfermedades contagiosas. Como se desprende del caso estudiado en el numeral 5.4.4. supra, una de las estrategias para lograr tal objetivo es el apoyo de la jurisprudencia en el desarrollo de la ciencia[97].

6. El caso concreto

Como se expuso al inicio de esta providencia, los cargos presentados contra el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 son dos (2), a saber: (A) por violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y (B) por violación al principio de igualdad. Por razones metodológicas se comenzará con el análisis de este último.

A. En cuanto a la violación del principio de igualdad

6.1. La demanda cuestiona la constitucionalidad del artículo 370 de la Ley 599 de 2000 a la luz del artículo 13 de la Carta Política. En lo fundamental, el actor aduce que la norma demandada particulariza al VIH y al VHB, otorgándoles un tratamiento distinto respecto de otras patologías de similar contagio, a cuya transmisión el artículo 369 del actual Código Penal les otorga un tratamiento general incurriendo así en una discriminación arbitraria. En efecto, en oposición al demandado artículo 370 de la Ley 599 de 2000, el anterior artículo 369 reza:

ARTICULO 369. Propagación de epidemia. Modificado por el artículo 2 de la Ley 1220 de 2008. “El que propague epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.”

El actor igualmente cuestiona que en la norma demandada se ubique en una misma situación de igualdad a dos tipos de virus (el VIH y el VHB) que los avances científicos distinguen, toda vez que para la segunda existe una vacuna mientras que para la primera no.

6.3. Solución de la primera hipótesis

6.3.1. En cuanto a la primera hipótesis – esto es la conducta consistente en la “realización de prácticas” mediante las cuales un sujeto previamente enterado de su estado vírico pudiera contagiar a una persona de alguno de los virus que contempla la norma acusada – el tipo penal impugnado prevé la inclusión de todos aquellos actos cuya realización podría eventualmente llevar a la consumación del contagio correspondiente, salvo aquellos de que trata la segunda hipótesis en donde el verbo rector del tipo es la “donación” de sangre, semen, órganos, etc.

6.3.2. El análisis de esta primera situación exige que la Corte proceda a aplicar el juicio integrado de igualdad que la jurisprudencia constitucional ha acogido para casos en donde se alega la violación del artículo 13 superior. Ciertamente, aunque la Corte ha sostenido que a pesar de que en materia de derecho penal el Legislador cuenta con una amplia libertad de configuración normativa, en su labor debe aún respetar los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad[98].

6.3.3. En palabras de la jurisprudencia, el referido juicio integrado de igualdad consta de tres etapas de análisis, a saber:

“i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza;

(ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y

(iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las

situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución[26[99]].”[100]

La evacuación de la última etapa recién citada depende del resultado de un test de razonabilidad y proporcionalidad, en donde comúnmente se analizan:

“(i) el fin buscado por la medida,

(ii) el medio empleado y

(iii) la relación entre el medio y el fin.”[101]

Y, en tratándose del referido test en su modalidad estricta, surge un “cuarto aspecto de análisis, referente a “si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”[102]

6.3.4. En el anterior orden, tras recordar que la jurisprudencia ha reconocido que “el juicio estricto de igualdad procede, [entre otras] cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados (...)”[103], y considerando que la norma recae sobre un grupo poblacional que se encuentra gravemente afectado por la estigmatización y discriminación (ver supra 3), la Corte pasa a efectuar el respectivo juicio integrado de igualdad, aplicando un test de razonabilidad y proporcionalidad en su modalidad intensa o estricta, como se ilustra a continuación:

6.3.5. En un primer momento surge la duda sobre si los dos virus que contempla la norma demandada (el VIH y el VHB) se encuentran en una misma posición de igualdad que permita otorgarles un tratamiento análogo. Es decir, se trata de un juicio de igualdad que analiza el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 desde una perspectiva interna.

La respuesta de la Corte a este primer interrogante es positiva toda vez que, al margen de las diferencias que existen entre el VIH y el VHB se tiene que: i) ambos son virus que producen enfermedades que ponen en grave peligro la salud humana, al punto de acabar con ella (ver supra 2); ii) ambos son virus que producen un particular rechazo y miedo por parte del conglomerado social (ver supra 3); iii) ambos son susceptibles de transmisión por medio del contacto de iguales fluidos corporales (ver supra 4); y (iv) ambos son virus que

pueden ser medicamente tratados y cuya propagación puede ser científicamente controlada (ver supra 4).

Así las cosas, aun cuando se cree que el VHB es de una probabilidad de contagio mucho mayor al VIH (ver supra 3.2), la Corte considera que, en lo fundamental, el VIH y el VHB se encuentran en un mismo plano de igualdad y, si reciben, un mismo trato jurídico por parte del artículo 370 del actual Código Penal, la Corte no observa que el análisis interno de la norma amenace el artículo 13 de la Constitución pues se trata de un trato igual entre iguales.

6.3.6. Procede entonces aplicar el juicio de igualdad comparando el trato que el Legislativo le otorga al VIH y al VHB con aquel que se les brinda a otras patologías de eventual igual o similar peligro para la vida humana. Es decir, se trata ahora de realizar el análisis de la norma demandada desde una perspectiva externa, a la luz de patologías posiblemente análogas que la norma no contempla pero que, como se señaló en los problemas jurídicos a resolver, sí incorpora el tipo penal general del artículo 369 de la Ley 599 de 2000[104]. Sobre este particular, la Corte considera que:

6.3.6.1. Inicialmente es claro que tanto el VIH como el VHB son unos virus que, como sucede con otras varias infecciones de transmisión sexual (ITS), tienen graves consecuencias en la salud humana. Según Profamilia, entre estas otras ITS están: (i) la gonorrea, que “puede causar infertilidad, pues la infección sube hacia los órganos internos. En el caso de las mujeres produce inflamación y obstrucción de las trompas o abscesos (cúmulos de pus) en los ovarios. En el hombre, infecciones en la uretra, próstata, vesículas seminales y el epidídimo. (...) Cuando una mujer embarazada tiene gonorrea y su hijo nace por vía vaginal, corre el riesgo de que el recién nacido presente una infección en los ojos”; ii) la sífilis, en cuya tercera etapa “no siempre se presentan síntomas, pero el microorganismo ataca otros tejidos del cuerpo como la estructura ósea, el cerebro, la médula espinal y los vasos sanguíneos”; y (iii) los virus del papiloma humano (VPH), uno de cuyos tipos puede “producir modificaciones en las células, llegando a producir cáncer de cuello uterino.” [105] Mención especial debe hacerse, sin embargo, para el virus del Hepatitis C (VHC). En efecto, aunque no está contemplado en la norma demandada, este último virus es igualmente letal que el VHB[106], es casi tres veces más común que el VHB en el continente americano y, solo en Latinoamérica y el Caribe, doblemente más frecuente

que éste último[107].

De lo atrás expuesto la Corte verifica que entre el grupo de los virus de que trata la norma demandada y el grupo de otras ITS que no contempla ésta, existen suficientes similitudes como para que sean objeto de comparación a la luz del principio de igualdad.

6.3.6.2. Para la Corte es igualmente claro que, siendo los dos grupos de patologías comparables, la norma demandada particulariza al primero de ellos –esto es, al compuesto por el VIH y el VHB- y por ende le otorga a este grupo un trato diferenciado respecto del segundo (es decir, se trata de un trato desigual entre iguales). En efecto: i) mientras que la norma demandada establece que la transmisión del VIH y/o del VHB es un delito de mero peligro (que se perfecciona sin que la transmisión efectivamente se produzca pues se requiere la realización de prácticas mediante las cuales “se pueda” contaminar a otra persona), para las demás ITS, incluida la peligrosa VHC, el delito que contempla el artículo 369 de la Ley 599 de 2000 es de daño, pues exige la producción de un resultado: la “propagación”[108]; y (ii) mientras que el artículo 369 del actual Código Penal impone una pena de “prisión de cuatro (4) a diez (10) años” para quien propague cualquier tipo de epidemia, el subsiguiente artículo 370 que es ahora impugnado impone una más gravosa “de seis (6) a doce (12) años”.

6.3.6.3. La Corte considera que el fin de protección de la salud pública por el que propende el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 es constitucionalmente imperioso. En efecto, aunque se han logrado importantes avances en la lucha contra la propagación del VIH y del VHB (ver supra 4), tales enfermedades siguen constituyendo una amenaza masiva (ver supra 2.1. y 2.2.), lo que exige una continuidad en dicha lucha, en protección de la salud pública y, por ende, de los derechos fundamentales a la salud y a la vida misma.

6.3.6.4. No sucede lo mismo, sin embargo, respecto de la efectividad de la norma demandada. Ciertamente, aun cuando pudiera pensarse que la sanción que contempla la infracción de la norma impugnada fuera un medio efectivo por razón del poder disuasivo que posee la privación de la libertad como la sanción más cara que el Legislativo puede imponer dentro del ordenamiento constitucional nacional, existen razones que le restan eficacia sustancial a la norma demandada. Veamos:

- La norma podría ser ineficaz debido a la necesaria verificación del requisito de

culpabilidad al momento de calificar la conducta. Piénsese, por ejemplo, cómo el desconocimiento del estado de contagio del VIH y/o del VHB- resultaría ser la mejor defensa dentro de un proceso penal por la transmisión de tales virus. Más concretamente, la norma penal demandada tendría como efecto un poder disuasivo que, antes que evitar el quebrantamiento del tipo penal, invitaría a las personas a no someterse a unas pruebas sobre su estado vírico cuyo eventual resultado positivo para dichos virus podría determinarlos como sujetos con potencial responsabilidad penal[109].

- La norma podría ser incluso contraproducente para el fin buscado. En efecto, la anterior disuasión sobre la posibilidad de someterse a una prueba que diera cuenta del estado de infección de cualquiera de los virus previstos en la norma atacada resultaría en que, por desconocer su estado vírico, decrecería el número de personas seropositivas que creyeran necesario evitar la transmisión de unas infecciones que, aunque presentes en su organismo, no estarían en su conocimiento. Así, un sujeto infectado por cualquiera de los virus señalados en la norma acusada pero desconocedor de su estado no sentiría la necesidad de tomar otras precauciones para evitar la transmisión de su infección, como la utilización de barreras impermeables que impidieran la transmisión vírica de un sujeto infectado a otro que no lo fuera (ver numeral 4.10. supra). Por el contrario, un sujeto debidamente informado sobre su estado seropositivo para el VIH (y/o para el VHB en menor medida, según lo señalado en el numeral 4.8. supra) podría, mediante un efectivo TAR, reducir sustancialmente su carga viral y con ello anular las posibilidades de transmitir tal virus sexualmente, aún sin la necesidad de utilizar un preservativo (ver supra 4.4.2.). Más allá, el desconocimiento de la pareja sexual sana sobre el estado vírico de la pareja sexual infectada con el VHB afectaría negativamente la posibilidad de que aquella tomara la decisión de vacunarse contra tal virus (ver numeral 4.7. supra), pudiendo así mantener relaciones sexuales con un riesgo mínimo de contraerlo.

- La privación de la libertad a que estuvieran sujetas las personas que incurrieran en la conducta descrita por la norma penal impugnada sería igualmente desacertada pues sería un factor que favorecería la dispersión de los respectivos virus dentro de los centros penitenciarios. De hecho, la realización de conductas de alto riesgo para la transmisión del VIH es prevalente en los centros de reclusión[110].

- Finalmente, la norma podría ser inane pues, dada la prevalencia del derecho a la

intimidad en tratándose del estado VIH/VHB de las personas[111], esta sería de escasa aplicación ante la dificultad de encontrar evidencia probatoria sobre el conocimiento previo del padecimiento de los virus. De acuerdo con ONUSIDA existen por lo menos 63 países que prevén normas penales específicas al VIH, pero solamente 17 de ellos habría procesado personas por tales delitos[112].

Por lo anteriormente anotado la Corte observa que la primera hipótesis de la norma -esto es, aquella mediante la cual se infringe la ley penal por la realización de prácticas mediante las cuales se pueda contaminar a otra persona del VIH y/o del VHB- no supera el test de razonabilidad en cuanto no existe una conducencia entre el tipo penal y el fin buscado por este. Por el contrario, los efectos de la norma podrían llegar a ser contrarios a la obtención del fin pretendido por ella. Sobre este particular, la Corte acoge la intervención de Dejusticia, Colombia Diversa y el ciudadano Jaime Ardila en cuanto a que “se (estaría) penalizando la vida sexual del portador, aunque tome medidas de prevención que reduzcan el riesgo prácticamente a cero. [También] 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 (...)”[113]

6.3.6.5. Aun cuando la ineffectividad de la norma impugnada según lo atrás manifestado sería suficiente para que la primera hipótesis de la norma repruebe el test de igualdad, la Corte también observa que dicha hipótesis tampoco cumple con el requisito de proporcionalidad. Esto toda vez que:

- Al restringir la aplicación de la norma para quienes padecen de VIH y/o de VHB, dejando de lado a quienes sufran de cualquier otra ITS, se refuerzan los imaginarios de perversidad y peligro que han rodeado a los portadores de estas enfermedades, particularmente a quienes viven con el VIH. La promoción de tal ideario, además de infundada, resulta evidentemente contraria a los postulados de no discriminación/no estigmatización que la Corte ha defendido según se expresó en el numeral 3 supra. Por el contrario, la particularización de unas enfermedades que pueden estar asociadas a determinados comportamientos sexuales o de adicción, terminan por producir una inconstitucional estigmatización de sectores históricamente marginalizados como lo son la comunidad LGTBI, los consumidores de sustancias adictivas y los trabajadores y trabajadoras sexuales. Esto genera un círculo vicioso pues la marginalización lleva consigo

el riesgo de contraer uno de los virus que contempla la norma, al tiempo que el estado de seropositivo de uno de tales virus resulta en la marginalización de su portador[114].

- Como se ha explicado, la transmisión del VIH y del VHB no es una cuestión que deba ser necesariamente asociada con cualquier comportamiento subjetivo. Por el contrario, son muchos los casos de transmisión de tales virus que no son el fruto de conductas imputables al portador inicial. Dentro de estos últimos casos están, por ejemplo, la transmisión por abuso y violencia sexual; particularmente contra las mujeres, adolescentes y niñas como sujetos especiales de protección constitucional en Colombia. [115]

- Debido a su más frecuente acceso al sistema de salud, la población femenina es más propensa a conocer su estado vírico que sus parejas sexuales masculinas.[116] Tal situación convierte a las mujeres en sujetos de responsabilidad penal en una proporción mayor a la masculina, en detrimento del principio de igualdad.[117]

- Además, considerando que el artículo 369 de la Ley 599 de 2000 prevé la privación de la libertad para todo aquel que “propague epidemia” sin distingo alguno, es claro que el fin de protección a la salud pública pretendido por la norma penal atacada puede ser cumplido a través de la aplicación de una norma que, por su generalidad, no implicaría el quebrantamiento del principio de igualdad en la dimensión que corresponde con el deber de no discriminación explicado en el numeral 3 supra. Más aún, los eventuales casos en donde se acredite la transmisión dolosa y malintencionada del VIH podrían ser penalmente castigados, en concurso con el tipo penal de que trata el mentado artículo 369 de la Ley 599 de 2000, mediante normas penales generales como aquellas que remiten a las lesiones personales y/o al homicidio.

6.3.6.6. Finalmente ha de decirse que la norma no resulta necesaria pues, con ocasión de los avances científicos en torno al tratamiento y prevención de la transmisión del VIH y/o el VHB, antes que acudir a la criminalización de la transmisión de tales virus, resultaría más efectivo emprender campañas masivas de educación sobre los distintos métodos que existen para prevenir la infección sexual de los mismos entre parejas serodiscordantes y/o sobre los riesgos de compartir elementos que impliquen el contacto interpersonal de fluidos que puedan portar dichos virus (p. ej. compartición de jeringas entre consumidores de heroína).[118]

Por lo expuesto en el presente numeral 6.3.6 la Corte declarará la inexecutable del artículo 370 de la Ley 599 de 2000 en cuanto trata de la primera hipótesis de aplicación; esto es, por la realización de prácticas mediante las cuales se pueda contaminar a otra persona de VIH y/o VHB.

6.4. Solución de la segunda hipótesis

6.4.1. Aunque del texto de la demanda no se desprende con claridad que esta se dirija contra la segunda hipótesis de la norma demandada -esto es, la criminalización por la premeditada donación de sangre, semen, órganos y, en general, componentes anatómicos que puedan contener el VIH y/o el VHB- la Corte considera preciso pronunciarse sobre esta con arreglo al principio pro actione y tras considerar que la demanda ataca la integridad del artículo 370 de la Ley 599 de 2000.

6.4.2. Para el anterior efecto debe comenzar por indicarse que, tras revisar la legislación que regula la donación de las materias orgánicas que prevé la norma impugnada, la Corte encuentra que, además del VIH y del VHB, los bancos que reciben y almacenan tales entidades deben verificar si estas cargan con otra cantidad de enfermedades o infecciones.

Veamos:

i) En tratándose de donación de sangre, el Decreto 1571 de 1993[119] prevé en su artículo 42 que:

“Los bancos de sangre, cualquiera que sea su categoría, deberán obligatoriamente practicar bajo su responsabilidad a todas y cada una de las unidades recolectadas las siguientes pruebas:

* Determinación Grupo ABO (detección de antígenos y anticuerpos).

* Determinación Factor Rh (antígeno D) y variante Du, en los casos a que haya lugar.

* Prueba serológica para sífilis.

* Detección del antígeno del virus de la hepatitis C.

* Detección del antígeno de superficie del virus de la hepatitis B.

* Detección de anticuerpos contra el virus de la Inmunodeficiencia Humana Adquirida (HIV) 1 y 2.

* Otros que de acuerdo a los estudios de vigilancia epidemiológica se establezcan para una región determinada por parte del Ministerio de Salud.”

ii) Para el caso de donación de gametos[120] y preembriones, la Resolución 3199 de 1998[121] contempla en su artículo 13 que:

“Para ingresar al programa de Biomedicina Reproductiva, tanto al donante como a la receptora se le deben efectuar como mínimo los siguientes exámenes:

- Hemoclasificación.
- Prueba para sífilis.
- Prueba HIV.
- Antígeno de superficie de hepatitis B.
- Anticuerpos contra hepatitis C.
- Cultivos de semen y de uretra para Neisseria Gonorrhoeae y Chlamydia.
- Test de mononucleosis y otras pruebas que se consideren pertinentes de acuerdo a la región de donde proviene el donante y el receptor. Mientras las personas permanezcan en el programa, los exámenes determinados en el presente artículo deberán ser repetidos cada seis meses. Teniendo en cuenta que el donante debe ser descartado del programa dieciocho (18) meses después de haber ingresado al mismo.”

iii) Finalmente, respecto de la donación de órganos y tejidos, el Decreto 2493 de 2004[122], en su artículo 18 se establece que:

“Los bancos de tejidos y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, deberán obligatoriamente practicar bajo su responsabilidad a todos y cada uno de los donantes las

siguientes pruebas, cuando estas apliquen:

1. Determinación de anticuerpos citotóxicos.
2. Determinación del grupo sanguíneo.
3. Determinación del antígeno D (Rh).
4. Prueba de histocompatibilidad (HLA).
5. Prueba serológica para la sífilis.
6. Detección de anticuerpos contra el virus de la Hepatitis C.
7. Detección del antígeno de superficie del virus de la Hepatitis B (HBsAg).
8. Detección de anticuerpos totales contra el antígeno core del virus de la Hepatitis B (Anti HBc).
9. Detección de anticuerpos contra el virus linfotrópico de células T Humanas (HTLV 1 y 2).
10. Detección de anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH 1 y 2).
11. Detección de anticuerpos contra el *Tripanosoma Cruzii* (Chagas).
12. Detección de anticuerpos contra el Citomegalovirus.
13. Detección de anticuerpos contra el virus Epstein Baar (EBV).
14. Otras que de acuerdo con el riesgo en salud, situaciones clínicas específicas y estudios de vigilancia epidemiológica sean establecidas para una región determinada o en todo el territorio nacional por el Ministerio de la Protección Social.”

6.4.3. De lo atrás expuesto es claro que para los elementos orgánicos de que trata la segunda hipótesis del artículo 370 de la Ley 599 de 2000, además de que su donación y efectiva utilización está sujeta a la previa detección de sanidad en cuanto trata del VIH y del VHB, también lo es respecto de otros virus como el Hepatitis C (VHC), o de bacterias como

la sífilis, la gonorrea y/o la clamidia (Hepatitis C y sífilis en los tres casos).

6.4.4. Por otra parte, una comparación entre el VHB y el VHC permite concluir que: i) ambos son virus que producen enfermedades que tienen consecuencias análogamente graves sobre la salud humana[123]; ii) ambos pueden transmitirse a través del contacto sanguíneo[124]; iii) ambos son infecciones de frecuente coinfección con el VIH[125]; iv) mientras que para el VHB existe vacuna altamente efectiva, ello no ocurre para el VHC[126]; v) en el continente americano el 99% de las muertes ocasionadas por la hepatitis están asociadas al VHB y el VHC[127]; y vi) en Latinoamérica y el Caribe, el VHC es doblemente más común que el VHB[128]. Es decir, en lo fundamental el VHC y el VHB son virus análogos sin perjuicio de que, eventualmente puedan existir argumentos que harían al primero de ellos de mayor peligrosidad que al segundo.

6.4.5. En el anterior orden para la Corte es claro que la norma impugnada particulariza arbitrariamente al VIH y al VHB sin que esté justificado el trato generalizado que, por otra parte, se les da a otras ITS suficientemente peligrosas para la salud y vida humana, como es evidentemente el VHC. Tal particularización injustificada resulta en una violación al principio de igualdad pues evidentemente se trata de un trato distinto entre iguales (ver 6.4.3. supra) sin que exista una mínima justificación al respecto; es decir, se trata de un trato abiertamente discriminatorio.

6.4.6. Por otra parte, la propia ley se encarga de establecer un protocolo que salvaguarda de manera efectiva el interés que subyace a la protección de la salud pública, al poner en cabeza de las entidades receptoras y depositarias de los elementos biológicos a que alude la norma impugnada, la responsabilidad de verificar que el respectivo material esté libre de VIH, VHB o de cualquier otra patología que ponga en peligro la salubridad de quienes sean destinatarios de tales sustancias. En ese orden, la ley misma se encarga de establecer un mecanismo de mayor efectividad para la protección de la salud pública, respecto de la criminalización que prevé la norma impugnada mediante la particularización discriminadora de la población que padezca los referidos virus (ver 6.4.2. supra); razón por la que podríamos concluir que la criminalización especial del VIH y del VHB no es necesaria y, por ello, resulta una medida inconstitucional.

Por lo recientemente expuesto, al igual a como se estableció la inexequibilidad del artículo

370 de la Ley 599 de 2000 para su primera hipótesis de aplicación (ver 6.3. supra), la Corte también declarará la inexequibilidad de la misma norma en su segunda hipótesis de aplicación; lo que resulta en la inexequibilidad de toda la norma impugnada.

B. En cuanto a la violación al libre desarrollo de la personalidad

6.5. Ahora bien, en cuanto trata del cargo de la demanda que cuestiona la constitucionalidad del artículo 370 de la Ley 599 de 2000 con fundamento en su incompatibilidad con el artículo 16 superior, el demandante denuncia que el respectivo tipo penal limita el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en la faceta que concierne con el disfrute y goce pleno de la sexualidad.

Tal acusación la funda el ciudadano actor en que, por ejemplo, “si una persona conscientemente quisiera tener relaciones sexuales con otra persona que estuviera infectado (sic) por alguno de estos dos virus, el portador cometería un delito”, incluso si se “[tomaran] medidas preventivas como el uso de preservativos o [de] medicamentos que hoy hacen muy improbable la transmisión de enfermedades”.

Así mismo el actor sostuvo que, si bien puede ser que la norma acusada propenda por la protección del derecho colectivo a la salud pública, la defensa de tal derecho no puede obtenerse a costa de que a un grupo de personas se le niegue la vivencia de su sexualidad pues, además de ineficaz, tal restricción resultaría desproporcionada. En este orden, el actor finalizó indicando que “la vulneración real al derecho a la salud de otra persona sucede cuando esa persona es contagiada por una enfermedad (en este caso de transmisión sexual) y NO cuando hubo una relación consensual en donde una de las partes padecía de una enfermedad, pero tomó precauciones para evitar el contagio, que de hecho, no ocurrió. Esto es obvio, porque si la otra persona no contrajo ninguna enfermedad como consecuencia de la relación sexual, su salud no se vio afectada como tampoco puede verse afectada la salud pública, pues de esto no surgió un nuevo portador que pueda, en potencia, contagiar a más personas”.

6.6. Dicho lo anterior, la Corte comienza por recordar que la protección al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad encuentra su límite cuando el ejercicio de tal derecho choca con los derechos de los demás. Eso es lo que precisamente se desprende del artículo 16 superior cuando prevé que “Todas las personas tienen derecho al libre

desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

6.7. El desarrollo jurisprudencial del artículo 16 de la Constitución ha precisado, no obstante, que no cualquier incompatibilidad entre el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y los derechos ajenos puede servir para restringir el ejercicio de aquel derecho. Justamente, en Sentencia T-562 de 2013[129] se reiteró que “para que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima debe tener un fundamento jurídico constitucional. De lo contrario, es arbitraria, pues las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar este derecho[19][130].”(Énfasis fuera de texto). El anterior postulado fue mayormente desarrollado por la Sentencia T-565 de 2013[131] cuando precisó que “con el fin de determinar qué tipo de limitaciones al libre desarrollo de la personalidad resultan constitucionalmente admisibles, la jurisprudencia parte de distinguir dos tipos de actuaciones del sujeto que son susceptibles de un escrutinio igualmente diferenciado. En primer lugar, están aquellos comportamientos que solo conciernen a la persona y que, por ende, no interfieren en la eficacia de derechos de terceros. Estos actos son expresiones propias del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, de manera general, no pueden ser válidamente orientadas o restringidas. En segundo lugar, concurren aquellas actuaciones en donde el comportamiento del sujeto puede incorporar afectaciones a derechos fundamentales de otras personas, caso en el cual sí son admisibles limitaciones, siempre y cuando superen satisfactoriamente criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, la restricción correspondiente solo devendrá legítima cuando cumpla con finalidades constitucionalmente obligatorias, como son precisamente la protección de los derechos fundamentales de otras personas.” (Énfasis fuera de texto)

6.8. Por otra parte, descendiendo al segundo problema jurídico que en esta providencia se debe resolver, que atañe con el eventual enfrentamiento que existiría entre la faceta del derecho al libre desarrollo de la personalidad que remite a los derechos sexuales de las personas y el fin de salud pública por el que propende la norma acusada (ver supra 1), la Corte recuerda como en Sentencia T-1096 de 2004[132] señaló que “las dimensiones afectivas y sexuales de todo ser humano, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, pueden ser objeto de restricciones razonables, pero no anulados” (Énfasis fuera de texto)[133]; o como en Sentencia T-732 de 2009[134] se indicó que “(e)n virtud

del derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución)[18][135]. En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación[19][136] (...)”

6.9. Con lo anterior en mente, la Corte vislumbra que la restricción que impone el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 sobre los derechos sexuales de quienes padecen del VIH y/o del VHB no resulta razonable por las siguientes tres razones, a saber:

6.9.1. De la redacción de la norma impugnada se desprende una restricción absoluta o anulación de los derechos sexuales de la población portadora del VIH y/o del VHB. Justamente, la norma penaliza a quienes, por su mera condición vírica, pudieran eventualmente contagiar a su pareja sexual de tales virus. Por esta simple razón, toda vez que la anulación de los derechos sexuales de las personas no es constitucionalmente admisible bajo ninguna circunstancia (ver 6.8 supra), la norma deviene en inexecutable; inexecutable que, cabe reiterar no se opone a “la constitucionalidad de normas legales que establecen ‘edades mínimas’ a partir de las cuales los menores pueden realizar actividades que comprometan sus derechos y su desarrollo, como una medida de protección.”[137]

6.9.2. Por otra parte, si bien el objeto de la norma acusada busca proteger el interés general, por las mismas razones expuestas en el numeral 6.3.4 supra, la realización de prácticas mediante las cuales se pueda contaminar a otra persona del VIH y/o del VHB- no supera el test de razonabilidad en cuanto no existe una conducencia entre el tipo penal acusado y el fin buscado por este. Es decir, la norma no luce idónea para la consecución de los fines perseguidos por la misma.

6.9.3. Finalmente, como se explicó en el numeral 6.3.6.6 supra, la norma acusada tampoco resulta necesaria para la protección de la salud pública pues, con ocasión de los avances científicos en torno al tratamiento y prevención de la transmisión del VIH y/o el VHB, antes que acudir a la criminalización de la transmisión sexual de tales virus, resultaría más efectivo emprender campañas masivas de educación sobre los distintos métodos que existen para prevenir la infección sexual de los mismos entre parejas serodiscordantes.

Por lo recién expuesto y sin perjuicio de las razones expuestas en el literal A del presente

numeral 6 y que sirvieron para declarar la inexecutable de la norma impugnada por violación al artículo 13 superior, la Corte reitera que dicha inexecutable también es el resultado de la violación al artículo 16 de la Carta.

7. Conclusiones

Por las razones expuestas la Corte declarará la inexecutable de la integridad del artículo 370 de la Ley 599 de 2000 por la violación que su texto implica sobre los artículos 13 y 16 de la Constitución Política. Lo anterior por cuanto aun cuando la norma persigue un fin constitucionalmente imperioso, reprueba el juicio integrado e igualdad al no establecer una medida necesaria, efectiva y proporcional al fin perseguido. Además, la norma implica una restricción inconstitucional a los derechos sexuales de la población que padece de las enfermedades que prevé la norma.

8. Síntesis

La Corte considera que el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 debe declararse inexecutable por la violación al principio de igualdad y a libre desarrollo de la personalidad que prevén, respectivamente, los artículos 13 y 16 de la Constitución Política.

Los fundamentos de la anterior decisión principalmente recaen en que la norma acusada no logra superar el test estricto de igualdad que se impone con ocasión de la especial condición de protección constitucional de que gozan quienes padecen de VIH y/o VHB como grupo que ha sido sujeto a una estigmatización y discriminación constitucionalmente reprochable, tal y como lo ha reconocido la Corte de modo reiterado.

En desarrollo del anterior test, la Corte procedió a analizar las dos hipótesis conductuales que incorpora la norma impugnada, a saber: (i) la realización de prácticas que pueden derivar en la transmisión de dichos virus; y (ii) la donación de diversos tipos de componentes anatómico que contengan tales virus.

Frente de la primera hipótesis, tras estudiar el estado de la ciencia y de sus avances respecto de tratamiento del VIH, la Corte encontró que los medicamentos antirretrovirales (TAR) son una cura funcional para tal virus que, reduciendo la respectiva carga viral en el cuerpo humano, anula sus posibilidades de transmisión sexual aún sin el uso de una barrera

impermeable como el preservativo, a lo que se suma el incremento de la expectativa de vida del respectivamente seropositivo hasta equipararse con la de quienes no se encuentran infectados. Así mismo, frente del VHB, se verificó la existencia de una vacuna altamente efectiva y de alta cobertura nacional, con aspiraciones de universalidad, que se constituye como un método profiláctico eficaz contra la contracción del virus y de las enfermedades inducidas por este; todo ello, sin perjuicio de la efectividad que para los mismos efectos ofrece el uso de barreras impermeables cuando se trata de relaciones sexuales.

Con lo anterior en mente, luego de traer a colación algunas experiencias del derecho comparado en torno a la criminalización de la transmisión del VIH, la Corte inicialmente encontró que aunque el virus atrás mencionado y el VHB son análogamente peligrosos para la salud humana, por lo que -desde una perspectiva interna de la norma - el test de igualdad es superado

No obstante, al analizar la norma desde una perspectiva externa, la Corte censuró la constitucionalidad del tratamiento diferenciado que la norma realiza sobre el VIH y el VHB frente de otras infecciones de transmisión sexual (ITS) que, como el virus de la hepatitis C (VHC) que, no obstante su peligrosidad y alto riesgo de transmisión, gozan de un tratamiento injustificadamente privilegiado con penas inferiores a las que prevé la norma demandada, con arreglo al tipo general y mayormente benigno que incorpora el artículo 369 del Código Penal.

Así mismo, la Corte refutó la efectividad de la criminalización particular que realiza la norma sobre el VIH y/o el VHB tras considerar que tal tratamiento penal termina por disuadir a sus posibles portadores de someterse a una prueba sobre su estado; prueba esta que, de ser positiva, les permita conocer sobre su condición viral, acceder a los tratamientos científicos que ofrece el estado actual de la ciencia, así como asumir medidas que impidan la propagación de dichos virus, rompan el círculo vicioso entre la marginalización de sus portadores y las posibilidades de nueva infección entre la población marginada, prueben ser eficaces a la luz del propósito de proteger a salud pública y, finalmente, no incentiven la constitucionalmente reprochable discriminación y estigmatización de sectores históricamente asociados a tales virus.

Por otra parte, respecto de la segunda hipótesis, asociada a la propagación del VIH y el VHB a través de la donación de diversos componentes anatómicos que puedan portar dichos virus, la Corte verificó que la norma no es necesaria puesto que los bancos y entidades inicialmente receptoras de tales sustancias y/o materiales biológicos están sometidos a una estricta regulación legal que permite detectar en ellas la eventual presencia de tales infecciones, así como de muchas otras (entre ellas el VHC), en eficaz defensa de la salud de las personas que aspiren a beneficiarse como receptores finales de dichos componentes anatómicos.

Mientras que las anteriores razones sirvieron para declarar la inexecutable de la norma por violación al artículo 13 de la Constitución, la inexecutable por violación al artículo 16 superior se fundó en la imposibilidad constitucional anular los derechos sexuales de las personas y en que la norma no resulta idónea ni necesaria para proteger el objetivo de salud pública que se persigue.

VIII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el artículo 370 de la Ley 599 de 2000.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Ausente en comisión

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-248/19

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-12883

Magistrada Ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Con el respeto acostumbrado, presento aclaración de voto frente a la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 5 de junio de 2019, que declaró la inexequibilidad del artículo 370 de la Ley 599 de 2000.

En efecto, acompañé la declaratoria de inexequibilidad de la norma impugnada, por violación del artículo 16 de la Constitución, en atención a que afectaba de manera desproporcionada el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, considero que esta no vulneraba el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución), en los términos planteados en la demanda. A mi juicio, la norma que consagraba el tipo penal de propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B no efectuaba una distinción irrazonable o constitucionalmente injustificada. Las razones que sustentan mi postura al respecto, son las siguientes:

i) No existe claridad en el parámetro de comparación propuesto por la Corte. Por razones que no se explican, la sentencia se limitó a contrastar las patologías referidas por la norma con otras “que se transmiten de modo similar”, aunque existan muchas enfermedades susceptibles de poner en peligro la salud pública, más allá de su vía de contagio. Con todo, lo cierto es que en este evento no existía un tertium comparationis preciso, que es el primer

presupuesto de cualquier test de igualdad. En efecto, más allá de la lista de patologías a la que la Corte tuvo que acudir, nunca explicó: a) por qué se trababa de dos grupos comparables inequívocamente definidos, b) cuáles eran los fundamentos de esa comparación, ni c) en qué consistía el supuesto trato desigual entre iguales otorgado por el artículo 370 del Código Penal.

ii) Dicho esto, la norma perseguía, como reconoce la Sala Plena, un fin constitucionalmente legítimo, pues el Legislador consideró, en un contexto social e histórico específico, con argumentos plausibles, que tipificar penalmente las prácticas dolosas que pudieran propagar enfermedades que constituían una amenaza masiva, constituía una medida idónea para proteger la salud pública. La Corte debía entonces guardar un margen de deferencia y respeto frente a esta consideración, más allá de que, bajo un escrutinio estricto, pueda concluirse que al día de hoy se trata de una norma ineficaz para ese propósito y en cambio sí, como quedó demostrado, contraria al libre desarrollo de la personalidad.

Fecha ut supra,

Carlos Bernal Pulido

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-248/19

SEXUALIDAD-Derecho a “tener prácticas sexuales” (Aclaración de voto)

ESTEREOTIPOS DE GENERO-Proscripción en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad (Aclaración de voto)

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS-Obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con la aplicación de estereotipos de género (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-12883

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 370 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

Actor: Felipe Chica Duque

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión que adoptó la Sala Plena en sesión del 5 de junio del 2019, en la cual se profirió la Sentencia C-248 de 2019.

La providencia declaró la inconstitucionalidad del tipo penal que criminalizaba el contagio de VIH y VHB, al considerar que se le daba un trato desigual e ilegítimo a esas enfermedades respecto de otras de transmisión sexual, que consideró contempladas en el artículo 369 de la Ley 599 de 2000, el cual penaliza la propagación de epidemias. Según la sentencia, dicha distinción residía en que la criminalización del contagio de VIH y VHB se insertaba en un tipo de peligro, mientras que el tipo de la propagación de epidemias es de daño y el primero contemplaba penas mayores. Al aplicar el test estricto de igualdad para verificar la razonabilidad de la medida, estableció que la misma tenía una finalidad imperiosa: la protección de la salud pública, pero que no era efectiva “debido a la necesaria verificación del requisito de culpabilidad al momento de calificar la conducta”. Así mismo, porque podría ser contraproducente al incentivar que la gente no se practicara exámenes para no conocer su estado seropositivo e inane por la prevalencia del derecho a la intimidad en relación con probar el conocimiento de vivir con el VIH o VHB. También porque la reclusión de personas portadoras favorecería la dispersión de los virus.

Adicionalmente, encontró que la desigualdad no superaba el juicio de proporcionalidad, ya

que: (i) al separar el contagio del VIH y el VHB del tipo de propagación de epidemias se reforzaba el ideario de perversidad y peligro; (ii) no consideraba el contagio por violencia sexual; y (iii) ponía a las mujeres en situación de ser susceptibles de mayor persecución, ya que al acudir al sistema de salud más frecuentemente podían conocer en mayor medida que los hombres si portaban o no esos virus. Finalmente, afirmó que la protección a la salud pública se conseguía mediante la penalización de toda forma de propagación de epidemias y que la medida no era necesaria, por que otras formas de protección de la salud pública podían ser más efectivas, como la educación sexual.

De otra parte, estableció que la transmisión de los virus por donación de sangre y tejidos tampoco era conducente ni necesaria y, por lo tanto, era inconstitucional. En el mismo sentido, determinó que la disposición anulaba los derechos sexuales, por lo cual violaba el artículo 16 de la Constitución.

2. Si bien comparto plenamente el sentido de la decisión discrepo de algunos puntos del análisis realizado. En mi concepto, la razón central por la cual el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 es inconstitucional se refiere a que la disposición es discriminatoria. En tal sentido, considero que el tipo penal que determina exclusivamente la criminalización del contagio del VIH y el VHB establece un trato discriminatorio entre las personas portadoras de los virus y las que no, al criminalizar su actividad sexual, al margen de situaciones de consentimiento. En mi criterio esa sanción se fundamenta en que el contagio del VIH ha estado asociado a estereotipos negativos y prejuicios alrededor del ejercicio de los derechos sexuales, particularmente de las personas gays, ya que el VIH ha sido tradicionalmente asociado a la homosexualidad.

3. En mi opinión, el VIH no puede ser equiparado a los demás virus de transmisión sexual, pues la discriminación que surge por portarlo le es exclusiva, en tanto se trata de la estigmatización asociada a la orientación sexual, que tiene una carga histórica de exclusión y discriminación específica. De otra parte, no comparto los argumentos de la sentencia que aducen que el problema de la norma es la individualización de la penalización del virus y que, ante la existencia del tipo penal de propagación de epidemias, el primer delito se vuelve irrelevante, en razón a que el segundo contempla la conducta que protege la salud pública. Desde mi punto de vista, el cargo no se refería a la comparación de los dos tipos penales y, además, ese acercamiento pierde de vista la distinción entre las conductas

sancionadas y obvia la discriminación indirecta que genera la norma, al penalizar efectivamente el sexo entre hombres.

El problema de la norma no es que carezca de efectividad y se vuelva irrelevante ante la criminalización de la propagación de epidemias, sino que penalice la actividad sexual de portadores de VIH y VBH en contravía de sus derechos sexuales y a la igualdad. En tal sentido, considero que el parámetro de comparación en este caso se refería a, de una parte, las personas que viven con los virus mencionados, y, de otra, las que no están en esa situación, categoría que incluye personas que tengan otras enfermedades de transmisión sexual y las que no. Luego, la comparación más relevante no es entre dos tipos penales, pues lo que cada uno de estos criminaliza es diferente y por eso no son comparables, sino a partir de la distinción de trato de que al segundo grupo no se le supervisa ni castiga su actividad sexual. Así pues, el contagio de una enfermedad no implica necesariamente la propagación de una epidemia.

De la misma forma, aun cuando pareciera que el tipo persigue una finalidad legítima, en realidad, no apela a un problema de salud pública, como lo sería la propagación de una epidemia, sino que castiga cualquier actividad de la cual pueda darse el contagio. Es decir, criminaliza todo acto sexual realizado por personas portadoras de los virus, sin importar las condiciones en que se den esas relaciones, luego, no tiene en cuenta el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ni si además se está bajo condiciones de contagio casi nulas. Esa particularidad también parte de la premisa estereotipada de que los hombres que tienen sexo con otros hombres son promiscuos.

Los derechos sexuales

5. Los derechos sexuales “abarcen derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales. Esencialmente se sostienen sobre el reconocimiento de que todos los individuos tienen el derecho, libre de coerción, violencia o discriminación, de acceder al más alto nivel de salud sexual, perseguir una vida sexual placentera, satisfactoria y saludable, tener control y decidir libremente, con atención a los derechos de terceros, sobre lo relativo a la sexualidad, reproducción, orientación sexual, integridad personal, pareja e identidad de

género, al que igual que a acceder a los servicios, educación, información, incluida la educación sexual, que sea necesaria para alcanzar lo precedente”[138].

6. Si bien muchas veces se refiere a los derechos sexuales y reproductivos en conjunto, estos son distinguibles, aunque se encuentren relacionados en algunos aspectos. Como lo dijo la Sentencia T-732 de 2009[139], los derechos sexuales “protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad”. Por esa razón, su núcleo esencial se refiere a la protección de la autonomía de la voluntad en relación con la sexualidad, lo cual incluye el consentimiento. Ahora bien, el componente del ejercicio de la libertad sexual no es el único que integra los derechos sexuales, como segundo elemento se encuentra el derecho a acceder a servicios de salud sexual[140]. Dentro del catálogo de situaciones en las cuales la Corte ha protegido los derechos sexuales se encuentran:

- El derecho a acceder a servicios de salud para tratar la disfunción eréctil[141];
- El derecho a condiciones dignas en la visita íntima en centros de reclusión[142];
- El derecho a acceder a implantes penéanos[143].

De la misma forma, aunque indirectamente, las Sentencias C-577 de 2011 y SU-214 de 2016 protegieron los derechos sexuales al delimitar el alcance de la familia de conformidad con las diversas formas que puede tomar esa institución bajo la cláusula de igualdad constitucional y permitir la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo. La garantía indirecta de esos derechos se deriva de la legitimación de las uniones y formas de familia que involucran la decisión autónoma de identificarse como LGTBI+, es decir la identidad sexual.

7. La norma estudiada por la Sala Plena, al prohibir y sancionar cualquier práctica mediante la cual se pueda contagiar a otra persona de los virus tantas veces mencionados, viola el derecho a la libertad sexual de los sujetos del tipo. Particularmente las personas homosexuales, en quienes la sanción tiene un efecto desproporcionado, por ser la población que en mayor medida vive con el VIH. Esa prohibición es irrazonable en tanto sacrifica completamente la autonomía sexual al situar a estas personas como ciudadanos cuyos actos más íntimos no solo deben ser vigilados, sino castigados y a

quienes, de facto se les despoja de la posibilidad de sostener relaciones sexuales protegidas, inclusive con consentimiento y bajo tratamientos que reduzcan las posibilidades de contagio. Así pues, la amplitud del tipo sacrifica completamente los derechos sexuales, ya que potencialmente cualquier acto sexual puede contaminar a otra persona.

Esa desproporción sugiere que el Legislador traspasó la frontera entre una sanción con fundamento en un fin legítimo y la sanción por considerar inmoral una acción, ligada particularmente al hecho de que el contagio del VIH se da en su mayoría en relaciones homosexuales[144]. Lo anterior, tiene un impacto indudable en el ejercicio del derecho a la igualdad. Por ende, aun cuando pareciera que la norma busca un fin legítimo, a saber, la protección de la salud pública, en realidad esconde prejuicios acerca de la homosexualidad fundados en razonamientos morales discriminatorios.

8. La sexualidad hace parte de la condición humana y todas las personas tienen derecho a ejercerla inclusive quienes son portadores del VIH o VHB, siempre bajo el respeto de los derechos de terceros, sin discriminación y sin coerción[145]. Así mismo, la construcción de la sexualidad, que está relacionada con la identidad de género y con el proyecto de vida de las personas y cómo viven el mundo depende de diferentes interacciones entre factores sociales, políticos y culturales, entre muchos más. De este modo, la criminalización de este tipo de conductas, como lo dice la ponencia, genera un estigma particular alrededor de las personas que viven con VIH o VHB y ejercen su sexualidad. Tal reproche, es una práctica discriminatoria y viola el deber de eliminar las prácticas que involucren estereotipos de género negativos que se deriva del artículo 13 superior.

El deber de eliminar los estereotipos de género negativos relativos al ejercicio de la sexualidad de las personas homosexuales

9. Como lo advertí en mi aclaración de voto a la Sentencia C-246 de 2017 que reitero ahora en lo relevante, en virtud de la cláusula de igualdad y del bloque de constitucionalidad, en particular del artículo 5º de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), los Estados tiene el deber de modificar los estereotipos de género perjudiciales o dañinos y de eliminar la aplicación de tales estereotipos, ya que, en la práctica, lo anterior se remite a conductas injustificadas

que violan los derechos fundamentales de las personas.

10. Los estereotipos de género negativos, como lo ha dicho la jurisprudencia al citar académicas reconocidas sobre el tema, son “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir’ (Cusack & Cook, 2012, pág. 11). En ese sentido, los estereotipos de género son las creencias – que usualmente no cuestionamos – sobre las diferencias entre hombres y mujeres, que nos llevan a asignar características o roles a cada uno y a esperar determinados comportamientos en función de esos roles”[146].

Mientras que la aplicación injustificada de los anteriores se refiere a la práctica de “adscribir atributos, características o roles específicos a hombres o mujeres con exclusivo fundamento en pertenecer a tal grupo, lo cual resulta en una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales. El daño se causa por la aplicación a un individuo de una creencia estereotipada (i.e. el Estado fortaleciendo un estereotipo de género mediante una ley) de forma tal que se afecta de manera negativa el reconocimiento, ejercicio o goce de sus derechos o libertades”[147].

11. La existencia de estereotipos perjudiciales o dañinos se encuentra estrechamente ligada a las protecciones de la libertad de expresión. Por esta razón, el Comité de la CEDAW ha aclarado que no se requiere de los Estados “eliminar” las creencias de tal naturaleza, no obstante, se exige modificarlas y transformarlas mientras que su aplicación, al desencadenar violaciones de derechos humanos, debe eliminarse[148].

12. Cabe destacar que el Comité de la CEDAW, al detenerse respecto a casos en los cuales se han aplicado estereotipos de género perjudiciales por agentes estatales, específicamente en el ámbito judicial, ha dicho que:

“El Comité subraya que la aplicación plena de la Convención no solo exige de los Estados que tomen medidas para eliminar la discriminación directa e indirecta y para mejorar la situación de facto de la mujer, sino que también modifiquen y transformen los estereotipos de género y pongan fin a la aplicación injustificada de estereotipos de género negativos, que son causa fundamental y consecuencia de la discriminación contra la mujer. El Comité opina que los estereotipos de género se perpetúan a través de varios medios e

instituciones, como son las leyes y los sistemas judiciales, y que pueden ser perpetuados por agentes estatales de todas las esferas y niveles de la administración, así como por agentes privados”[149]. (Subraya añadida)

13. Las anteriores obligaciones se han desarrollado particularmente en el ámbito de la eliminación de la violencia contra la mujer, para enfatizar cómo ciertas creencias estereotipadas de las mujeres han influenciado la acción estatal respecto a su obligación del deber de debida diligencia en la prevención, investigación, sanción y erradicación de este fenómeno. Igualmente, el Comité de la CEDAW se ha pronunciado sobre los estereotipos de género que previenen a las mujeres a ejercer su derecho a la igualdad en el ámbito laboral o las violaciones de derechos que se pueden derivar de la aplicación de estereotipos sobre el rol reproductivo de las mujeres[150] o en las relaciones familiares.

14. Se debe precisar que, aun cuando el Comité de la CEDAW ha sido el principal órgano en desarrollar estas obligaciones, los Comités de Naciones Unidas de Derechos Humanos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también han demarcado obligaciones en este ámbito, con el objetivo de precisar prácticas que precluyen el goce efectivo de los derechos reconocidos en las convenciones que monitorean[151].

Así pues, los anteriores Comités han dicho que los estereotipos de género perjudiciales y su aplicación en la adopción de decisiones o inclusive en medidas legislativas pueden derivar en discriminación, lo cual viola el derecho a la igualdad.

Si bien el desarrollo del deber de eliminar los estereotipos de género negativos se ha dado en su mayoría en relación con el rol de las mujeres en la sociedad, esas obligaciones son plenamente aplicables a aquellos que surgen por la orientación sexual. El ideario acerca de las personas LGTBI+ que parte de la premisa de que su opción de vida es inaceptable por no seguir el modelo binario de las relaciones sexuales y amorosas tiene impactos devastadores para estas personas al marginalizarlas y tildarlas como desviados o enfermos. Esas construcciones culturales de exclusión han permitido negarles a estas personas una posición de igualdad en la sociedad en todos los ámbitos, lo cual viola el artículo 13 de la Constitución, entre otros.

15. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzales Lluy y otros

vs. Ecuador encontró, entre otros, responsable al Estado por incumplir su deber de fiscalización de los servicios de salud, cuando a una niña de 3 años fue contagiada de VIH. La decisión destacó que “tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”[152]. Específicamente, sobre los estereotipos alrededor del VIH sostuvo que:

“258. Es por lo anterior que, si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, dicha diferencia de trato debe hacerse en base a criterios médicos y la condición real de salud tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/SIDA o cualquier otro tipo de enfermedad, aun si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública”[153].

A mi juicio, la anterior consideración es plenamente aplicable al tipo penal estudiado y explica la razón central de su inconstitucionalidad. En tales términos, considero que el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 era desproporcionado al limitar injustificadamente la libertad sexual de las personas portadoras del VIH o el VHB bajo la aparente protección de la salud pública y que, además, al estar construido a partir de estereotipos negativos de género con base en la orientación sexual también violaba el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

De esta manera, expongo las razones que me conducen a aclarar mi voto acerca de los motivos por los cuales acompañé la decisión adoptada en la Sentencia C-248 de 2019 que estableció que el tipo penal acusado violaba los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

1. Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, a continuación presento las razones por las cuales aclaré mi voto en la Sentencia C-248 de 2019. Comparto la determinación de que el delito de “Propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B” era contrario a la Constitución y por eso suscribí la decisión de declararlo inexecutable. Sin embargo, estimo que el Fallo incurrió en algunos desaciertos de técnica constitucional que no permitieron ver con claridad dónde residía su carácter odioso y discriminatorio y, por esa vía, las verdaderas razones de su inconstitucionalidad.

2. En lo fundamental y, como lo puse de presente en el debate que condujo a la adopción de la decisión, creo que fue equivocada la manera en que se llevó a cabo el test de igualdad.

2.1. La Sentencia abordó el problema de si la norma acusada era violatoria del derecho a la igualdad, al penalizar que quienes padezcan VIH y VHB realicen prácticas que para el resto de personas, incluidas aquellas que tienen otras enfermedades de transmisión sexual distintas a estas, no están prohibidas. Al emprender la resolución del cargo, la Sala Plena aplicó un test estricto de igualdad y partió de considerar que los virus a los cuales se refería el tipo penal impugnado se encuentran en pie de igualdad con otras enfermedades de transmisión sexual. Concretamente, aseveró que el grupo de los virus contemplados en la norma acusada (VIH y VHB), así como el conjunto de otras infecciones de transmisión sexual, tienen graves consecuencias para la salud humana, de modo que ambos conjuntos de virus son comparables. No comparto este argumento.

Me parece innegable que en el estado actual de la ciencia y como lo muestra la propia Sentencia, pese a que el VIH puede ser sometido a Terapia Anti Retroviral (TAR), para controlar su capacidad de transmisión, no es comparable, en especial, en cuanto a sus efectos para la salud pública, a las demás enfermedades de transmisión sexual. Ni siquiera

es comparable con el VHB, como en cambio sostiene el proyecto. En particular, la realización de una práctica con riesgo de contagio (no efectivo contagio) de un virus contra el cual nadie tiene posibilidad de inmunización a través de vacunas ni de cura efectiva, como ocurre con el VIH, es una conducta con un notable mayor desvalor de acción que el riesgo de contagio de otro tipo de virus de transmisión sexual. En este sentido, a primera vista, es problemático el argumento de que el VIH, para los precisos efectos de la norma acusada, es comparable con otras enfermedades de transmisión sexual.

El criterio de comparación no puede ser, como estima el Fallo, el de las enfermedades de transmisión sexual con la capacidad de generar graves consecuencias para la salud humana. El tipo penal acusado, referido al VIH y a la VHB, se encuentra dentro del Capítulo del Código Penal relativo a los delitos contra la salud pública porque el Legislador ha considerado que particularmente el VIH plantea un problema considerable para ese bien jurídico, debido a que, además de tener carácter epidemiológico, no hay vacuna disponible, es mortal y aún no tiene cura (según afirma la propia Sentencia, citando a la OMS). Pues bien, a mi juicio, estas últimas características constituyen el criterio de comparación que debe ser empleado (*tertium comparationis*), de tal manera que, en estricto sentido, solo otros virus con estas propiedades y, por ende, con efectos graves en términos de salud pública podrían ser comparables al VIH, situación en la que me parece que no se encuentran las demás infecciones de transmisión sexual a las que se refiere la decisión.

2.2. Por la misma razón anterior, tampoco comparto el planteamiento de poner en pie de igualdad al VIH y a la hepatitis C. Conforme a los datos de la propia Sentencia, para la OMS, los antiviricos pueden curar más del 95% de los casos de infección por el virus de la hepatitis C, lo que reduce el riesgo de muerte por cáncer de hígado y cirrosis, aunque el acceso al diagnóstico y el tratamiento sea limitado. En el mismo sentido, el virus de la hepatitis C (VHC) causa infección aguda y crónica, pero es asintomática y en raras ocasiones (o en ninguna) se asocia a una enfermedad potencialmente mortal. Aproximadamente un 15-45% de las personas infectadas elimina el virus espontáneamente en un plazo de seis meses, sin necesidad de tratamiento alguno.

La OMS indica, además, que la Hepatitis C no siempre requiere tratamiento, porque en algunas personas la respuesta inmunitaria elimina la infección espontáneamente y, de

hecho, ciertos sujetos con infección crónica no llegan a presentar daño hepático. Por último, la citada organización afirma que la combinación de algunos medicamentos puede lograr tasas de curación superiores al 95%[155]. De este modo, me parece técnicamente muy discutible que exista criterio de comparación posible entre el VIH y otras enfermedades de transmisión sexual que permitiera a la Corte adelantar el test de igualdad que desarrolló en las consideraciones.

Debe agregarse también, como una cuestión de precisión, que mientras el demandante hace la comparación entre los virus mencionados en el precepto demandado y otras enfermedades de transmisión sexual, la Sentencia lleva a cabo la comparación entre las personas portadoras de los virus a los cuales se refiere la norma acusada y quienes padecen de otras enfermedades de transmisión sexual, no incluidas en el precepto, pero sí sancionadas en el artículo 369 del Código Penal, sobre “propagación de epidemia”. La referencia a otras enfermedades no incorporadas en la disposición demandada, pero sí en el artículo 369 (tanto al comienzo del test de igualdad como en la formulación del problema jurídico) es equívoca, por cuanto se trata de dos tipos penales de estructura distinta. La providencia sostiene, en otros términos, que el artículo 369 es general (toda epidemia) y el demandado es específico (para VIH y VHB), en relación con una misma conducta punible, lo cual no es acertado. El artículo 369 sanciona la propagación de epidemia, es decir, el efectivo contagio de una enfermedad de estas características (se requiere este resultado). En cambio, el artículo acusado penaliza la mera realización de prácticas que podrían contaminar a otra persona (es necesaria la sola conducta que genere un riesgo).

2.3. Ahora bien, luego de considerar equívocamente que el VIH es comparable con otras enfermedades de transmisión sexual, la mayoría consideró que la medida examinada no supera el test de igualdad, fundamentalmente porque no es eficaz para proteger la salud pública. En sustento de esta conclusión, indicó que la norma conduce a que las personas no se sometan a la prueba de VIH, pues la ignorancia sobre su estado sería la mejor forma de defensa dentro de un eventual proceso penal. Esto por cuanto el delito requiere que el portador de VIH o de VHB haya sido previamente informado sobre su estado. En mi opinión, la certeza de esta premisa fáctica es demasiado baja y casi nula.

El argumento de que las personas prefieren no enterarse de su estado de salud para poder defenderse en un eventual juicio de responsabilidad penal, parte de la premisa falsa de que

todos aquellos que sospechan estar contagiados, sin importarles, desearán llevar a cabo prácticas que puedan contagiar a otros. En mi opinión, es posible que algunas personas, aun a pesar de representarse un posible contagio con las prácticas que realizan, tengan la intención de poner en riesgo a otras. Sin embargo, en muchos otros supuestos, y quizá en la mayoría, es razonable pensar que, frente a la sospecha de que son portadoras, las personas no tienen la intención de contagiar a otras y prefieren enterarse de su estado para prevenir la transmisión, por ejemplo, a su pareja, o para comenzar pronto la terapia antiretroviral, que le puede hacer sobrellevable la enfermedad y reducir las posibilidades de transmisión, como la propia Sentencia afirma. En consecuencia, considerar que la norma constituye un incentivo general para que las personas eviten enterarse de que portan el virus del VIH o del VHB no es un argumento sólido.

2.4. La Providencia concluye que los efectos de la norma penal podrían llegar a ser contrarios a la obtención del fin perseguido por ella y, en este sentido, se acoge la tesis de uno de los intervinientes, según la cual, “se estaría penalizando la vida sexual del portador, aunque tome medidas de prevención que reduzcan el riesgo prácticamente a cero”. Discrepo de esta apreciación. En este apartado, así como a lo largo del Fallo, resulta clara la ausencia de un análisis sobre el alcance del tipo penal acusado. La norma demandada no sanciona al portador que “tome medidas de prevención que reduzcan el riesgo prácticamente a cero”, como señala el interviniente y lo suscribe la Sentencia, por las razones que se exponen a continuación, en lo que, me parece, es el problema principal del enfoque de la decisión.

3. En la medida en que se trata de una conducta punible, el examen de constitucionalidad exigía hacer un análisis dogmático mínimo sobre la clase de tipo penal cuestionado. Aunque en algún momento parece hacerlo, la Sentencia en realidad fue muy general y las consideraciones muestran que no se asume con todas sus consecuencias.

3.1. La disposición prevé en la primera parte: “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... incurrirá en prisión...” (subrayas suplidas). La Sentencia afirma que se trata de un tipo penal de “mero peligro”, pero no desarrolla esta idea. La doctrina clasifica entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, con consecuencias sensiblemente diversas. En los delitos de peligro

concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción, el interés jurídico amparado, se haya encontrado realmente en riesgo en el caso específico que se juzga. Esto ocurre, por ejemplo, con el delito de incendio contenido en el artículo 350 del Código Penal, que sanciona a quien, “con peligro común prenda fuego en cosa mueble”. Aquí se requiere que el bien incendiado haya ocasionado riesgos efectivos a la comunidad, lo que no acontece si se prendió fuego a un mueble en un terreno solitario y alejado.

Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que se requiera que en el caso concreto se haya producido realmente un riesgo en contra de alguien[156]. El Legislador valora ex ante como peligrosas ciertas acciones, sin que sea necesario que en el caso concreto un derecho de otra persona haya estado verdaderamente en riesgo. Esto sucede con el delito de “corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico”, previsto en el artículo 372 del Código Penal, a través del cual se sanciona a quien “envenene, contamine, altere producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, los comercialice, distribuya o suministre”. En dicho supuesto, es suficiente la realización de uno de tales verbos, sin que sea necesario que haya existido un riesgo efectivo para la vida o la salud de una persona o la colectividad.

Clarificado lo anterior, desde mi perspectiva, la norma acusada, al penalizar la conducta de quien, después de haber sido informado de estar infectado por el VIH o el VHB, realice prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona, es un delito de peligro concreto. Esto significa que para que alguien sea sancionado, se requiere que, conociendo su estado, realice dolosamente acciones o prácticas idóneas para contagiar a otra persona. En otras palabras, se sanciona a quien teniendo conciencia de lo que hace, intencionalmente pone en riesgo concreto y real a otra persona, mediante acciones con la capacidad efectiva para transmitir el virus.

De acuerdo con lo anterior, si se admite que el delito requiere una idónea, efectiva y real puesta en peligro, el hilo de la argumentación de la Sentencia no resulta acertado. En esta se muestra ampliamente, mediante cita a varias investigaciones que, a través de terapia antiretroviral, el VIH (e incluso el VHB) se pueden mantener al margen, pueden llegar a ser indetectables y no transmisibles. Análogamente, enfatiza en que un método altamente

efectivo para impedir la transmisión de dichos virus es la adecuada utilización de los métodos de barrera impermeable en las relaciones sexuales. A partir de estas premisas, llega a la conclusión de que en la actualidad las posibilidades de transmisión del VIH y del VHB, si se adoptan adecuadamente las anteriores medidas, pueden ser muy bajas o realmente nulas.

No obstante, al mismo tiempo y de forma contradictoria, en el examen del test estricto de igualdad, la Sentencia afirma que “se estaría penalizando la vida sexual del portador, aunque tome medidas de prevención que reduzcan el riesgo prácticamente a cero”. Esto es inconciliable con la consideración del párrafo anterior, porque si el portador toma medidas como aquellas a las que hace referencia la decisión a y, si se acepta que estas realmente pueden reducir o anular las posibilidades de contagio, aquél no comete el delito, en la medida en que no habría puesto en riesgo efectivo a una persona o, en otros términos, no habría realizado “prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona”.

3.2. En concordancia con el problema anterior, la Sentencia pretende reforzar su fundamentación a partir de jurisprudencia comparada, pero los casos que se citan confirman el anotado error de enfoque. Básicamente son tres ejemplos, de los cuales se derivan las siguientes “reglas”: 1. “Si las personas contagiadas con VIH han manifestado su consentimiento frente al riesgo de la relación sexual con el portador, este no tiene responsabilidad penal” 2. “El uso de una protección de barrera por parte del infectado es suficiente y razonable para proteger la salud pública, de modo que si el procesado lo empleó no responde penalmente por haber puesto en riesgo a una mujer; 3. “El portador tiene un deber constitucional de información previa si existe un riesgo significativo de daño por el contagio, lo cual no existe si la carga viral es baja o si utilizan en la relación sexual métodos de barrera”.

Conforme a lo anterior, salvo el primer caso (que involucra un problema jurídico distinto), lo que pone de manifiesto la jurisprudencia comparada es que si ha habido la adopción de medidas de protección por parte del portador, este no responde penalmente por el riesgo ocasionado. Esto, sin embargo, antes de ser contrario a la norma demandada, es perfectamente concordante con lo que esta prevé, pues no sanciona al portador que ha tomado medidas de protección, en la medida en que en este supuesto no se genera un peligro efectivo para otra persona y, por lo tanto, la conducta sería atípica. No se cometería

el delito.

Si se hubiera aplicado la referida metodología, habría podido concluirse que no obstante la medida de criminalizar a quien intencionalmente genere un riesgo efectivo de contagio del VIH o del VHB para otra persona es, en principio, efectiva para proteger la salud pública en virtud de la potestad de configuración normativa del Legislador, no era necesaria ni proporcional en sentido estricto. Las razones de esta conclusión, ahora sí, son todas las que plantea la Sentencia en las consideraciones, relativas a que en la actualidad existen otras formas en que el Estado puede proteger con la misma, o de hecho, con mayor eficacia la salud pública, en comparación con la penalización. La argumentación debió estar orientada, en este sentido, en lo fundamental, a que la garantía del acceso a la terapia antiretroviral a los portadores, especialmente del VIH, que permita mantener en bajos niveles la carga en el cuerpo, sería el mecanismo más importante para lograr la citada finalidad, acorde con las investigaciones científicas que muestra la ponencia y siempre que se admitan tales puntos de partida.

De otro lado, bajo este enfoque, la medida no superaba el examen de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto reproduce la estigmatización, refuerza los imaginarios de perversidad y peligro contra los portadores y varias minorías con quienes se asocia más frecuentemente el virus, de modo que comportaría un sacrificio evidente del derecho a la igualdad, en comparación con lo que se gana para la salud pública con la penalización.

Bajo esta argumentación, es también muy claro que, como aduce en cierta parte la Sentencia, la criminalización de la donación de sangre, semen, órganos o en general componentes anatómicos del portador de VIH o VHB (segunda parte de la norma), tampoco era necesaria porque las entidades receptoras y depositarias de tales elementos tienen la obligación de verificar que se encuentren libres de VIH, VHB o de cualquier otra patología que ponga en peligro la salubridad de los potenciales destinatarios. Esta segunda parte de la norma, que penaliza la mera donación del referido material biológico, consagra un tipo de peligro abstracto, pues basta la donación, sin que sea necesaria una puesta en riesgo efectivo. Sin embargo, el cumplimiento del deber por parte de las referidas instituciones de salud constituye un mecanismo, de hecho con mayor eficacia, para evitar que se genere el riesgo abstracto penalizado por el Legislador, razón por la cual, la criminalización de la conducta no resultaba necesaria.

Así, estimo que la conducta punible acusada era inconstitucional, pero porque mediante su consagración, el Legislador introdujo una medida desproporcionada y excesiva en comparación con los fines que, en términos de salud pública, pretendía conseguir. En particular, adoptó un tipo penal que suponía un sacrificio ostensible fundamentalmente al principio de no discriminación y dejó de lado que existen actualmente otras herramientas, precisamente en el campo de la salud pública, con la potencialidad de lograr en igual o mejor medida los mismos objetivos perseguidos. En estos términos, dejo expuestas las razones que me llevaron a aclarar mi voto en la decisión de retirar del sistema jurídico el artículo 370 del Código Penal.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] Según la intervención, al tratar sobre los efectos del tratamiento antirretroviral del VIH “(d)e acuerdo con al Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos “las personas con 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”

[2] En el citado punto 14 de la parte resolutive de la providencia citada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que “14. El Estado debe implementar mecanismos de fiscalización y supervisión de los servicios de salud, mejorar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones de salud para personas que viven con el VIH, garantizar la provisión de antirretrovirales y la demás medicación indicada a toda persona afectada, ofrecer a la población las pruebas diagnósticas para detección del VIH, implementar un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, garantizar tratamiento médico adecuado a mujeres embarazadas que viven con el VIH, y realizar una campaña nacional de concientización y sensibilización en los términos fijados en los párrafos 225 a 230 de la Sentencia.”

[3] Al respecto, el interviniente señala algunas sentencias como la C-1033 de 2006 (MP

Álvaro Tafur Galvis), C-636 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) C-387 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[4] Cita, por ejemplo, la sentencia C-365 de 2012 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[5] Sentencia C-233 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), C-091 de 2017 (MP María victoria Calle Correa), C-342 de 2017 (MP Alberto Rojas Ríos).

[6] Traducción libre del inglés realizada por el despacho de la magistrada ponente.

[7] En su escrito, el Juez Cameron manifiesta que para su intervención contó con la asistencia de Ms. Annabel Raw, Mr. Edwin J. Bernard, Ms. Mariano Fanatico, Ms. Michaela Clayton, Ms. Cecile Kazatchkine, Mr. Sean Strub y Mr. Gonzalo Aburto.

[8] Gómez Gutiérrez, Luis Fernando. “Democracia deliberativa y salud pública”. Pontificia Universidad Javeriana. Primera edición, diciembre de 2017. Pág. 34.

[9] Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud. “La salud pública en las Américas. Nuevos conceptos, análisis del desempeño y bases para la acción.”
Publicación Científica y Técnica No. 589. Pág. 47. Ver:
http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2010/FESP_Salud_Publica_en_las_Americas.pdf

[10] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

[11]Epidemia:

1. f. Enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas.

2. f. Mal o daño que se expande de forma intensa e indiscriminada. (Diccionario de la Real Academia Española. Actualización 2018. Ver: <http://dle.rae.es/?id=Fw3BQCP>)

[12] Ley 95 de 1936.

[13] Decreto-Ley 100 de 1980.

[14] Decreto 559 del veintidós (22) de febrero 1991 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, en cuanto a la prevención, control y vigilancia de las enfermedades transmisibles, especialmente lo relacionado con la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, SIDA, y se dictan otras disposiciones sobre la materia”, expedido con anterioridad a la Constitución Política vigente, ley fundamental ésta que entró a regir el cuatro (4) de julio de ese mismo año.

[15] En la norma antigua se utilizó el acrónimo anglófono HIV como denominación del acrónimo castellano VIH.

[16] “El primer año de la década del 80 surge la publicación de la existencia de unos casos de Pneumocystis Pneumonia en Los Ángeles, California (Pneumocystis Pneumonia- Los Angeles, 1981). Pasado un mes de dicha publicación, aparecen reseñados otros casos encontrados en este entonces en la ciudad de New York que incluían sarcoma de Kaposi (1981). La población afectada era de hombres que tenían sexo con hombres, por lo cual no tardó a que este síndrome se le llamara de forma desdeñosa como la “Inmunodeficiencia relacionada a los homosexuales” o GRID, por su sigla en inglés (Gay-Related Immune Deficiency). En 1982 nuevos casos fueron descubiertos y otras poblaciones afectadas con factores no relacionados al sexo, por lo cual la enfermedad tomó una nueva identidad y se llamó “La enfermedad de las 4 H” refiriéndose a los “haitianos, hemofílicos, usuarios de heroína y homosexuales” Esta guerra de nombres discriminatorios termina en agosto de 1982 cuando el Centro para el Control y la Prevención de las Enfermedades (CDC, por sus siglas en inglés) lo llama Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida o SIDA, dejando en manifiesto que este conjunto de condiciones no se hereda, sino que se adquiere por unos factores en específicos, lo que deja a toda la población en una alerta de posible riesgo de adquirir la enfermedad.”(Medicina y Salud Pública. “34 años de historia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida”, 24 de mayo de 2016). Ver: <https://medicinaysaludpublica.com/34-anos-de-historia-del-sindrome-de-inmunodeficiencia-adquirida/>

[18] Decreto 1543 de 1997, ARTICULO 55o.- Propagación de la Epidemia. “Las personas que incumplan los deberes consagrados en los Artículos 36 y 41 del Capítulo V del presente decreto, podrán ser denunciadas para que se investigue la posible existencia de delitos

por propagación de epidemia, violación de medidas sanitarias y las señaladas en el Código Penal.”//ARTÍCULO 36o.- Deber de Informar. “Para poder garantizar el tratamiento adecuado y evitar la propagación de la epidemia, la persona infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), o que haya desarrollado el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y conozca tal situación está obligada a informar dicho evento, a su pareja sexual y al médico tratante o al equipo de salud ante el cual solicite algún servicio asistencial.”// ARTÍCULO. 41Deber de no Infectar. – “La persona informada de su condición de portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) deberá abstenerse de donar sangre, semen, órganos o en general cualquier componente anatómico, así como de realizar actividades que conlleven riesgo de infectar a otras personas.”.

[19] Decreto 1543 de 1997. ARTÍCULO 2o.- Definiciones Técnicas. Para los efectos del presente decreto adóptanse las siguientes definiciones: (...) DISCRIMINACIÓN: Amenaza o vulneración del derecho a la igualdad mediante actitudes o prácticas individuales o sociales, que afecten el respeto y la dignidad de la persona o grupo de personas y el desarrollo de sus actividades, por la sospecha o confirmación de estar infectadas por VIH.// ARTICULO 17o - Difusión de Mensajes. El Ministerio de Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, y la Radiodifusora Nacional adoptarán los mecanismos necesarios para que a través de los medios masivos de comunicación se emitan mensajes de promoción focalizados a poblaciones específicas de la comunidad, tendientes a la prevención de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS), los cuales podrán incluir el uso del condón, la educación en valores y la no discriminación hacia las personas que viven con el VIH y SIDA.// ARTÍCULO 31o.- Deberes de las IPS y Personas del Equipo de Salud. Las personas y entidades de carácter público y privado que promuevan o presten servicios de salud, están obligadas a dar atención integral a las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y a los enfermos de SIDA, o de alto riesgo, de acuerdo con los niveles de atención y grados de complejidad que les corresponda, en condiciones de respeto por su dignidad, sin discriminarlas y con sujeción a lo dispuesto en el presente decreto, y en las normas técnico administrativas y de vigilancia epidemiológica expedidas por el Ministerio de Salud. // ARTÍCULO 39o.- La No Discriminación. A las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), a sus hijos y demás familiares, no podrá negárseles por tal causa su ingreso o permanencia a

los centros educativos, públicos o privados, asistenciales o de rehabilitación, ni el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en la misma, ni serán discriminados por ningún motivo.”

[20] “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.”

[21] Salvo los artículos 46 al 54 cuya vigencia subsiste con arreglo a lo previsto en el artículo 4.1.2, los demás artículos del Decreto 1543 de 2007 fueron integralmente derogados por virtud de la expedición del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 en materia del Sector Salud y Protección Social.

[22] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”

[23] Decreto 780 de 2016. Artículo 2.8.1.5.10. La no discriminación. “A las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), a sus hijos y demás familiares, no podrá negárseles por tal causa su ingreso o permanencia a los centros educativos, públicos o privados, asistenciales o de rehabilitación, ni el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en la misma, ni serán discriminados por ningún motivo.”

[24] “Por la cual se aumentan penas para los delitos contra la Salud Pública de que trata el Título XII, Capítulo I del Código Penal”

[25] Gaceta del Congreso. Cámara de Representantes. No 519 de 2006, pág. 11.

[26] De acuerdo con “Enfermedades oportunistas relacionadas con el VIH” (Actualización técnica del ONUSIDA, marzo de 1999) “(l)as enfermedades oportunistas en los portadores del VIH son el producto de dos factores: la falta de defensas inmunitarias a causa del virus, y la presencia de microbios y otros patógenos en su entorno cotidiano. Entre las infecciones y enfermedades oportunistas más frecuentes en el mundo figuran: Enfermedades bacterianas, como la tuberculosis (causada por *Mycobacterium tuberculosis*), las infecciones por el complejo *Mycobacterium avium* (CMA), la neumonía bacteriana y la septicemia («envenenamiento de la sangre»). Enfermedades protozoarias, como la neumonía por

Pneumocystis carinii (NPC), la toxoplasmosis, la microsporidiosis, la criptosporidiosis, la isosporiasis y la leishmaniasis. Enfermedades micóticas, como la candidiasis, la criptococosis (meningitis criptocócica) y la peniciliosis. Enfermedades víricas, como las causadas por el citomegalovirus (CMV) y los virus del herpes simple y del herpes zoster. Neoplasias asociadas al VIH, como el sarcoma de Kaposi, el linfoma y el carcinoma de células escamosas.” Ver: http://data.unaids.org/publications/irc-pub05/opportu_es.pdf

[27] ONUSIDA. “Hoja informativa. Últimas estadísticas sobre el estado de la epidemia de Sida”. Ver: <http://www.unaids.org/es/resources/fact-sheet>

[28] La hepatitis tiene cinco tipos de virus (A, B, C, D y E).

[29] Global Commission on HIV and the Law. “Risks, Rights and Health. Supplement. Julio de 2018, p.10. (Ver: <https://hivlawcommission.org/wp-content/uploads/2018/09/HIV-and-the-Law-supplement-FINAL.pdf>)

[30] “¿Cómo se contrae la hepatitis B y cómo puedo protegerme contra esa enfermedad?” Ver: (<https://www.who.int/features/qa/11/es/>)

[31] OMS. “Los datos más recientes ponen de relieve la necesidad de actuar urgentemente a nivel mundial contra las hepatitis”. Ver: <https://www.who.int/es/news-room/detail/21-04-2017-new-hepatitis-data-highlight-need-for-urgent-global-response>

[32] MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

[33] Ver: <https://www.who.int/features/qa/71/es/>

[34] Ver: <http://www.unaids.org/es/whoweare/about>

[35] MP Diana Fajardo Rivera.

[36] [42] Ver Sentencias T-505 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-295 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-273 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-490 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-025 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva;

T-323 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-327 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-408 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-348 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-513 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; T-412 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-327 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo; T-392 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[37] [43] M.P. María Victoria Calle Correa, haciendo referencia a las Sentencias T-295 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-505 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[38] [44] Corte Constitucional, sentencia T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

[39] [45] Por ejemplo, en la sentencia T-262 de 2005 (MP Jaime Araújo Rentería), se señaló que “se ha considerado que el V.I.H. –SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas.” De igual manera, en la sentencia T-843 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño), se hizo referencia a las consecuencias de dicha enfermedad y a las medidas especiales que debe adoptar el Estado para garantizar los derechos fundamentales de dichas personas: “...la persona que se encuentra infectada por el VIH, dadas las incalculables proporciones de ese mal, ve amenazada su existencia misma, y frente a ello no puede el Estado adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. (...) La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de personas que padecen dicha enfermedad y ha manifestado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte”

[40] [46] Por ejemplo, concediendo medicamentos y tratamientos respecto los cuales no se cuenta con la capacidad económica para asumir, ver las sentencias de la Corte Constitucional T-271 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), SU480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-488 de 1998 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-036 de 2001 (MP Fabio Morón Díaz), T-925 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-546 de 2004 (MP Álvaro Tafur

Galvis), T-919 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-343 de 2005 (MP Jaime Araújo Rentería), T-586 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-190 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-230 de 2009 (MP Cristina Pardo Schlesinger), T- 744 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras

[41] [47] Por ejemplo, para que no se les discrimine en razón de la enfermedad y se les dé un trato especial en su lugar de trabajo, ver las sentencias de la Corte Constitucional T-136 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-469 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-295 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-490 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SPV Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva), T-025 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-461 de 2015 (MP Myriam Ávila Roldán), entre otras

[42] [48] Por ejemplo, en cuanto a pensiones de sobrevivientes se pueden ver las sentencias T-1283 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-021 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-860 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-327 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), T-546 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza martelo). En la Sentencia T-026 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño) se reconoció la pensión de invalidez que se había negado por problemas administrativos entre los fondos de pensiones. En muchas ocasiones se estudió el reconocimiento de pensiones bajo regímenes anteriores, teniendo en cuenta la progresividad de la ley y el principio de favorabilidad, ver entre otras, las sentencias T- 1064 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-628 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-699A de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-077 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-550 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1040 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández; AV Jaime Araújo Rentería), T-509 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-885 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), T-576 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-1042 de 2012 (MP Nilson Elías Pinilla Pinilla; AV Alexei Egor Julio Estrada), entre otras

[43] [50] Sentencias T-505 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñóz; T-271 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-256 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-843 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-948 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-229 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-671 de 2016. M.P. Aquiles Arrieta Gómez; y T-522 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger, entre otras.

[44] El énfasis no es del texto original.

[45] [51] Sentencia T-327 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo.

[46] T-033 de 2018, MP Diana Fajardo Rivera.

[47] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[48] El ARTÍCULO 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. El ARTÍCULO 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que los Estados partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; a su turno, el ARTÍCULO 24 dispone que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El ARTÍCULO 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

[49] MP Vladimiro Naranjo Mesa.

[50] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[51] [8] En Sentencia SU-256 de 1996 la Sala Plena de esta Corporación precisó: “El Estado no puede permitir tal discriminación, básicamente por dos razones: Primera, 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”.

[52] MP Clara Inés Vargas Hernández.

[53] Se ha dicho, por ejemplo, que “la Hepatitis B y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) son enfermedades virales de destaque en salud pública, debido a sus elevados índices epidemiológicos. La representación de ellas genera actitudes discriminatorias y prejuiciosas, principalmente en el acceso a servicios de salud.” (Garbin, Clea y otros. “Discriminación y prejuicio. La influencia del VIH/SIDA y la Hepatitis B en la actitud de los académicos en odontología”, en Revista Ciencias de la Salud, Universidad del Rosario, Vol. 16, Num. 2 (2018). Ver:

<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/revsalud/vol16num22018>

[54] MP María Victoria Calle Correa.

[55] MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[56] Está, sin embargo, el caso de Timothy Brown, más conocido como el Paciente de Berlín.

Brown recibió un trasplante de médula ósea como tratamiento para la leucemia y, proviniendo la médula trasplantada de una persona naturalmente resistente al VIH, se logró la erradicación del virus de su cuerpo. Esta posibilidad de cura no ha sido considerada como un tratamiento eficaz para la erradicación del virus dado su alto precio y riesgoso éxito. Así mismo, se han realizado estudios para erradicar el VIH del cuerpo mediante el uso de células madre, sin que a la fecha se haya comprobado su eficacia como una cura esterilizante. (Ver, por ejemplo: “In Search to Repeat “Berlin Patient” HIV Cure, Questions About How It Worked”. Ver:

<https://www.poz.com/article/search-repeat-berlin-patient-hiv-cure-questions-worked>)

[57] Judging the Epidemic. A judicial handbook on HIV, human rights and the law. UNAIDS, 2013. Pág. 7

(Ver: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jia2.25161>)

[58] [5] Patel P, Borkowf CB, Brooks JT, Lasry A, Lansky A, Mermin J. Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review. AIDS. 2014;28(10):1509–19

[59] Barré-Sinoussi, François y otros. Ob. cit.

[60] *Ibíd.*

[61] [119] Lee FJ, Amin J, Carr A. Efficacy of initial antiretroviral therapy for HIV-1 infection in adults: a systematic review and meta-analysis of 114 studies with up to 144 weeks' follow-up. *PLoS ONE*. 2014;9(5):e97482.

[62] [120] The INSIGHT START Study Group. Initiation of antiretroviral therapy in early asymptomatic HIV infection. *N Engl J Med*. 2015;373(9):795-807.

[63] Barré-Sinoussi, François y otros. *Ob. cit.*

[64] "Judging the epidemic. A judicial handbook on HIV, human rights and the law". Ver: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201305_Judging-epidemic_en_0.pdf (Traducción de la Corte)

[66] Global Commission on HIV and the Law. Risks, Rights and Health. Supplement. Julio de 2018, p.10. (Ver: <https://hivlawcommission.org/wp-content/uploads/2018/09/HIV-and-the-Law-supplement-FINAL.pdf>)

[67] Barré-Sinoussi, François y otros. "Expert consensus statement on the science of HIV in the context of criminal law", en *Journal of the International Aids Society*. Wiley Online Library, publicado por primera vez el 25 de Julio de 2018. (Ver: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jia2.25161>).// Judging the Epidemic. A judicial handbook on HIV, human rights and the law. UNAIDS, 2013. Pág. 4. (Ver: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201305_Judging-epidemic_en_0.pdf)

[68] Según *ibid*: "In 2011, the HPTN052 trial (conducted in Botswana, Brazil, India, Kenya, Malawi, South Africa, Thailand, the United States and Zimbabwe), which investigated the impact of early treatment initiation, observed no HIV transmission from 1763 people on antiretroviral therapy who had a stable viral load below 400 copies/mL. Partners of HIV-positive participants were followed for the equivalent of 8509 person-years. The only transmission from people on treatment occurred either early in treatment (before viral load was stabilized below 400 copies) or when viral load was above 1000 copies/mL on two consecutive visits. The PARTNER and Opposites Attract studies found no HIV transmission

from people with a viral load below 200 copies/mL after more than 75,000 acts of condomless vaginal or anal sex. In the PARTNER study, heterosexual couples reported approximately 36,000 condomless sex acts and homosexual male couples reported about 22,000 condomless sex acts. No HIV transmission occurred between partners in the study. Eleven cases of new HIV infection did occur, however, phylogenetic analysis found that in all cases, the infection resulted from sexual contact with someone other than the person's regular sexual partner. The Opposites Attract study included nearly 17,000 condomless sex acts among men. No HIV transmission was reported between partners involved in the study, while three cases of new HIV infection resulted from sexual contact with someone other than the person's regular sexual partner"

[69] [29] Cohen MS, Chen YQ, McCauley M, Gamble T, Hosseinipour MC, Kumarasamy N, et al. Prevention of HIV-1 infection with early antiretroviral therapy. *N Engl J Med*. 2011; (365):493-505. // [30] Rodger AJ, Cambiano V, Bruun T, Vernazza P, Collins S, van Lunzen J, et al. Sexual activity without condoms and risk of HIV transmission in serodifferent couples when the HIV-positive partner is using suppressive antiretroviral therapy. *JAMA*. 2016:171-81.// [36] Grulich A, Bavinton B, Jin F, Prestage G, Zablotska I, Grinsztejn B, et al. HIV transmission in male serodiscordant couples in Australia, Thailand and Brazil. Abstract for 2015 Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections, Seattle, USA, 2015.// [37] Cohen MS, Chen YQ, McCauley M, Gamble T, Hosseinipour M, Kumarasamy N, et al. Antiretroviral therapy for the prevention of HIV-1 transmission. *N Engl J Med*. 2016;(9):830-9.

[70] [6] Centers for Disease Control and Prevention. CDC Information Undetectable Viral Load and HIV Transmission Risk. October 2017 [cited 30 June 2018]. Available from <https://www.cdc.gov/hiv/pdf/risk/art/cdc-hiv-uvl-transmission.pdf>

[71] Según Barré-Sinoussi, François y otros, Ob. Cit. "A 2013 systematic review and meta-analysis also found no transmission where viral load fell below a threshold of between 50 and 500 copies/mL (depending on the study. Another study reported no transmission when viral load was lower than 400 copies/mL. A number of other studies have provided evidence that low (but detectable) viral load dramatically decreases (and may eliminate) the possibility of transmission. For example, early studies involving participants who were not taking antiretroviral therapy identified no instances of transmission among couples where

one partner was living with HIV and had a low but detectable viral load: below 1500 copies/mL (Uganda), below 1094 copies/mL (Thailand) and below 1000 copies/mL (Zambia). The Ugandan study found that the probability of transmission through vaginal intercourse where viral load was lower than 1700 copies/mL was 1 in 10,000.”

[72] Una serie de investigaciones en el mismo sentido puede encontrarse en <http://toolkit.hivjusticeworldwide.org/theme/transmission-treatment-and-viral-load>

[73] “Un niño puede contraer el VHB a través del contacto con la sangre o los fluidos corporales de una persona que porte el virus. La exposición puede ocurrir de:

- Una madre con VHB al momento del parto. El VHB no parece transmitirse al feto cuando este aún se encuentra en el vientre materno.
- Una mordida de una persona infectada que rompa la piel.
- Sangre, saliva o cualquier otro fluido corporal de una persona infectada que pueda tocar una rotura o una apertura en la piel, los ojos o la boca del niño.
- Compartir artículos personales, como un cepillo de dientes, con alguien que porte el virus.
- Ser punzado con una aguja luego de que esta haya sido utilizada por una persona infectada con el VHB.”

Ver: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007671.htm>

[74] De acuerdo con Inoue y Tanaka, los modos de transmisión más frecuentes globalmente son la perinatal y la sexual. “Hepatitis B virus and its sexually transmitted infection – an update”. Microb Cell. 2016 Sep 5; 3(9): 420–437. Published online 2016 Sep 5. doi: 10.15698/mic2016.09.527 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5354569/>)

[75] OMS ¿Cómo se contrae la hepatitis B y cómo puedo protegerme contra esa enfermedad? (Ver: <https://www.who.int/features/qa/11/es/>)

[76] Ibíd.

[77] “La vacuna contra la hepatitis B fue incorporada al esquema regular de Colombia a partir de 1993 y en 1994 la Asamblea Mundial de la Salud incluyó entre sus objetivos la reducción de la incidencia de niños portadores de hepatitis B (...).” (Ministerio de Salud. “Norma Técnica para la Vacunación según el Programa Ampliado de Inmunizaciones – PAI”.

Pág.

23.

Ver:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/1PAI.pdf>

[78]

<https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/EsquemasdeVaunaci%C3%B3n.aspx>

[79] Conoce las vacunas a las que tú y tus hijos tienen derecho. Ver: (<http://www.urnadecristal.gov.co/gestion-gobierno/plan-vacunacion-colombia>)

[80] La sigla del virus de la Hepatitis B en español es VHB. En inglés, es HBV.

[81] OMS. “Vacunas contra la hepatitis B” (Ver: https://www.who.int/immunization/wer7928HepB_July04_position_paper_SP.pdf)

[82] Inoue, Ob. Cit.

[83] Grupo de trabajo sobre tratamientos del VIH. “CROI 2010: Eficacia del tratamiento de la hepatitis B para prevenir su transmisión sexual”. Ver: http://gtt-vih.org/actualizate/la_noticia_del_dia/08-03-10

[84] MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[85] [19]Cfr. <http://www.aidsmeds.com/espanol/10/VHB.htm>. Primero (01) de junio de 2005

[86] Associació Catalana de Malalts d’ Hepatitis, “Transmisión del virus de la hepatitis B (VHB)” Ver: <https://asscat-hepatitis.org/hepatitis-viricas/hepatitis-b/informacion-basica-sobre-la-hepatitis-b/transmision-del-virus-de-la-hepatitis-b-vhb/>.

[87] <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/hepatitis-b>

[88] Aunque la literatura concuerda en que la abstinencia es la mejor forma de evitar una ITS, la utilización del condón es un método altamente efectivo para impedir la transmisión de una de estas infecciones. Al respecto puede por ejemplo consultarse <https://www.cdc.gov/condomeffectiveness/spanish/brief.html> y/o <https://www.who.int/hiv/mediacentre/news/condoms-joint-positionpaper/en/>

[89] Ver, por ejemplo, "Where did HIV come from". Ver: <https://www.theaidsinstitute.org/education/aids-101/where-did-hiv-come-0>

[90] Se estudió la frecuencia con que los países objeto de estudio poseían políticas dirigidas a: (i) la criminalización de la población transgénero; (ii) la criminalización del trabajo sexual; (iii) la criminalización de actos sexuales entre personas del mismo sexo; (iv) la transgresión legal por el uso o posesión para uso personal de drogas ilícitas; (v) el requisito de consentimiento parental para que los adolescentes accedieran a pruebas sobre su estado VIH; (vi) el requisito del cónyuge varón para que la cónyuge mujer accediera a servicios de salud sexual y reproductiva; (vii) la criminalización de la transmisión al VIH, no publicación del estado serológico VIH y/o exposición al VIH, (viii) restricción de entrada, permanencia y/o residencia de población que vive con el VIH, y (ix) obligatoriedad de pruebas sobre prueba sobre estado VIH previas a contraer matrimonio, acceder a un empleo o para pertenecer a algunos grupos. (Ver: epidemic transition metrics en <http://aidsinfo.unaids.org/>)

[91] Según el estudio citado, treinta países no criminalizan la transmisión al VIH, la no publicación del estado serológico VIH y/o la exposición al VIH, mientras que veinticinco de ellos permiten su persecución con base en normas generales, no específicamente asociadas a enfermedades particulares.

[92] Para un compendio jurisprudencial de los casos atrás expuestos en diferentes jurisdicciones se puede consultar "Judging the epidemic. A judicial handbook on HIV, human rights and the law" Ver: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201305_Judging-epidemic_en_0.pdf

[93] R. v. Dica.

[94] Enhorn v. Sweden.

[95] Police v. Dalley.

[96] R. v. Mabior.

[97] En este mismo sentido y entre varios otros, el Australasian Society for HIV, Viral Hepatitis and Sexual Health Medicine señaló que los casos penales que trataran sobre la transmisión o exposición al VIH exigen que el poder judicial conozca y comprenda la rápida evolución de los avances científicos sobre la transmisión del VIH y su impacto en el diagnóstico de dicho virus. (Boyd M, Cooper D, Crock EA, et al. Sexual transmission of HIV and the law: an Australian medical consensus statement. Med J Aust 2016; 205 (9): 409-412, en: <https://www.ashm.org.au/products/product/HIV%20Consensus>)

[98] En Sentencia C-015 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger) se recapituló la línea jurisprudencial en torno a los límites a la potestad del Legislador en materia de derecho penal.

[99] [26] Cfr. Sentencias C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-862 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[100] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[101] Ibid.

[102] En Sentencia C-104 de 2016 (Luis Guillermo Guerrero Pérez), retomada en la Sentencia C-225 de 2017 (MP Alejandro Linares Cantillo), la Corte sostuvo que el test estricto de razonabilidad y proporcionalidad “ha sido categorizado como el más exigente, ya que busca establecer “si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo”. Este test incluye un cuarto aspecto de análisis, referente a “si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”

[103] C-015 de 2018, MP Cristina Pardo Schlesinger.

[104] Ley 599 de 2000, ARTICULO 369. Propagación de epidemia. Modificado por el artículo 2 de la Ley 1220 de 2008. “El que propague epidemia, incurrirá en prisión de cuatro

(4) a diez (10) años.”

[106] De acuerdo con el Ministerio de Salud y Protección Social “(l)as hepatitis B y C pueden volverse crónicas e incluso producir cirrosis hepática, cáncer de hígado e incluso la muerte 20 o 30 años después de la infección.” (Minsalud. Gobierno de Colombia. “ABECÉ de las hepatitis virales”, en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ET/abc-hepatitis.pdf>)

[107] De acuerdo con la Organización Panamericana de la Salud, “(i)n the Americas an estimated 2.8 million people are living with hepatitis B, 2.1 million of them in Latin America and the Caribbean” al tiempo que “(a)n estimated 7.2 million people are living with hepatitis C in the Americas, 4.1 million of them in Latin America and the Caribbean.” (Panamerican Heath Organization, “Hepatitis B and C in the Americas”, en <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2016/2016-cha-infographic-hepatitis-b-c.pdf>)

[108] Ley 599 de 2000, ARTICULO 369. Propagación de epidemia. Modificado por el artículo 2 de la Ley 1220 de 2008. “El que propague epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.”

[109] De acuerdo con Open Society Foundations, “(a)pplying criminal law to HIV transmission could discourage people from getting tested and finding out their HIV status, as lack of knowledge of one’s status could be the best defense in a criminal lawsuit. Indeed, in jurisdictions with HIV-specific criminal laws, HIV testing counselors are often obliged to caution people that getting an HIV test will expose them to criminal liability if they find out they are HIV-positive and continue having sex. These same counselors are sometimes forced to provide evidence of a person’s HIV status in a criminal trial. This interferes with the delivery of health care and frustrates efforts to encourage people to come forward for testing.” (“10 reasons to oppose the criminalization of HIV exposure or transmission”, en: https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/10reasons_20081201.pdf)

[110] Ver: “Las cárceles y el SIDA”. Actualización técnica del ONUSIDA. Abril de 1997. En: http://files.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/publications/irc-pub05/prisons-tu_es.pdf

[111] Ver, por ejemplo, las sentencias T-1218 de 2005, MP Jaime Córdoba Triviño; T-509 de 2010, MP Mauricio González Cuervo; T-628 de 2012, MP Humberto Antonio Sierra Porto; y T-426 de 2017, MP Cristina Pardo Schlesinger.

[112] UNAIDS, “Criminalisation of HIV Non-Disclosure, Exposure and Transmission: Background and Current Landscape”, 2012. Págs. 6-7. Ver: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2322_BackgroundCurrentLandscapeCriminalisationHIV_en.pdf

[113] Folio 128 del expediente.

[114] Cfr. “Taking Action Against HIV Stigma and Discrimination: Guidance document and supporting resources”. (Department for International Development, November 2007). Ver: <https://www.icrw.org/wp-content/uploads/2016/10/DFID-Taking-Action-Against-HIV-Stigma-and-Discrimination.pdf>

[115] Ver Auto 009 de 2015 y Sentencia T-271 de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[116] Según la Encuesta Nacional de Salud 2007, “(d)el volumen estimado, es de resaltar la distribución por género. Casi el 70% de eventos consumidos en consulta externa corresponde a consumo efectuado por mujeres”.

Ver:

<https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/ENCUESTA%20NACIONAL.pdf> (págs. 185-186).

[117] “Women are more likely to know their HIV status than their male partners: Because they engage with the health system more often (including during pregnancy and child birth), women are typically more likely to find out about their positive HIV status before their male partners—particularly as governments move towards provider-initiated HIV testing and counseling in pre-natal settings. Where laws criminalizing HIV exposure or transmission are in place, to avoid the risk of being prosecuted for exposing their partner to HIV, women who test HIV-positive have to disclose their HIV status to their partners, refuse to have sex, or insist on condom use. However, for many women these actions carry the risk of violence, eviction, disinheritance, loss of their children, and other severe abuses. The combination of

more routine forms of testing (particularly during pregnancy) and criminalization of HIV transmission or exposure thus gives women an impossible choice: either to risk violence by trying to protect their partners, or to risk prosecution by failing to do so.” (Ver: “10 reasons to oppose the criminalization of HIV exposure or transmission”. Pág. 12. en: https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/10reasons_20081201.pdf)

[118] Cfr. Ibid. Pág. 19.

[119] “Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados, se crean la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional de Bancos de Sangre y se dictan otras disposiciones sobre la materia.”

[120] Por gameto se entiende la “Célula reproductora que se fusiona con otro gameto para formar un cigoto. Son ejemplos el óvulo y el espermatozoide (...)”. El semen es la “(s)ustancia producida por los órganos reproductores masculinos de los animales, que contiene los espermatozoides”. (Ver: <https://biodic.net/palabra/semen/#.XGSAynrwaM8>).

[121] “Por la cual se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de los Bancos de Componentes Anatómicos, de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. Centros o similares y se dictan otras disposiciones.”

[122] “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.”

[123] De acuerdo con el Ministerio de Salud y Protección Social “(l)as hepatitis B y C pueden volverse crónicas e incluso producir cirrosis hepática, cáncer de hígado e incluso la muerte 20 o 30 años después de la infección.” (Minsalud. Gobierno de Colombia. “ABECÉ de las hepatitis virales”, en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ET/abc-hepatitis.pdf>)

[124] Ver supra 4.6. para el caso de la Hepatitis B. En cuanto a la Hepatitis C, se ha dicho

que “Hepatitis C is usually spread when blood from a person infected with the hepatitis C virus enters the body of someone who is not infected. Today, most people become infected with the hepatitis C virus by sharing needles or other equipment to prepare or inject drugs.” (Centers for Disease Control and Prevention, “Hepatitis C Questions and Answers for the Public”, en <https://www.cdc.gov/hepatitis/hcv/cfaq.htm#C1>)

[125] “La infección por el virus de la hepatitis B (en siglas, VHB) y la infección por el virus de la hepatitis C (en siglas, VHC) son las habituales en personas que viven con VIH. Al tener más de una infección se dice que son personas co-infectadas o con co-infección. Una persona puede tener VIH y VHB, VIH y VHC, o bien una triple infección por VIH, VHB y VHC (también, claro, puede tener VHB y VHC y no VIH, aunque no suele ser habitual (...)). (Grupo de trabajo sobre tratamientos del VIH. “Coinfección por VIH y hepatitis virales”, en:

http://gtt-vih.org/aprende/enfermedades_y_sintomas/coinfeccion_por_vih_y_hepatitis_virales/general)

[126] Según la OMS “(e)n la actualidad no existe ninguna vacuna contra la hepatitis C, pero la investigación en esa esfera continúa.” (OMS, Hepatitis C, 18 de julio de 2018, en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hepatitis-c>)

[127] Panamerican Heath Organization, “Hepatitis B and C in the Americas”, en <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2016/2016-cha-infographic-hepatitis-b-c.pdf>

[128] De acuerdo con ibíd. “(i)n the Americas an estimated 2.8 million people are living with hepatitis B, 2.1 million of them in Latin America and the Caribbean” al tiempo que “(a)n estimated 7.2 million people are living with hepatitis C in the Americas, 4.1 million of them in Latin America and the Caribbean.”

[130] [19] Sentencia T-532 de 1992.

[131] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[132] MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[133] En dicha sentencia también se recordó como, en anteriores oportunidades, la Corte protegió los derechos sexuales de las personas. Sobre el particular se anotó que “(d)entro

del ámbito de protección de esta libertad se encuentra, por ejemplo, el derecho a tener una visita íntima. En la sentencia T-296 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), por ejemplo, se decidió que “(...) debido a la clara relación que tiene la visita íntima con el desarrollo de otros derechos como la intimidad, la protección a la familia y la dignidad humana, es dable afirmar que ésta se configura en fundamental por conexidad y que sólo debe ser sometida a restricciones bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad.” La posición adoptada en este caso ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia T-1204 de 2003 (MP Alfredo Beltrán Sierra) y en la sentencia T-499 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis) donde se decidió confirmar las decisiones de los jueces de instancia de proteger los derechos de una pareja de reclusas, en atención a que la jurisprudencia, de manera reiterada, ha sostenido “(...) que las personas privadas de la libertad pueden reclamar oportunidades para afianzar en la intimidad sus relaciones de pareja, y que las autoridades carcelarias no pueden entorpecer sus propósitos, en razón de que la dignidad humana de los reclusos está especialmente protegida, en los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 15 y 16 constitucionales.”

[134] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[135] [18] En el caso de los niños y niñas este derecho está sometido a mayores limitaciones debido a su edad. Ver al respecto, la sentencia C-507 de 2004, entre otras

[136] [19] Al respecto se puede citar toda la jurisprudencia constitucional en torno a la prohibición de discriminación de las personas homosexuales. Ver la sentencia C-029 de 2009.

[137] Sentencia C-507 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[138] Esta definición es tomada del reporte sobre la consulta técnica sobre salud sexual realizado en Ginebra en 2002 por la OMS y el programa de reproducción humana HRP. Ver https://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/sexual_health/en/ (Traducción libre).

[139] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[140] Sentencia T-732 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. “11.- En virtud del

derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución) . En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada.

12.- De igual forma, los derechos sexuales reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas de acceder a servicios de salud sexual, los cuales deben incluir, básicamente:

(i) Información y educación oportuna, veraz, completa y libre de prejuicios sobre todos los aspectos de la sexualidad,

(ii) El acceso a servicios de salud sexual de calidad que permitan atender y prevenir las infecciones, dolencias y enfermedades que afecten el ejercicio de la sexualidad, y

(iii) Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos y acceso a los mismos en condiciones de calidad y la posibilidad de elegir aquél de su preferencia, lo cual es un punto de contacto evidente entre los derechos sexuales y reproductivos”.

[141] Las sentencias T-926 de 1999 y T-465 de 2002 al otorgar servicios de salud para la disfunción eréctil protegieron los derechos sexuales de dos hombres.

[142] Sentencia T-269 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[143] Sentencias T-732 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-143 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[144] UNAIDS, ICJ, UNOHCHR, Formulación de principios para abordar el impacto negativo en la salud, la igualdad y los derechos humanos de la penalización específica de determinadas conductas en las áreas de sexualidad, reproducción, consumo de drogas y VIH, Ginebra, 3 y 4 de mayo de 2018. “El principio de no discriminación y los derechos a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley sin discriminación van en contra de las justificaciones de “[in]moralidad” de las sanciones penales. La pretensión de sancionar a un grupo impopular específico, o una conducta asociada con dicho grupo, a través del derecho penal viola directamente el derecho a ser tratado de manera igual bajo la ley, y por ello esta

pretensión no debería ser reconocida como un interés legítimo del Estado. Este tipo de análisis es particularmente importante en las esferas de la sexualidad y de la reproducción, donde los Estados muchas veces justifican la penalización de actos sexuales o reproductivos y decisiones como una manera de promover un determinado concepto de “moralidad cultural,” o de castigar expresiones de género y de sexualidad específicas que no se corresponden a las normas estrictas de género y que son discriminatorias en la mayoría de los casos”.

[145] Reporte sobre la consulta técnica sobre salud sexual realizado en Ginebra en 2002 por la OMS y el programa de reproducción humana HRP. Ver https://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/sexual_health/en/ (Traducción libre). “un aspecto central de los seres humanos durante sus vidas, incorpora el sexo, las identidades y roles de género, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción. La sexualidad se expresa mediante pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, comportamientos, prácticas, roles y relaciones. Mientras que la sexualidad puede incluir todas esas dimensiones no todas son siempre expresadas o vividas. La sexualidad es influenciada mediante la interacción de diferentes factores como el biológico, psicológico, social, económico, político, cultural, legal, histórico, religioso y espiritual”.

[146] Sentencia T-587 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos; Sentencia T-027 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez citando la Sentencia C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, A.V. María Victoria Calle Correa) que remitió a la siguiente cita bibliográfica: COOPER, J. / WORCHEL, S. / GOETHALS, G. / OLSON, J.: Psicología Social, Thomson, México 2002, 208 y 209; HOGG, M. / GRAHAM M. / VAUGHAN M.: Psicología social, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2010, 350. ACNUR, Los estereotipos de género y su utilización, 2013: “Un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar. Un estereotipo de género es nocivo cuando limita la capacidad de hombres y mujeres para desarrollar sus facultades personales, realizar una carrera profesional y tomar decisiones acerca de sus vidas y sus proyectos vitales. Los estereotipos nocivos pueden ser hostiles o negativos (por ejemplo, las mujeres son irracionales) o aparentemente benignos (por ejemplo, las mujeres son protectoras). Por ejemplo, sobre la base de este último estereotipo de que las mujeres

son más protectoras, las responsabilidades del cuidado de los hijos suele recaer sobre ellas de manera casi exclusiva". En: <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx>

[147] Reporte Comisionado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Los estereotipos de género como violación de derechos humanos, 2013. Pg. 20.

[148] Reporte Comisionado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Los estereotipos de género como violación de derechos humanos, 2013. Pg. 24; R.K.B. vs. Turquía, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010 (13 abril 2012).

[149] Comité de la CEDAW, R.K.B. vs. Turquía, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010 (13 abril 2012), para. 8.8. Ver también Karen Tayag Vertido vs. Las Filipinas, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (22 Septiembre 2010); Reporte sobre México producido por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujeres bajo el artículo 8 del Protocolo Opcional a la Convención y la Respuesta de México UN Doc. CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO (27 México 2005) (Indagación sobre Ciudad Juárez); A.T. vs. Hungría, UN Doc. CEDAW/C/32/D/2/2003 (26 enero 2005).

[150] L.C. vs. Perú, UN Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009 (25 noviembre 2011).

[151] Ver por ejemplo las Recomendaciones Generales 16 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[152] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

[153] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

[154] M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[155] Información disponible en el portal de la OMS: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hepatitis-c>

[156] Roxin, Claus, Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1997, p. 336 y 404 y ss. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha explicado: “La conducta se castiga por desafiar la normatividad pero según el grado de proximidad de la conducta respecto del bien jurídico será de peligro concreto si como exigencia típica se debe crear una situación de riesgo, en cambio, cuando esa relación es lejana y no se exige la probabilidad de lesión, será un peligro abstracto”. Sentencia de 5 de marzo de 2014. Radicación 36337.