

LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE EL TIPO PENAL DE PROPAGACIÓN DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA B O DE LA HEPATITIS DESCONOCE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y DE AUTONOMÍA PERSONAL

IV. EXPEDIENTE 12883 - SENTENCIA C-248/19 (junio 5)
M.P. Cristina Pardo Schlesinger

1. Norma acusada

LEY 599 DE 2000
(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 370. PROPAGACION DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA O DE LA HEPATITIS

B. *[Pena aumentada por el artículo 3 de la 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.

2. Decisión

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

3. Síntesis de la providencia

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

Los fundamentos de la anterior decisión principalmente recayeron 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.

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 del 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), 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 inexequibilidad de la norma por violación al artículo 13 de la Constitución, la inexequibilidad por violación al artículo 16 superior se fundó en la imposibilidad constitucional de 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.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** salvó el voto, por cuanto considera que la norma penal objeto de demanda no es inconstitucional, ya que corresponde a un ejercicio razonable de la amplia potestad de configuración punitiva del Congreso de la República, a través de la tipificación de una conducta que atenta contra la salud pública y que por tanto busca preservar un bien jurídico plausible. En su criterio, no se advierte en este tipo penal la infracción de un precepto constitucional, ya que por el contrario se dirige a la prevención y cuidado de la salud de personas que pueden estar en riesgo de ser infectadas con tales virus, al encaminarse a disuadir a portadores de VIH o de Hepatitis B que propaguen estos virus de modo doloso. En particular, expresó su discrepancia con el test de igualdad que se aplica en la sentencia, al partir de un hecho que no es exacto, puesto que asimila en gravedad a todas las enfermedades de transmisión sexual, lo cual no es así. De igual modo, observó que esa conducta no cabía exactamente en el tipo penal de propagación de epidemia, en la medida en que este delito se refiere a la transmisión masiva y dolosa de una enfermedad a una comunidad y no solo el contagio a una sola o a unas cuantas personas, de modo que con la exclusión del ordenamiento jurídico del artículo 370 del Código Penal, desaparece un mecanismo idóneo de prevención y protección de la salud contra esas graves enfermedades.

Por su parte, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó aclaración de voto frente a la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad del artículo 370 de la Ley 599 de 2000.

Manifestó que acompañaba 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, consideró que esta no vulneraba el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución), en los términos planteados en la demanda. A su 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 en que sustentó su postura al respecto, fueron 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 eficaz para ese propósito y en cambio sí, como quedó demostrado, contraria al libre desarrollo de la personalidad.

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera**, aunque comparte la decisión de inexecutable del artículo 370 del Código Penal, discrepa de uno de los argumentos expuestos en la sentencia, que refuta la efectividad de la criminalización particular respecto del VIH y/o el VHB tras considerar que este tratamiento penal termina por disuadir a sus posibles portadores de someterse a una prueba sobre su estado, lo que no les permite conocer su condición viral y así acceder a los tratamientos y medidas de curación y control de esas enfermedades que impidan la propagación de tales virus. A su juicio, resulta contraevidente que un posible portador de tales virus prefiera no conocer su estado de salud y dado el caso, someterse a su tratamiento y control que, de haber adquirido el virus, correr el riesgo de morir sin ser tratado médicamente.

De igual modo, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** aclaró su voto. Como sustento expuso que, no obstante compartir la decisión de inexecutable, considera que la motivación sobre la inconstitucionalidad de la donación de sangre, semen, órganos o, en general, componentes anatómicos, requería de un mayor desarrollo. En esta dirección, debió explicarse la intensidad de tal medida respecto al derecho a la igualdad. Así mismo, era necesario profundizar en el estigma que pueden enfrentar las personas con diagnóstico de Hepatitis B, pues es un tema poco desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Al existir el delito de “propagación de epidemias” (artículo 369 de la ley 599 de 2000), no es necesario el reproche punitivo particular que existía ante el riesgo de transmitir dolosamente el VIH o la Hepatitis B, pues ya existe una disposición penal que proteger el mismo bien jurídicamente tutelado, esto es la salud pública (Título XII del Código Penal).

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** aclaró el voto por considerar que las razones centrales por las cuales considera que el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 es inconstitucional se refieren a que la disposición es discriminatoria. En tal sentido, sostiene que el tipo penal que establece exclusivamente la criminalización del contagio del VIH y el VHB establece un trato discriminatorio en razón a que estas enfermedades han estado asociadas a estereotipos negativos y prejuicios alrededor del ejercicio de los derechos sexuales.

El Magistrado **José Fernando Reyes Cuartas** se reservó la posibilidad de presentar eventualmente una aclaración de voto sobre algunas de las consideraciones que fundamentaron la decisión de inexecutable del artículo 370 del Código Penal.

