



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas



Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La inxequidad del tipo penal de propagación de VIH y Hepatitis B (VHB): Un análisis desde la interpretación constitucional.¹

Maryury Velásquez Quintero
Universidad Católica de Colombia

Resumen

Los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Constitucional de 1991 en Colombia deben ser garantizados por parte de las instituciones estatales quienes deben velar por el libre ejercicio de los mismos, y evitar que mediante actos u omisiones se genere alguna vulneración de estos. El presente artículo de reflexión realiza un análisis de las nociones de un juicio integrado de igualdad el cual se aplica a través de un test de razonabilidad y proporcionalidad intensa y es llevado a cabo por la Corte Constitucional respecto de la consideración que tuvo el legislador en su momento sobre la creación del tipo penal que castiga la propagación del virus de VIH y VHB fundamentado en la noción de salud pública, lo anterior teniendo en cuenta la importancia que esto reviste desde el ámbito de la formulación o creación de nuevos tipos penales, y la construcción de una política criminal respetuosa de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Colombia, Interpretación Constitucional, Test de igualdad, Salud Pública, Discriminación, VIH, Hepatitis.

Abstract

The fundamental rights recognized in the 1991 Constitutional Charter in Colombia, must be guaranteed by the state institutions who must ensure their free exercise, and avoid any violation of these acts or omissions. This research article analyzes the notions of the strict equality test carried out by the Constitutional Court regarding the consideration that the legislator had at the time on the creation of a criminal type that punishes the spread of a virus based on the notion of health public, the foregoing taking into account the importance of this from the scope of the formulation

¹ Artículo de reflexión elaborado por Maryury Velásquez Quintero, estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, con materias culminadas, correo electrónico: msvelasquez34@ucatolica.edu.co como Trabajo de Grado para optar al Título de Abogada, bajo la dirección del profesor Jesús Caldera Ynfante, Docente Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, año 2020.

or creation of new criminal types, and the construction of a criminal policy respectful of fundamental rights.

Key words: Colombia, Constitutional Interpretation, Equality Test, Public Health, Discrimination, VIH, Hepatitis.

Sumario

Introducción.

1. La interpretación constitucional como herramienta fundamental del Estado Social de Derecho.
 - 1.1 Métodos tradicionales de interpretación
 - 1.2 Los test como mecanismo de interpretación
2. El delito de propagación del VIH y la hepatitis B (VHB): Su contexto histórico y su finalidad desde la perspectiva del derecho penal.
3. El test de igualdad aplicado por la Corte Constitucional al análisis del caso concreto
4. Conclusiones.

Introducción

El constituyente colombiano de 1991 consagró que Colombia es un Estado social de Derecho, en esa medida se deben garantizar los derechos fundamentales y las libertades de todos los seres humanos que habitan en el territorio colombiano. De igual manera, contempló la existencia de un tribunal constitucional, que tendrá a su cargo la garantía de la supremacía constitucional en toda su extensión y la interpretación de las disposiciones de esta.

Como lo señala Caldera Ynfante (2018b) los derechos fundamentales están encaminados a desarrollar el contenido de la dignidad humana, por ello, estos tienen una notada importancia en el marco del Estado Social de Derecho como el colombiano, y en el caso de que se contemplen restricciones a estos, estas deben atender criterios de proporcionalidad, necesidad e igualdad.

Desde el contexto anterior, se ha planteado la cuestión problemática que será desarrollada a lo largo del presente artículo de reflexión, y que se centra concretamente en el estudio de la interpretación constitucional desarrollada por la Corte Constitucional respecto del tipo penal consagrado en el artículo 370 que señala como un delito la propagación de epidemias como el Virus de Inmunodeficiencia Humana (en adelante VIH) y la hepatitis B (VHB) a través de relaciones

sexuales inseguras, reutilización de jeringas u otros comportamientos riesgosos, posterior a tener conocimiento de ser portador de alguna de estas, desarrollada entre otras en la decisión de la Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2019.

En ese orden de ideas, este artículo aborda en tres capítulos el tema mencionado anteriormente. En el primero se realiza un análisis acerca de la función de interpretación constitucional, y los test que se han desarrollado para cumplir dicha función en garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos (Gómez, 1998); en el segundo, se desarrolla el tema de la creación del tipo penal de propagación de VIH y VHB, y su evolución en el ordenamiento jurídico penal colombiano, para proceder finalmente a hacer un análisis del test de igualdad desarrollado por la Corte Constitucional donde se declara la inexecutable de dicho artículo del código penal colombiano.

En el marco de lo anterior, la pregunta de investigación que se ha planteado en el desarrollo del presente artículo de investigación es el siguiente ¿Sirve la interpretación constitucional para identificar y remover reglas del ordenamiento jurídico penal que vulneran el derecho a la igualdad? Para lo anterior, se toma el estudio del caso concreto de la evaluación de la Corte Constitucional del tipo penal de propagación de VIH y Hepatitis B, esto con el objetivo principal de determinar la forma en la cual la Corte Constitucional desarrolla su función de interpretación constitucional a través de la aplicación del test de igualdad en este caso concreto.

La metodología aplicada para el desarrollo del presente artículo de investigación es de tipo documental descriptiva y se desarrolla a partir de un método denominado doctrinal y jurisprudencial hermenéutico (Agudelo, 2018) que a partir del estudio de diversas fuentes, construye elementos de análisis propios del autor, que le permiten elaborar unas conclusiones que dan respuesta al problema de investigación.

1. La interpretación constitucional como herramienta fundamental del Estado Social de Derecho.

La interpretación constitucional es una labor que debe ser desarrollada en un Estado por autoridades judiciales y administrativas a fin de garantizar que se de aplicación a las disposiciones de la norma fundante. Ahora bien, dicha labor no se circunscribe únicamente a la aplicación de la Constitución como criterio determinante y definitivo, sino que en diversas ocasiones implica hacer un análisis

que vaya más allá de lo gramatical, lo anterior precisamente porque el campo de los derechos no es unívoco ni determinado, ya que “los derechos fundamentales son, en los países de tradición democrática, la piedra angular del sistema político que permite aglutinar el consenso” (Villalobos & Bozo, 2010, p.384).

En esa medida, es importante destacar que la labor de interpretación constitucional debe fundarse también en aquellas reglas, principios y valores constitucionales, lo anterior como lo señala con el fin de que los postulados de la Carta Política sean indemnes y conserven la esencia que en su momento desarrolló el constituyente. En ese orden de ideas, es importante indicar que las reglas hacen referencia a enunciados de carácter jurídico que tienen un destinatario específico, la interpretación de estas se realiza de manera sistemática con el mandato Constitucional.

Por otro lado, los principios son enunciados generales indeterminados cuya aplicabilidad es inmediata y por último los valores deben considerarse como enunciados generales de textura abierta que traducen óptimos buenos alcanzables, es decir pretensiones o aspiraciones que se fijó el Constituyente en su momento (Galán, 2016).

Referente a lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante, el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992).

Ahora bien, como se puede observar los valores, los principios y las reglas son herramientas indispensables para la interpretación o hermenéutica constitucional cuya función es buscar el sentido de la norma constitucional, en ese sentido Caldera Ynfante (2019b) señala el ejercicio de interpretación constitucional permite “buscar el sentido de los derechos y deberes consagrados en la carta fundamental” (p.25), en procura de “garantizar el contenido normativo de la dignidad

humana y la realización del proyecto de vida valioso de toda persona humana” (2019a) esto en el análisis para la aplicación de una norma en la solución de un caso concreto.

En concordancia con lo anterior, en ocasiones pueden presentar casos en los cuales una norma pueda estar acorde con un principio, pero contravenir una regla, situación identificada por la Corte Constitucional que señala al respecto lo siguiente:

La diferencia conceptual entre reglas y principios sugiere varios problemas interpretativos. El carácter preciso de las reglas obliga a preferirlas a la hora de enfrentar conflictos con los principios. Empero, una interpretación razonable de reglas puede llevar a situaciones abiertamente incompatibles con principios, aunque no sean ilegales o ilícitas. Se trata de eventos en los cuales existe la posibilidad legítima de interpretar una regla, que puede conducir, entre muchos, a un resultado determinado, el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento, pero resulta incompatible con los principios que sustentan la regla (Corte Constitucional, Sentencia SU-1121 de 2001).

Es en estos casos, en los cuales la interpretación constitucional cobra una absoluta relevancia ya que permita hacer un análisis concreto del caso, y determinar cuál es el problema interpretativo en razón al conflicto que se suscite, en consecuencia, deberá realizar un análisis amplio tanto de la regla como del principio, y entrar a realizar una interpretación extensiva de los mismas, para determinar la prevalencia de uno o de otro.

Por ello, como lo advierten Arévalo & García (2018) uno de los elementos esenciales del constitucionalismo es, sin duda alguna, la supremacía de la Constitución que debe ser garantizada a través de diversos mecanismos, uno de ellos es la interpretación constitucional que a través del tiempo ha evolucionado a partir de la creación de una serie de métodos que permiten realizar dicha función. Dicho esto, es menester centrarse en aquellos métodos de interpretación que han sido desarrollados por la Corte Constitucional como herramienta esencial para su labor de interpretación, los cuales serán analizados de manera sucinta a continuación.

1.1 Métodos tradicionales de interpretación:

Los métodos tradicionales de interpretación del derecho son comúnmente mencionados y reconocidos en este campo, estos tienen la función de aclarar, ampliar, y determinar el alcance de una norma. Al respecto, Velasco & Llano (2016) advierten que estos métodos son útiles para lograr determinar el espíritu del legislador al momento de expedir la norma sometida a interpretación, dichos métodos han sido ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

En ese orden de ideas, es necesario en el marco del objeto de estudio analizar de manera sucinta cada uno de estos métodos. En primer lugar, se tiene el método gramatical, que como su nombre lo indica, busca el sentido literal de las palabras que integran la disposición normativa, con el fin de darle el sentido de acuerdo a ello.

Dicho método como lo indica Barría (2017) “tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes” (p.260), en esa medida, se busca a partir del significado de las palabras y su conexión lógica, determinar el querer del legislador, no obstante, en ocasiones la construcción de la norma no hace que este elemento arroje resultados satisfactorios, por aspectos como el contexto histórico, social, entre otros. Así mismo, frente a este método la Corte Constitucional señala que “el método gramatical es el que está más profundamente vinculado con la hipótesis de infalibilidad de ese legislador soberano, pues supone que en ciertas ocasiones las normas tienen un sentido único, que no requiere ser interpretado” (Corte Constitucional, Sentencia 054 de 2016).

En segundo lugar, se acude al método teleológico como criterio de interpretación que está encaminado a determinar la finalidad de la norma, es decir el objetivo que en su momento tenía el legislador para emitir la misma, en este caso, como lo advierte Torres (2005) este método busca dar claridad a la norma a través de una búsqueda del concepto finalista de la misma de manera razonable, atendiendo la exposición de motivos de la norma y otros criterios adicionales.

Como tercer método de interpretación se tiene el denominado sistemático, que busca interpretar la norma en concordancia con el resto del ordenamiento jurídico, con el fin de hallar una mayor claridad en la disposición que se está estudiando, frente a este método la Corte Constitucional advierte que:

El mismo debe aplicarse en aquellos casos en que la aplicación de la norma legal correspondiente no pueda realizarse a partir de la interpretación gramatical, serán esas otras fórmulas y, particularmente la de naturaleza sistemática, las que permitan resolver la controversia y privilegiar el contenido de las disposiciones superiores, si a ello hubiere lugar (Corte Constitucional, Sentencia C-054 de 2016) a fin de determinar si existe quizá una discordancia de esta con el ordenamiento jurídico fundante.

De igual modo en estos casos como lo señala Caldera Ynfante (2012) se debe observar también en esta comparación las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad en Colombia para determinar si alguna de estas está en contravía de lo dispuesto por estas.

Finalmente se habla del método de interpretación histórico que busca hacer un retroceso al momento de expedición de la norma jurídica para entender el contexto en el cual fue expedida la misma, a través de una reconstrucción del escenario social, político, económico, entre otros existente para el momento en el cual el legislador expidió la norma.

En este sentido, es claro que los métodos tradicionales de interpretación son una herramienta indispensable para poder determinar con claridad el contexto de una norma, la finalidad de la misma, su transcendencia y en determinados casos evaluar si con los cambios que se generan el tiempo y que repercuten en el ordenamiento jurídico alguna de dichas normas puede vulnerar derechos o libertades de los asociados (Bechara, 2017).

Ahora bien, en el desarrollo de su actividad la Corte Constitucional adicional a los siguientes métodos utiliza una serie de test como criterio de interpretación constitucional, los cuales permiten realizar ponderación o evaluar criterios de trato desigual, o de igualdad como se analizará a continuación. En ese ámbito precisamente se ha desarrollado por parte de este tribunal constitucional el denominado principio de interpretación conforme que hace referencia a que todas las disposiciones del ordenamiento jurídico deben interpretarse de manera armónica con los mandatos constitucionales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado al tenor literal lo siguiente sobre las implicaciones del principio de interpretación conforme:

Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto (Corte Constitucional, Sentencia C-1026 de 2001).

Cabe mencionar los clásicos métodos de interpretación regidos por los principios de unidad, interpretación conforme, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora, fuerza normativa, pro homine y pro democracia, entre otros, como parte del conjunto de herramientas hermenéuticas de las que se valen los tribunales constitucionales para comprender y buscar el sentido de las reglas, principios y valores constitucionales para el examen de constitucionalidad de las leyes y para la resolución de casos concretos, en función de la garantía de los derechos fundamentales, principal deber del Estado democrático constitucional, los cuales no son suficientes para lograr la realización de la justicia material del caso concreto.

En consecuencia, hay que señalar que, para reforzar su validez en la pragmática constitucional, hay una labor hermenéutica y heurística de la Corte Constitucional en la emisión de sentencias de cumplimiento obligatorio (tipo C, de unificación) centradas en la figura del precedente vinculante (horizontal y vertical) para la garantía de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Se aprecia ahora un desplazamiento, gracias a la interpretación constitucional, de un juez “legal” a un juez garante de la constitucionalidad; un juez constitucional que asumía primariamente un rol de legislador negativo- (en el control abstracto de constitucionalidad de la ley) para mutar a un cuasi-legislador positivo cuando efectúa, por ejemplo, el juicio de constitucionalidad condicionada de una norma iusfundamental para asegurar, garantizar y proteger la vigencia de los derechos fundamentales, asegurar la efectividad del orden constitucional y la vigencia de democracia, vista de manera integral, como señala Caldera Ynfante (2018b), como un derecho fundamental, más que como forma de gobierno, donde el respeto por las minorías y la protección de los más vulnerables, desde la protección de los derechos fundamentales como límite al poder, prohíben la arbitrariedad,

la opresión, el despotismo y la discriminación propios del Totalitarismo a decir de Caldera Ynfante, (2017).

1.2 Los test como mecanismo de interpretación:

Cuando se hacen referencia a los test como método de interpretación, se habla concretamente de una serie de mecanismos que han surgido en el marco del constitucionalismo que buscan realizar una interpretación constitucional a través de métodos más idóneos para resolver la cuestión problemática que ha sido puesta en conocimiento del juez constitucional.

En esa medida, como lo señala Ariza (2019) en virtud de la supremacía constitucional que consiste en la protección integral de lo dispuesto en la norma fundante de los Estados, se han creado una serie de métodos que permiten evaluar en casos concretos, y para materias específicas que han sido señaladas por la Corte a través de su jurisprudencia, y busca garantizar un análisis efectivo de las disposiciones normativas y el posible conflicto que generan respecto de los principios, reglas y valores que señala la Constitución Política. Así entonces, existes diversos test que son aplicados en la actualidad por la Corte Constitucional, los cuales serán objeto de análisis a continuación.

En primer lugar, se habla del test de proporcionalidad el cual se utiliza en temas como consulta previa en aquellos casos que el juez debe determinar si una medida tomada por el Estado respecto de la restricción de un derecho, se ajusta a las disposiciones del ordenamiento jurídico, y además se analiza los beneficios que reporta la misma a fin de evaluar si es inadecuada o desproporcionada, al respecto, la Corte Constitucional sobre el test de proporcionalidad señala lo siguiente:

(...) El test de proporcionalidad constituye un instrumento hermenéutico que se materializa a través del desarrollo de un juicio de valor que: (i) evalúa las repercusiones negativas que unas determinadas medidas que tiendan por la consecución de unos fines constitucionalmente deseables, puedan llegar a tener en otros intereses jurídicos de igual jerarquía; y (ii) tiene en cuenta la conducencia e idoneidad del medio escogido para obtener el fin deseado, de forma que le sea posible determinar al juzgador de la causa si los intereses jurídicos en balanza se encuentran nivelados o si, por el contrario, existe alguno que se esté viendo claramente desfavorecido (Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 2015).

Como se puede observar este test evalúa de manera detenida una medida tomada respecto de una restricción generada por una norma legal, y en esa medida entra a determinar si la medida es la adecuada, y produce los efectos esperados que justifiquen mantener vigente la misma. Igualmente frente a este test se han desarrollado una serie de niveles de intensidad que determinan la aplicación del mismo y son en concreto y pueden ser leve, intermedio y estricto.

De igual manera, se ha desarrollado por la Corte Constitucional el test de razonabilidad como lo señala Gómez (2011) evaluó las razones por las cuales el ordenamiento jurídico ha establecido un trato desigual para algún grupo o comunidad de personas, a partir de la existencia de una finalidad, la validez de la misma y la razonabilidad precisamente de dicho trato desigual.

Frente al test de razonabilidad, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? (Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996).

Así entonces, el test de razonabilidad se aplica en aquellos casos que es necesario determinar el criterio relevante que se tuvo en cuenta para establecer el trato de desigual, entrando a analizar la necesidad, adecuación y correspondencia de la medida tomada y su relación con la finalidad o el objetivo propuesto.

Por último, se ha desarrollado el test de igualdad que en estricto sentido es un método de interpretación encaminado a realizar un debate en el que se evalúen los derechos de los grupos que son mayoría y minoría, lo anterior teniendo en cuenta que Colombia como Estado constitucional debe estructurar una institucionalidad fuerte de pesos y contrapesos y que además respete las garantías y las libertades de los asociados (Caldera Ynfante, Ávila Hernández & de los Santos, 2018c).

La Corte Constitucional en la sentencia objeto de estudio aborda el juicio integrado de igualdad en la sentencia objeto de estudio a partir de la siguiente metodología:

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. 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 (Corte Constitucional, Sentencia 248 de 2019).*

Este test es el más relevante para el caso objeto de estudio que se ha planteado dentro de la siguiente investigación, teniendo en cuenta que a través precisamente de un juicio integrado de igualdad la Corte Constitucional decidió el tema de la exequibilidad o inexecuibilidad del tipo penal de propagación de VIH y hepatitis B (VHB), tema que se abordará a continuación.

2. El delito de propagación del VIH y la hepatitis B (VHB): Su contexto histórico y su finalidad desde la perspectiva del derecho penal.

Como se mencionó anteriormente, el tipo penal de propagación de VIH y hepatitis fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional atendiendo a la consideración de que el mismo podía estar generando un trato discriminatorio para los portadores de estas enfermedades. Por lo que antes de proceder con el análisis de la decisión de este Tribunal, es pertinente identificar las características de este tipo penal y su contexto histórico en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para ello, es relevante advertir que, como lo indica Sánchez (2014), cuando se hace referencia a una conducta punible se está hablando un acto humano que debe ser típico, antijurídico y culpable en el campo del derecho penal, así entonces los anteriores presupuestos deben de ser detenidamente

analizados por el legislador teniendo en cuenta que el derecho penal responde a un criterio de mínima intervención y necesidad.

Dicho lo anterior, el tipo penal objeto de estudio se encuentra consagrado en el artículo 370 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) y advierte al tenor literal lo siguiente:

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

Así pues, a través de esta conducta punible se penaliza la propagación de un virus posterior a tener conocimiento de que se es portador del mismo a partir de dos acciones concretas: una la de realizar prácticas y otra la de donar órganos o fluidos. Así mismo, es esencial señalar que este tipo penal se considera de peligro abstracto (Hefendehl, 2001) esto quiere decir que no es necesario que efectivamente se produzca el contagio para que se configure la conducta punible, en este caso la intención de propagar el virus configura en si mismo los elementos del tipo penal.

Lo anterior, encuentra su justificación en el ámbito de la salud pública, pues fue consagrado originalmente en el Decreto 559 de 1991² (Luque, 2004) que en su momento busco reglamentar los mecanismos de control de enfermedades transmisibles como el VIH, considerando que para ese momento histórico la mortalidad del virus era mucho más elevada de lo que es en la actualidad.

Posteriormente en 1997, ya bajo la vigencia de la Carta Política de 1991, se derogó el Decreto anterior por la expedición del Decreto 1543 de 1997 en el cual se modificaron varios aspectos y se dio un avance notorio en la materia, puesto que se consagró la discriminación de la que son objeto las personas que padecen estos virus y la necesidad de implementar medidas para evitarla. No obstante, la tipificación de la propagación subsistió. (Quintero, Posada & Aldana, 2009).

² 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.

A pesar de la evolución de la concepción sobre la transmisión del VIH y la Hepatitis y del avance de los tratamientos científicos para los mismos, el legislador al expedir el Código Penal en el año 2000 no evaluó el mandato de no discriminación que en las normas que regulaban el tema se había descrito, y dispuso dejar indemne el tipo penal que se había fijado anteriormente, sin un análisis detenido sobre su significado y la posible vulneración que este generaba al derecho a la igualdad.

Ahora bien, frente al comportamiento estadístico de esta conducta punible se pueden observar los siguientes datos en la figura 1 que se muestra a continuación:

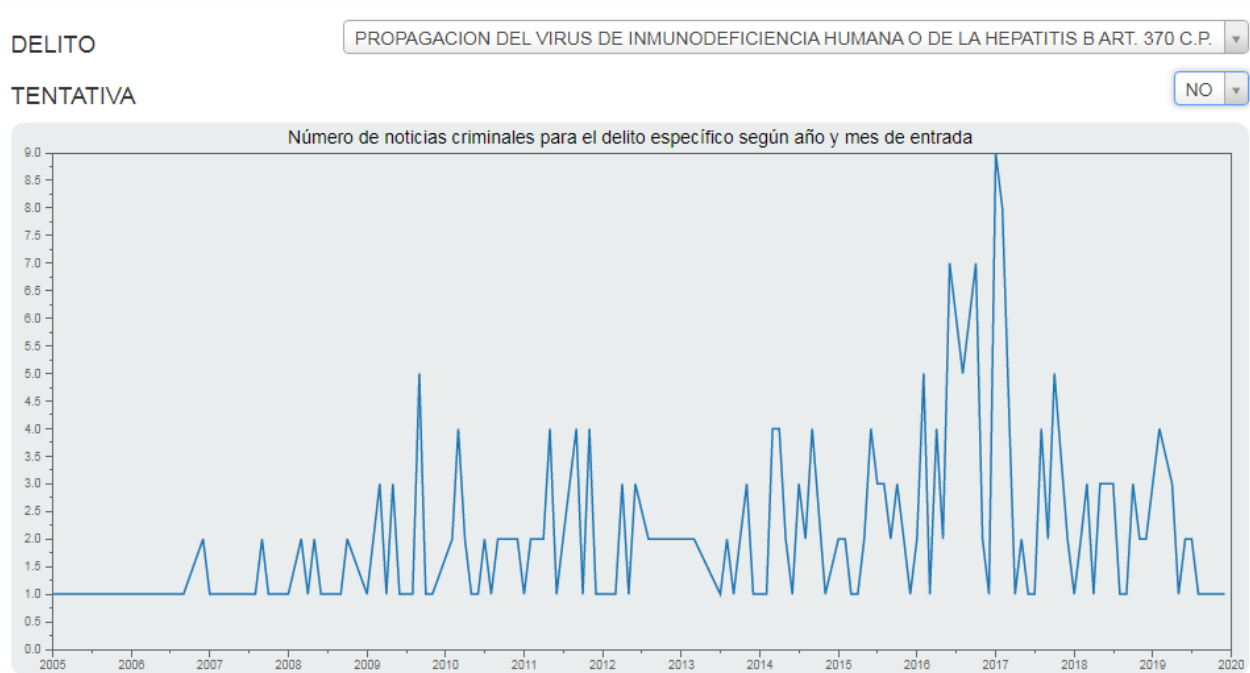


Figura 1. Comportamiento noticias criminales Artículo 370 Código Penal. Fuente: Fiscalía General de la Nación (2020).

Como se puede observar esta conducta punible tiene un comportamiento medianamente estable hasta el año 2016, donde existe un aumento notorio de las noticias criminales por este tipo penal, ahora bien, pero más allá de la cantidad de denuncias o casos que conozca la Fiscalía sobre un tipo penal específico, es importante evaluar la actividad de los mismos, es decir cuántas de estas denuncias terminan archivadas y cuantas realmente generan una condena.

Para ello, a continuación se expondrá la figura 2 a continuación que permite evaluar la fase en la cual se encuentran las noticias criminales allegadas por este tipo penal:

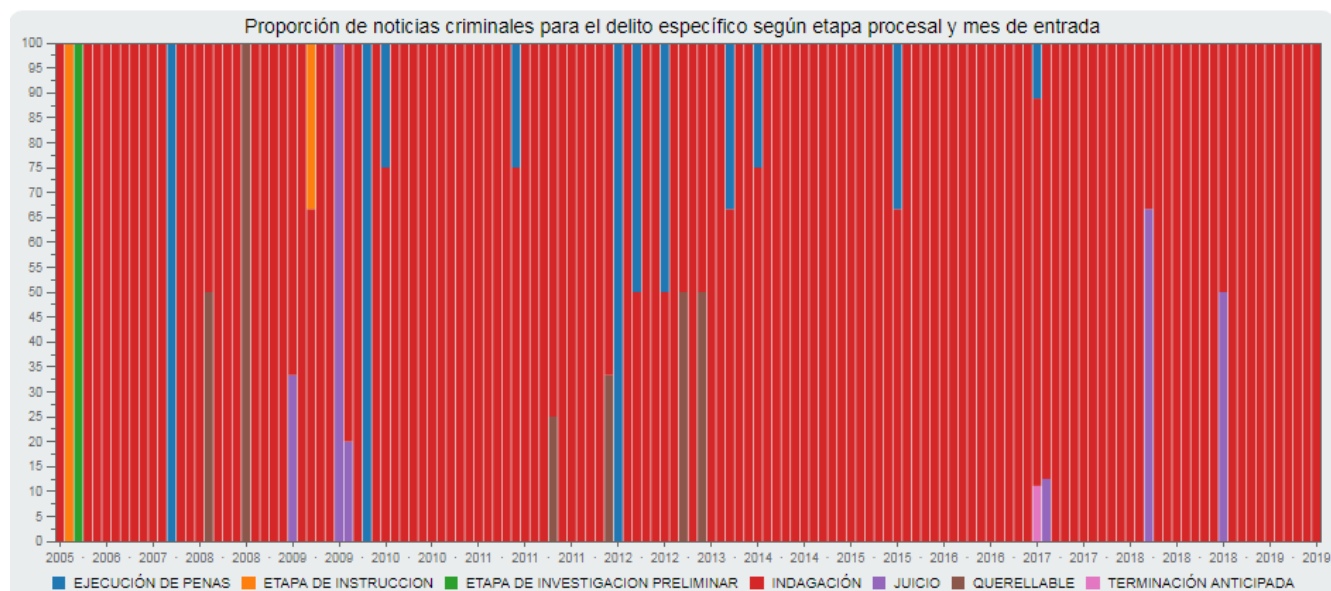


Figura 1. Estado noticias criminales Artículo 370 Código Penal. Fuente: Fiscalía General de la Nación (2020).

Como es notorio, la mayoría de los casos se encuentran en la etapa de indagación, incluso aquellos que tuvieron origen en el año 2005, lo cual deja en evidencia en primer lugar la congestión del sector judicial y en segundo lugar la dificultad probatoria que conlleva esta conducta punible, respecto de la propagación del VIH y la hepatitis.

Dicho lo anterior, a continuación, se evaluará detenidamente el juicio estricto de igualdad que aplicó la Corte Constitucional en la sentencia C-248 de 2019, que resulta procedente aplicar en los casos que existe una medida o norma que resulta afectando a un grupo de personas concreto, que en ocasiones puede encontrarse en situación de discriminación o debilidad manifiesta.

3. El test de igualdad aplicado por la Corte Constitucional al análisis del caso concreto.

En el caso concreto, la Corte Constitucional considera procedente realizar un juicio de igualdad en cuanto la conducta punible descrita en el Artículo 370 del Código Penal Colombiano afecta directamente a una población o grupo que tiene una condición de salud especial al ser portadores

de una enfermedad catastrófica o de alto costo (como se ha denominado por el sistema de salud colombiano), y que precisamente por su condición de salud han sido objeto discriminación en la sociedad.

Para ello, la Corte Constitucional precisó como primer criterio a tener en cuenta dentro del test de igualdad el análisis sobre el patrón de igualdad o tertium comparationis, acerca de si es posible que se dé un tratamiento igual al virus del VIH y al de la Hepatitis B, respecto de lo cual señaló lo siguiente:

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; ii) ambos son virus que producen un particular rechazo y miedo por parte del conglomerado social; iii) ambos son susceptibles de transmisión por medio del contacto de iguales fluidos corporales; y (iv) ambos son virus que pueden ser medicamente tratados y cuya propagación puede ser científicamente controlada (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2019).

Este análisis se realiza desde una perspectiva interna para determinar si en este caso el legislador contempló aspectos técnicos al momento de dar el mismo tratamiento en el tipo penal al virus del VIH y al de Hepatitis B, llegando a la conclusión que efectivamente las características de estos virus son similares, y por lo que se justifica el tratamiento paritario dentro del tipo penal descrito por el legislador.

Ahora bien, el segundo criterio que analiza la Corte Constitucional se centra en el trato que se ha dado a otros virus o epidemias similares al VIH y a la Hepatitis B, con el fin de evaluar si desde la perspectiva del derecho a la igualdad existe una vulneración por trato diferente, atendiendo a que en este aspecto la corporación ha señalado que no debe darse un tratamiento paritario a otras enfermedades de transmisión sexual, ni a otros virus en razón a las consecuencias que generan.

Respecto de ello, el análisis presentado por la Corte Constitucional (2019) determina que a pesar de que el legislador en su momento consagrara esta conducta como un tipo penal con fundamento en la alta tasa de mortalidad que presentaban los pacientes portadores de VIH y VHB, el trato

diferenciado contenido en la norma ha dado un tratamiento de peligrosidad especial a estos pacientes, dejando de lado otros tipos de enfermedades virales y desconociendo criterios objetivos respecto de la salud pública:

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. 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 (...) (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2019).

En este sentido, respecto de la penalización de la propagación de VIH y/o VHB como consecuencia de la prevención y control de enfermedades transmisibles, la Corte Constitucional consideró que esta resulta ser una medida reprevia para quienes portan el virus, pues al acudir al derecho penal para evitar el contagio, se desconocieron los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

Por otro lado, en su análisis la Corte Constitucional evidenció también la vulneración del derecho a la igualdad, puesto que el legislador decidió, sin apoyarse en evidencia científica, particularizar al VIH y VHB y penalizar su propagación, dejando de lado otros virus que podrían representar la misma peligrosidad para el ser humano, lo que genera indudablemente un trato discriminatorio para quienes padecen esta enfermedad, debido al trato desigual que se presenta, sin una razón científica válida y evidente.

Al respecto en la Corte Constitucional (2019), advierte:

(...) 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 (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2019).

Superado este análisis, entra la corte a evaluar la razonabilidad del trato desigual que contiene la norma objeto de estudio, llegando a la conclusión que “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” (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2019). De manera que esta disposición no es un mecanismo efectivo para evitar o disminuir la propagación de estos virus.

De igual forma, en su estudio el Tribunal Constitucional desarrolla el análisis de criterios de proporcionalidad, para lo que determinó el objetivo perseguido por el legislador al crear el tipo penal objeto de estudio e indicó:

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, tales enfermedades siguen constituyendo una amenaza masiva, 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 (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2019).

Así pues, a pesar que el fin que persigue la medida esta constitucionalmente justificado, el análisis no puede agotarse en este punto, puesto que es menester evaluar el medio empleado para tal fin y la relación entre el medio y el fin, es decir se debe evaluar si la creación del tipo penal es conducente y pertinente a para lograr el fin propuesto.

En este caso concreto hay que evaluar si la penalización de la propagación del virus realmente es el camino para proteger la salud pública de este tipo de virus, frente a lo cual la Corte Constitucional advierte en primer lugar que la norma puede ser ineficaz ya que el tipo penal

tiene serios problemas al momento de probar el elemento de la culpabilidad, en segundo lugar, la norma podría ser contraproducente respecto del fin planteado:

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 (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2019).

Por último, y en razón a la metodología expuesta por la Corte Constitucional es necesario evidenciar si la norma analizada genera beneficios de tal magnitud que excedan las restricciones que esta imponiendo el legislador a principios y valores constitucionales, que en el caso objeto de análisis da una respuesta negativa, ya que la norma no representa beneficios observables respecto del control de la propagación del virus y, adicionalmente, no resulta necesaria, ya que existen importantes avances científicos para el control de estos virus, y el contagio de los mismos, por lo cual la situación no amerita que existan restricciones a quienes padecen de estas enfermedades, y mucho menos desde al ámbito penal.

Por todo esto, la norma es declarada inexecutable por la Corte Constitucional, pues a su consideración, la misma contemplaba una evidente vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y libre desarrollo de la personalidad, que se encuentran vinculados de acuerdo a lo señalado Caldera Ynfante (2019) al respeto a la persona humana por el hecho de ser persona, esto es, la garantía del contenido normativo de la dignidad humana, en función de la realización del proyecto de vida valioso y de la felicidad de la persona, en una democracia integral, asumida como derecho fundamental.

4. Conclusiones

La investigación realizada y el análisis de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-248 de 2019 permite llegar a las siguientes conclusiones:

De acuerdo por lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-248 de 2019 (objeto del presente artículo de reflexión) la norma estudiada vulnera las disposiciones constitucionales en la medida que desconoce el derecho a la igualdad. Dicha conclusión se obtuvo a partir del uso de métodos de interpretación diferentes a los tradicionales, teniendo en cuenta la magnitud del tema de estudio, y que en todo caso un método de interpretación tradicional no resulta suficiente para el análisis necesario que requieren ciertos temas, en donde se deben tener en cuenta aspectos como la proporcionalidad y necesidad.

Como consecuencia de lo anterior, los métodos de interpretación que ha diseñado la Corte Constitucional colombiana resultan indispensables para lograr identificar aquellas normas del ordenamiento jurídico vulneran derechos fundamentales, en este caso la aplicación de un juicio estricto de igualdad le permite al máximo tribunal constitucional en Colombia evidenciar que una norma penal, en este caso el artículo 370 del Código Penal (Ley 599 de 2000) vulnera el derecho a la igualdad al generar un tratamiento discriminatorio para quienes padecen estos tipos de virus, dejando de lado otros padecimientos que podrían encuadrarse dentro de las mismas características del VIH y VHB. Adicionalmente, es claro que existe también una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad que si bien puede ser objeto de restricciones las mismas deben estar sustentadas jurídica y científicamente en este caso.

En esa medida, resulta claro que la interpretación constitucional es la herramienta por excelencia para lograr identificar y remover reglas del ordenamiento jurídico penal que vulneren derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, y en esa medida se convierte en un ejercicio indispensable para garantizar la supremacía de la Constitución.

Referencias

- Agudelo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Arévalo, W., & García, L. F. (2018). La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*, 24(2), 393-430. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122018000200393&script=sci_arttext
- Ariza, A. A. (2019). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Verba Iuris*, (41), 121-133. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663>
- Barría Paredes, M. (2017). El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional. *Revista Ars Boni et Aequi*, 7(2). Recuperado de <https://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.8-BARRIA.pdf>
- Bechara, A. Z. (2017). Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: El escenario de la Corte Constitucional colombiana. *Justicia*, 22(32), 15-37. Recuperado de <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/2903>
- Caldera Infante, J. E. (2012). El Bloque de Constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional. En Tercer congreso colombiano de derecho procesal constitucional y segundo encuentro de la asociación mundial de justicia constitucional: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Cali (Vol. 23). Tomado de: <https://www.researchgate.net/publication/338220304> EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS F

UNDAMENTALES UNA APROXIMACION AL ESTUDIO DE SUS APORTES D
ESDE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Jesus E Caldera Ynfante

Caldera Ynfante, J. E. (2017). Totalitarismo del Siglo XXI en Venezuela. La relación de identidad entre chavismo, nazismo y fascismo a partir de la ampliación de la distinción amigo-enemigo y el concepto de dictadura soberana o plebiscitaria de Carl Schmitt. Revista Democracia Actual, 151-205. Recuperado de: <https://www.researchgate.net/publication/337448283> Totalitarismo del siglo XXI en Venezuela - Revista Democracia Actual - Jesus Caldera Ynfante PhD Pag 150 - 205

Caldera Ynfante, J. (2018a). La democracia integral: un derecho fundamental para el logro de la dignidad humana, el proyecto de vida valioso y la felicidad social. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá. Visible en: <https://www.researchgate.net/publication/337447998> Democracia Integral - un Derecho Fundamental para el Logro de la dignidad Humana el Proyecto de Vida Valioso y la Felicidad Social - Jesus Caldera Ynfante PhD

Caldera Ynfante, J. (2018b). La democracia como derecho fundamental: Ideas sobre un modelo de Democracia Integral. Revista Opción, Universidad del Zulia, volumen 34, número 87, páginas 584-624. Recuperado de: <https://www.researchgate.net/publication/337448543> La democracia como derecho fundamental Ideas sobre un modelo de democracia integral

Caldera Ynfante, J. E., *et. al.* (2018c). La forja del Estado democrático constitucional en Venezuela y su relación con la democracia integral. Utopía y Praxis Latinoamericana, 23(2), 75-97. Recuperado de <https://www.redalyc.org/jatsRepo/279/27957770016/html/index.html>

Caldera Ynfante, J. *et. al.* (2019a). Biopoder, Biopolítica, Justicia Restaurativa y Criminología Crítica. Una perspectiva alternativa de análisis del sistema penitenciario colombiano. Revista Utopía y Praxis Latinoamericana - Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social. Universidad del Zulia, Volumen 24, Número No.- EXTRA 2., Páginas 169-189. Recuperado de: <https://www.researchgate.net/publication/337448579> Biopoder biopolitica Justicia Rest

aurativa y Criminología Crítica Una perspectiva alternativa de análisis del sistema penitenciario colombiano - Jesus Caldera Ynfante PhD et al

- Caldera Ynfante, Jesús. (2019b). El bloque de constitucionalidad: una herramienta hermenéutica para la garantía y defensa de los derechos fundamentales. Paper (1). Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/338252778> EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD UNA HERRAMIENTA HERMENEUTICA PARA LA GARANTIA Y DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- Galán Galindo A. R. (2016). Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica. *Novum Jus*, 10(1), 31-48. Recuperado de <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1175>
- Gómez, M. C. (1998). El Estado Social de Derecho como directiva de interpretación constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (99), 161-179. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6658>
- Hefendehl, R. (2001). ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In *Anales de Derecho* (Vol. 19, pp. 147-158). Recuperado de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531>
- Luque, R. (2004). Situación y tendencias epidemiológicas de la infección por VIH/SIDA en Colombia. *Revista Iatreia*, 17(3-S), 297-298. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/iatreia/article/view/4095>
- Quintero, M. A., Posada, M. L. A., & Aldana, B. U. (2009). Políticas públicas, sistema de salud y mujeres con VIH/Sida en Colombia: Un análisis crítico. *Gerencia y Políticas de Salud*, 8(16). Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/gerepolsal/article/view/1873>
- Sánchez, S. F. (2014). La conducta punible en el Derecho Penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal. *Revista de Derecho*, (42), 33-64. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/851/85132008003.pdf>

Velasco Cano N., & Llano J. V. (2017). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus*, 10(2), 35-55. Recuperado a partir de <https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/Juridica/article/view/1317>

Villalobos, J. V., & Bozo, F. (2010). El discurso jurídico y la tesis de indeterminación del derecho de Jürgen Habermas. *Frónesis*, 17(3). Recuperado de <https://biblat.unam.mx/hevila/FronesisMaracaibo/2010/vol17/no3/2.pdf>.