

RESUMEN

RESPUESTA DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA EPIDEMIA DEL SIGLO

Hace unos años, la transmisión del Virus de Inmunodeficiencia Humana (en adelante VIH) y la del virus de la Hepatitis B, era un problema de minorías que se circunscribía básicamente a una enfermedad de personas homosexuales que no tenían una vida sexual cuidadosa. Sin embargo, esa concepción de la enfermedad ha quedado atrás en los últimos años; las estadísticas nos muestran que el VIH ha dejado de ser un problema de un pequeño grupo a uno de grandes mayorías, que crece diariamente sin control e infecta a todo tipo de personas sin distinciones de sexo, raza, clase social o edad. En otras palabras: el VIH ha dejado de ser una enfermedad de "grupos de riesgo", para convertirse en una enfermedad de "conductas de riesgo".

La cuestión del VIH/SIDA es realmente alarmante. En sus orígenes este virus era una enfermedad que afectaba casi exclusivamente a unos cuantos grupos que en si mismos eran ya marginales en la sociedad: homosexuales, prostitutas y drogadictos básicamente. Hoy en día, cuando la enfermedad ha dejado de aparecer como casos aislados y ha adquirido ya los niveles de una pandemia, todos estamos expuestos a contraerla. Las cifras son preocupantes a nivel mundial; pero lo son aún más en países subdesarrollados como el nuestro, en donde la pobreza y la falta de educación vuelven a la población más propensa a propagar la epidemia, al no haber una verdadera conciencia social de la gravedad de la enfermedad, sus formas de transmisión y las formas de evitarla.

Ante este panorama, hemos decidido hacer un estudio exhaustivo de la figura consagrada en el artículo 370 del Código Penal. Empezaremos haciendo un estudio social, político, económico y criminológico del problema, seguido éste por un análisis de los antecedentes normativos del tipo penal. Después nos adentraremos en el análisis jurídico de la conducta, en donde examinaremos con detalle todos sus elementos, como la antijuricidad, la tipicidad, los dispositivos amplificadores del tipo, la culpabilidad y las causales de exclusión de responsabilidad, y entraremos a discutir los diferentes debates que pueden presentarse en relación con las especiales situaciones que pueden tener lugar en la propagación del VIH/SIDA. Finalmente, analizaremos la utilidad de soluciones alternativas o complementarias a la penalización, frente al estado actual de la epidemia.

Cada día que pasa, el número de infectados crece en vez de estabilizarse o disminuir. Actualmente las cifras que nos muestran las estadísticas parecen sacadas de una película de terror. Por medio de este trabajo de tesis esperamos lograr algo más que analizar el alcance normativo del artículo 370 del Código. Es nuestra intención mostrar además la magnitud del problema y su gran impacto social, con el fin de que podamos entender porque es tan importante que el estado entre en acción y estudie a conciencia la mejor forma de controlar esta enfermedad. Tal vez la penalización sea la respuesta, tal vez sea sólo un fragmento de ella, o tal vez no sea la respuesta en absoluto. Queremos llegar al fondo de la figura penal, sopesar sus fuertes y sus debilidades, investigar sus

vacíos y así, tener una verdadera noción de los alcances legales y sociales de este tipo y poder evaluar su eficacia frente al problema.

RESPUESTA DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA EPIDEMIA DEL SIGLO

**VIVIANNE BAPTISTE MORALES
ADRIANA HINCAPIE HERNÁNDEZ**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.**

2003

RESPUESTA DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA EPIDEMIA DEL SIGLO

VIVIANNE BAPTISTE MORALES

ADRIANA HINCAPIÉ HERNÁNDEZ

**Trabajo de grado presentado como requisito
Para optar al título de Abogado**

**Director:
GJUAN CARLOS PRIAS
Abogado**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2003

Esta Tesis está dedicada a todos aquellos que durante su vida han luchado por la vida. Dedicamos nuestro esfuerzo a los millones de personas que no se dan por vencidas en su lucha diaria contra el VIH/SIDA mientras ven extinguirse sus fuerzas y a todos aquellos que les dan su mano en la batalla sin olvidar que son seres humanos.

I Think Continually of Those...

By Stephen Spender

*I think continually of those who were truly great.
Who, from the womb, remembered the soul's history
Through corridors of light where the hours are suns,
Endless and singing.*

*What is precious, is never to forget
The essential delight of the blood drawn from ageless springs
Breaking through rocks in worlds before our earth
Never to deny its pleasure in the morning simple light
Nor its grave evening demand for love.
Never to allow gradually the traffic to smother
With noise and fog, the flowering of the spirit.*

*Near the snow, near the sun, in the highest fields,
See how these names are fêted by the waving grass
And by the streamers of white cloud
And whispers of wind in the listening sky.
The name of those who in their lives fought for life,
Who wore at their hearts the fire's center
Borne of the sun, they traveled a short while toward the sun
And left the vivid air signed with their honor.*

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. ESTUDIO SOCIAL, POLÍTICO, ECONÓMICO Y CRIMINOLÓGICO DEL PROBLEMA	4
1.1 ¿QUE ES EL VIH?	5
1.2 ¿CÓMO SE TRANSMITE?	9
1.3 ¿DE DONDE VIENE EL VIH?	10
1.4 EFECTOS ECONÓMICOS DE LA EPIDEMIA	11
1.5 ESTADÍSTICAS	13
1.5.1 El VIH en el mundo	13
1.5.2 El VIH en Colombia	20
1.6 EL VIH Y LOS DERECHOS HUMANOS	23
1.7 LA PENALIZACIÓN COMO POLÍTICA DEL ESTADO PARA DETENER LA EPIDEMIA	27
1.8 ANTECEDENTES DE LA PENALIZACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DEL VIH EN COLOMBIA	30
1.9 EL ARTÍCULO 370 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL	42
2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONDUCTA DESCRITA EN EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL	46
2.1 ANTIJURICIDAD DE LA CONDUCTA	46
2.1.1 El Bien Jurídico Tutelado	47

2.2	TIPICIDAD DE LA CONDUCTA	51
2.2.1	Problemas de tipicidad	52
2.2.2	El Tipo Objetivo	67
2.2.3	El Tipo Subjetivo	95
2.3	DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DE LA CONDUCTA	103
2.3.1	La tentativa	104
2.3.2	Concurso de personas en la conducta punible	110
2.3.3	Responsabilidad de los profesionales que desarrollan actividades de alto riesgo de contagio	121
2.4	CULPABILIDAD	125
2.5	CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	136
3.	SOLUCIONES ALTERNATIVAS A LA PENALIZACIÓN	154
4.	CONCLUSIONES	173
	BIBLIOGRAFÍA	181

INTRODUCCIÓN

Hace unos años, la transmisión del Virus de Inmunodeficiencia Humana (en adelante VIH) y la del virus de la Hepatitis B, era un problema de minorías que se circunscribía básicamente a una enfermedad de personas homosexuales que no tenían una vida sexual cuidadosa. Sin embargo, esa concepción de la enfermedad ha quedado atrás en los últimos años; las estadísticas nos muestran que el VIH ha dejado de ser un problema de un pequeño grupo a uno de grandes mayorías, que crece diariamente sin control e infecta a todo tipo de personas sin distinciones de sexo, raza, clase social o edad. En otras palabras: el VIH ha dejado de ser una enfermedad de "grupos de riesgo", para convertirse en una enfermedad de "conductas de riesgo".

La cuestión del VIH/SIDA es realmente alarmante. En sus orígenes este virus era una enfermedad que afectaba casi exclusivamente a unos cuantos grupos que en si mismos eran ya marginales en la sociedad: homosexuales, prostitutas y drogadictos básicamente. Hoy en día, cuando la enfermedad ha dejado de aparecer como casos aislados y ha adquirido ya los niveles de una pandemia, todos estamos expuestos a contraerla. Las cifras son preocupantes a nivel mundial; pero lo son aún más en países subdesarrollados como el nuestro, en donde la pobreza y la falta de educación vuelven a la población más propensa a propagar la epidemia, al no haber una verdadera conciencia social de la gravedad de la enfermedad, sus formas de transmisión y las formas de evitarla.

Ante este panorama, hemos decidido hacer un estudio exhaustivo de la figura consagrada en el artículo 370 del Código Penal. Empezaremos haciendo un estudio social, político, económico y criminológico del problema, seguido éste por un análisis de los antecedentes normativos del tipo penal. Después nos adentraremos en el análisis jurídico de la conducta, en donde examinaremos con detalle todos sus elementos, como la antijuricidad, la tipicidad, los dispositivos amplificadores del tipo, la culpabilidad y las causales de exclusión de responsabilidad, y entraremos a discutir los diferentes debates que pueden presentarse en relación con las especiales situaciones que pueden tener lugar en la propagación del VIH/SIDA. Finalmente, analizaremos la utilidad de soluciones alternativas o complementarias a la penalización, frente al estado actual de la epidemia.

Cada día que pasa, el número de infectados crece en vez de estabilizarse o disminuir. Actualmente las cifras que nos muestran las estadísticas parecen sacadas de una película de terror. Por medio de este trabajo de tesis esperamos lograr algo más que analizar el alcance normativo del artículo 370 del Código. Es nuestra intención mostrar además la magnitud del problema y su gran impacto social, con el fin de que podamos entender porque es tan importante que el estado entre en acción y estudie a conciencia la mejor forma de controlar esta enfermedad. Tal vez la penalización sea la respuesta, tal vez sea sólo un fragmento de ella, o tal vez no sea la respuesta en absoluto. Queremos llegar al fondo de la figura penal, sopesar sus fuertes y sus debilidades, investigar sus

vacíos y así, tener una verdadera noción de los alcances legales y sociales de este tipo y poder evaluar su eficacia frente al problema.

1. ESTUDIO SOCIAL, POLÍTICO, ECONÓMICO Y CRIMINOLÓGICO DEL PROBLEMA

Cada día son más el número de personas viviendo con VIH/SIDA y muriendo por él en el mundo. La epidemia no se detiene, no tiene consideraciones de raza, sexo, religión, edad o preferencias sexuales y avanza con cruel rapidez mientras la ciencia se desvive por hallar una cura que no se divisa cercana hasta el momento.

El VIH/SIDA es una enfermedad muy triste para los que la padecen y para aquellos que los aman. No se trata sólo de la eventual muerte de las personas; más allá de eso, que es algo a lo que todos llegaremos tarde o temprano, es la crueldad con que se desarrolla esta enfermedad, que a medida que avanza va llevando el organismo de sus víctimas a un penoso final, lleno de dolores y dificultades físicas, en donde hasta la demencia es una posibilidad. Pero no es sólo una cuestión de sufrimiento físico. De la mano con este virus viene también el padecimiento psicológico y moral de quienes la padecen, que como si no fuera suficiente con saber que se dirigen inevitablemente a un doloroso final, deben soportar en el camino el estigma social que significa ser el portador de esta enfermedad. El VIH/SIDA es cruel, pero aquellos que rodean al enfermo en su vida cotidiana pueden llegar a serlo aún más.

Es por esto que es primordial estudiar en primera instancia las implicaciones sociales y el aspecto humano de esta enfermedad. Un buen legislador deberá tener en cuenta todos estos aspectos para promulgar leyes que no sólo sean efectivas, sino que además y por encima de todo, sean justas. Es de vital importancia que los abogados, los jueces, los legisladores e incluso los ciudadanos comunes mediten sobre el VIH/SIDA en términos humanos, es decir, que vean las múltiples caras de la enfermedad, y no se dejen cegar por la ignorancia y el miedo. No debemos nunca olvidar que las personas que han sido víctimas de este virus no sólo son tan humanas como todos nosotros, sino que se encuentran en un estado de vulnerabilidad que no debería generar una respuesta social de rechazo sino de solidaridad.

1.1 ¿QUE ES EL VIH?

El Virus de Inmunodeficiencia Humana se caracteriza por crear una deficiencia al correcto funcionamiento del sistema inmunológico del cuerpo. Infecta y destruye las células inmunológicas o leucocitos, llamadas T4, para crecer y reproducirse.

Cuando las células T4 dejan de cumplir su papel normal de defensoras del organismo, terminan convirtiéndose en coadyuvantes del virus para su multiplicación. En ese proceso, estas células se van destruyendo gradualmente, y según van desapareciendo, el organismo va perdiendo toda capacidad de defensa. Bajo estas condiciones el organismo queda indefenso ante diversas

infecciones y cánceres que atacan los diferentes órganos causándose finalmente la muerte.

Todo individuo que ha sido infectado del virus quedará infectado por el resto de su vida. Esto significa que una vez que una persona ha quedado infectada, no podrá tener relaciones sexuales íntimas o realizar cualquier actividad en la que haya contacto con sus fluidos, sin poner en peligro la vida de otra persona.

Su mismo nombre nos da otra de sus características con la palabra HUMANA, pues se ha comprobado que este virus en particular se reproduce solamente al invadir células humanas, no afecta a los animales, a pesar de que en el reino animal existen virus con características similares en simios y felinos y se cree que el VIH proviene en sus orígenes de un tipo específico de mono africano.

El VIH pertenece a un grupo de virus denominados lentivirus, o virus "lentos". El curso de la infección por estos virus se caracteriza por un período prolongado entre la infección inicial y la aparición de síntomas graves. Se sabe que desde el momento de la infección inicial se reproduce constantemente, principalmente en el sistema linfático.

El VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana) y el SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) no son lo mismo, toda vez que este último es tan solo la etapa final de la infección con VIH. Médicamente no se considera que las personas tengan SIDA desde el mismo momento en que sean VIH positivo, puesto

que el avance de la enfermedad toma su tiempo, llegando en algunos casos hasta 10 años o más en su desarrollo.

Actualmente se han identificado tres etapas básicas por las cuales pasa una persona que está infectada del virus.

- Primera etapa

El individuo está infectado del virus sin mostrar síntomas externos, pero aún así es un transmisor activo del virus. Puede aparentar buena salud y permanecer así bastantes años. Pero la ausencia de síntomas externos es engañosa, el virus infecta gradualmente todo el organismo de las personas infectadas.

Una vez infectada la persona, el cuerpo comienza a "expeler" el virus del VIH a través de diferentes secreciones del cuerpo: sangre y semen y fluidos vaginales. El individuo infectado por el virus que no haya manifestado síntomas de la enfermedad es tan capaz de transmitir la infección como aquellos pacientes que la tienen ya en su etapa final.

- Segunda etapa - Pre Sida.

Dentro de la segunda etapa, la persona deja de ser una simple portadora del VIH, para convertirse en un enfermo de SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida); este Síndrome únicamente se presenta cuando la persona ha

desarrollado los síntomas de la enfermedad. Es decir, en esta etapa la persona deja de ser un portador asintomático.

Los síntomas que el infectado empieza a manifestar en esta etapa, pueden incluir: pérdida de peso inexplicable, excesivos sudores nocturnos, diarrea persistente, inflamación de las glándulas linfáticas debajo del brazo y en la ingle, fatiga crónica y desorden psíquico.

Durante la segunda etapa de la infección las personas tienen graves problemas de salud. El virus comienza a invadir las células del cerebro y el sistema nervioso central, apareciendo leves síntomas de demencia, los cuales incluyen pérdida de memoria crónica, pérdida del control muscular, convulsiones y mutismo (incapacidad parcial o total para hablar de forma coherente).

Los pacientes que están sufriendo algunas de estas complicaciones relacionadas con el virus del SIDA, generalmente no están incluidos en el número total de casos de SIDA que comúnmente se reportan. Actualmente, sólo los casos de personas a quienes se les ha diagnosticado ya el SIDA en su etapa final, son declarados por las respectivas entidades de control. Sin embargo, se estima que el número de las personas que tienen pre-SIDA según los investigadores, es diez veces mayor que el de las personas que tienen el SIDA ya en su etapa final.

- Tercera Etapa - Etapa final del SIDA.

En esta etapa el enfermo es atacado por diversidad de las llamadas "infecciones oportunistas". Estas atacan el organismo cuando la destrucción del sistema inmunológico deja al cuerpo totalmente vulnerable, tales como diversos resfriados, neumonías, entre otras.

Las probabilidades de que los que llegan a la tercera etapa del SIDA sobrevivan, son extremadamente insignificantes. Más de la mitad de los que se les diagnostica el SIDA mueren dentro del período de los 18 meses siguientes; más del 70% dentro del período de los 2 años siguientes. Prácticamente nadie a quien se le ha desarrollado el síndrome, ha vivido más de cinco años.¹

1.2 ¿CÓMO SE TRANSMITE?

Hasta el momento hay cuatro vías de transmisión identificadas:

- a. Contacto sexual (oral, anal, vaginal) con personas infectadas con VIH. Se transmite a través del semen, las secreciones cervicales y vaginales.
- b. Sangre y fluidos del cuerpo: Transfusiones y donación de órganos no controladas

¹ JEAN, Antonio. *The Aids Coverup*, Capítulo Primero, Ignatius Press, San Francisco, EE.UU.

- c. Compartir jeringas, agujas o adminículos para aspirar drogas (hay sangrado de las fosas nasales) o para la perforación de orejas, tatuajes, material quirúrgico, etc.
- d. Vertical o perinatal: Durante el embarazo, el parto y posparto (lactancia) una mujer VIH positiva puede transmitir el Virus a su hijo.

1.3 ¿DE DONDE VIENE EL VIH?

Existen varias hipótesis sobre el tema del origen del VIH. Encontramos desde quienes afirman que el virus es un “castigo divino” hasta aquellos que apoyan la teoría de que este fue creado en laboratorios por el hombre.

Lo cierto es que en la actualidad, y tras varios años de estudios, la teoría más aceptada por la mayoría de sectores, esto sin desconocer la continua reiteración por parte de la comunidad científica sobre la dificultad existente para determinar con total exactitud el origen del virus, es la teoría denominada “Transmisión Temprana”.

Esta hipótesis sostiene que "el virus pudo haber sido transmitido a los hombres a principio del siglo XX o incluso a finales del siglo XIX, a través de la caza de chimpancés como alimento. Este virus pudo permanecer aislado en una población pequeña, local, hasta alrededor de 1930, fecha en que empezó a expandirse y a diversificarse hacia otras poblaciones de simios. En este caso su expansión se vio

favorecida por el desarrollo socioeconómico y político del continente africano. Se afirma que los portadores iniciales del virus fueron chimpancés del oriente del África, cuya subespecie porta una variante del virus, llamada Virus de Inmunodeficiencia Simia (VIS), la cual es muy parecida genéticamente al VIH.

Se cree que el virus simio se propagó de los chimpancés a los humanos por lo menos en tres ocasiones separadas, quizás a través de la matanza de los animales y el consumo de su carne. El VIH probablemente infectó a los humanos por primera vez a finales de los años 40 o principio de los 50."²

1.4 EFECTOS ECONÓMICOS DE LA EPIDEMIA

Más grave aún es saber que el VIH/SIDA no es un problema aislado que simplemente afecta la salud de las personas, por el contrario, es un problema de tal complejidad, que repercute en diversos ámbitos, tales como el laboral y el de la lucha contra los narcóticos y estupefacientes, así como el de los derechos humanos. El virus del VIH es un problema que causa un alto impacto tanto social como económico, por cuanto genera altos costos al sistema de seguridad social del estado y afecta mayoritariamente a sectores productivos de la población, como lo son las personas entre los 15 y los 44 años.

² LAMVERTINI, Poggioli Arianna. *"La Historia del Origen del Sida"*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Odontología, Servicio de atención a Pacientes con enfermedades infecto contagiosas

Según estudios de la ONUSIDA, el VIH/SIDA es una epidemia cuyas implicaciones monetarias pueden llegar a afectar hasta en las economías de los países o regiones donde las personas infectadas habitan, ya que las víctimas de esta enfermedad generalmente no tienen la misma capacidad laboral que las que gozan de buena salud, o son despedidas injustamente de sus trabajos aunque puedan seguir desempeñándolos. Tan es así, que se ha comprobado que en los países con mayor número de infectados se ha provocado una drástica reducción de la mano de obra, toda vez que la mayoría de afectados se encuentran entre los 15 y los 49 años de edad, la cual es la época laboralmente más productiva del ser humano.

En su estudio sobre “El VIH/SIDA y los factores laborales y económicos” la ONUSIDA ha dicho que la disminución de la mano de obra debida a este fenómeno epidémico ocasiona una menor recaudación fiscal, al mismo tiempo que aumenta la demanda de servicios públicos, especialmente de los servicios de salud relacionados con los tratamientos para el trato de la enfermedad. Esta mayor demanda de los servicios de salud ocasiona a su vez altos costos para el Estado, toda vez que el costo de las medicinas y tratamientos para las personas con VIH/SIDA es muy alto y como hemos mencionado anteriormente, la mayoría de infectados pertenecen a grupos socialmente marginados y de escasos recursos económicos, que no tiene otra opción que acudir a los sistemas de seguridad social del estado.³

³ ONUSIDA. *“El VIH/SIDA y los factores laborales y económicos, diciembre de 2002”*, www.unaids.org.com

Como lo ha dicho la ONUSIDA en uno de sus últimos documentos sobre el tema:

Mientras la humanidad se adentra en la tercera década de la epidemia de SIDA, la evidencia de su impacto es irrefutable. Allí donde se ha propagado de forma descontrolada, la epidemia está arrebatando a los países los recursos y capacidades de los que dependen la seguridad y el desarrollo humanos. En algunas regiones, el VIH/SIDA, en combinación con otras crisis, está sumiendo en la miseria a sectores cada vez más amplios de la población.
(...)

La trayectoria futura de la epidemia mundial de VIH/SIDA dependerá de que la humanidad sea capaz o no de proteger a los jóvenes, dondequiera que se encuentren, frente a la epidemia y sus secuelas.⁴

1.5 ESTADÍSTICAS

1.5.1 El VIH en el mundo⁵. En los últimos 20 años, el virus del VIH/SIDA ha matado a más de 25 millones de personas a nivel mundial, y desafortunadamente ese es solo el comienzo de una epidemia incontrolable que hasta ahora parece no tener cura.

De acuerdo con las estadísticas arrojadas por la ONUSIDA, programa de las Naciones Unidas dedicado a la lucha contra la enfermedad, en la actualidad 42 millones de personas a nivel mundial se encuentran infectadas con el virus del VIH, de las cuales 3.2 millones son niños menores de 15 años, 38.6 millones son adultos entre los 15 y 49 años, entre los cuales 19.2 millones son mujeres. Afirma

⁴ ONUSIDA. Estadísticas a Diciembre de 2002, www.unaids.org.com

⁵ Ibid., p. 10

la organización que cada día, seis mil jóvenes menores de 24 años, y dos mil menores de 15 años son infectados en el mundo.

En el año de 2002 la epidemia del SIDA cobró más de 3 millones de vidas a nivel mundial, de las cuales 2.5 millones fueron adultos entre los 15 y 49 años de edad, y 610.000 eran menores de 15 años. Se estima también que hubo alrededor de 5 millones de personas que contrajeron el virus a lo largo del año 2002. Las 3 regiones mas afectadas a nivel mundial son África Subsahariana, Asia del Sur y América Latina.

El siguiente cuadro nos muestra claramente el número de infectados de las diferentes regiones a nivel mundial:*

Cuadro 1. Estadísticas del VIH a nivel mundial

África subsahariana	finales de los 7029,4 millones	3,5 millones	8,8%	58%	Hetero
	comienzos de los 80				
África del Norte y Oriente Medio	finales de los 80	550 000	83 000	0,3%	55%
					Hetero, CDI
Asia meridional y sudoriental	finales de los 806,0 millones	700 000	0,6%	36%	Hetero, CDI

* La proporción de adultos (15 a 49 años de edad) que viven con el VIH/SIDA en 2002, basándose en las cifras demográficas de 2002.

VSV: varones que tienen relaciones sexuales con varones; CDI: a través del consumo de drogas intravenosas; Hetero: heterosexual.

Asia oriental	finales de los 80	1,2 millones	270 000	0,1%	24%	CDI,
						VSV
y Pacífico						
América Latina	finales de los 70	1,5 millones	150 000	0,6%	30%	VSV, CDI,
						Hetero
	comienzos de los 80					
Caribe	finales de los 70	440 000	60 000	2,4%	50%	Hetero,
						VSV
	comienzos de los 80					
Europa oriental	comienzos de los 90	1,2 millones	250 000	0,6%	27%	CDI
y Asia central						
Europa occidental	finales de los 70	570 000	30 000	0,3%	25%	VSV, CDI
	comienzos de los 80					
América del Norte	finales de los 70	980 000	45 000	0,6%	20%	VSV, CDI,
						Hetero
	comienzos de los 80					
Australia	finales de los 70	15 000	500	0,1%	7%	VSV
y Nueva Zelanda	comienzos de los 80					
TOTAL		42 millones	5 millones	1,2%	50	

Detrás de estos datos oficiales se ocultan cifras todavía más dramáticas, si se tiene en cuenta que en muchos países, incluyendo Colombia, las cifras reveladas

son cortas frente a la realidad. Esto debido a la cantidad de casos no reportados, la insuficiencia de los sistemas de información, la falta de control por parte de las autoridades sanitarias, la ignorancia de la población frente a la gravedad del tema, entre otros fenómenos sociales.

Así mismo, se tiene que la relación de infectados hombre - mujer está aumentando. La fidelidad y la monogamia no están protegiendo a la mujer, presentándose un fenómeno contrario al que existía hace unos años: se están incrementando los casos de VIH en las relaciones heterosexuales, mientras que en las relaciones homosexuales ha ido disminuyendo. De seguir así, el VIH/SIDA tendrá un gran impacto en las tasas de mortalidad materno - infantil y de la niñez, así como en la esperanza de vida y el crecimiento económico.

Los últimos estudios sobre el tema han llegado a la conclusión de que en los países que se encuentran en las etapas iniciales de la epidemia, ciertos cambios sociales y económicos significativos tales como las marcadas diferencias sociales, el acceso limitado a los servicios básicos y el aumento de los movimientos migratorios, podrían llegar a crear condiciones y tendencias que favorecen una propagación más veloz de la enfermedad.

Se sabe también que de la misma forma que algunos sectores de la sociedad son más vulnerables a contraer la enfermedad, hay ciertas circunstancias que favorecen el crecimiento de la epidemia. Así lo han demostrado las actuales urgencias alimenticias en África meridional, en donde la epidemia del SIDA se ha

ido entremezclando cada vez más con las crisis humanitarias más generales. Ha dicho la ONUSIDA en uno de sus más recientes documentos: “El riesgo de propagación del VIH aumenta a menudo cuando arraiga la desesperación y se escinden las comunidades. Al mismo tiempo, también se deteriora la capacidad para frenar el crecimiento de la epidemia y proporcionar tratamiento, asistencia y apoyo adecuados.”⁶

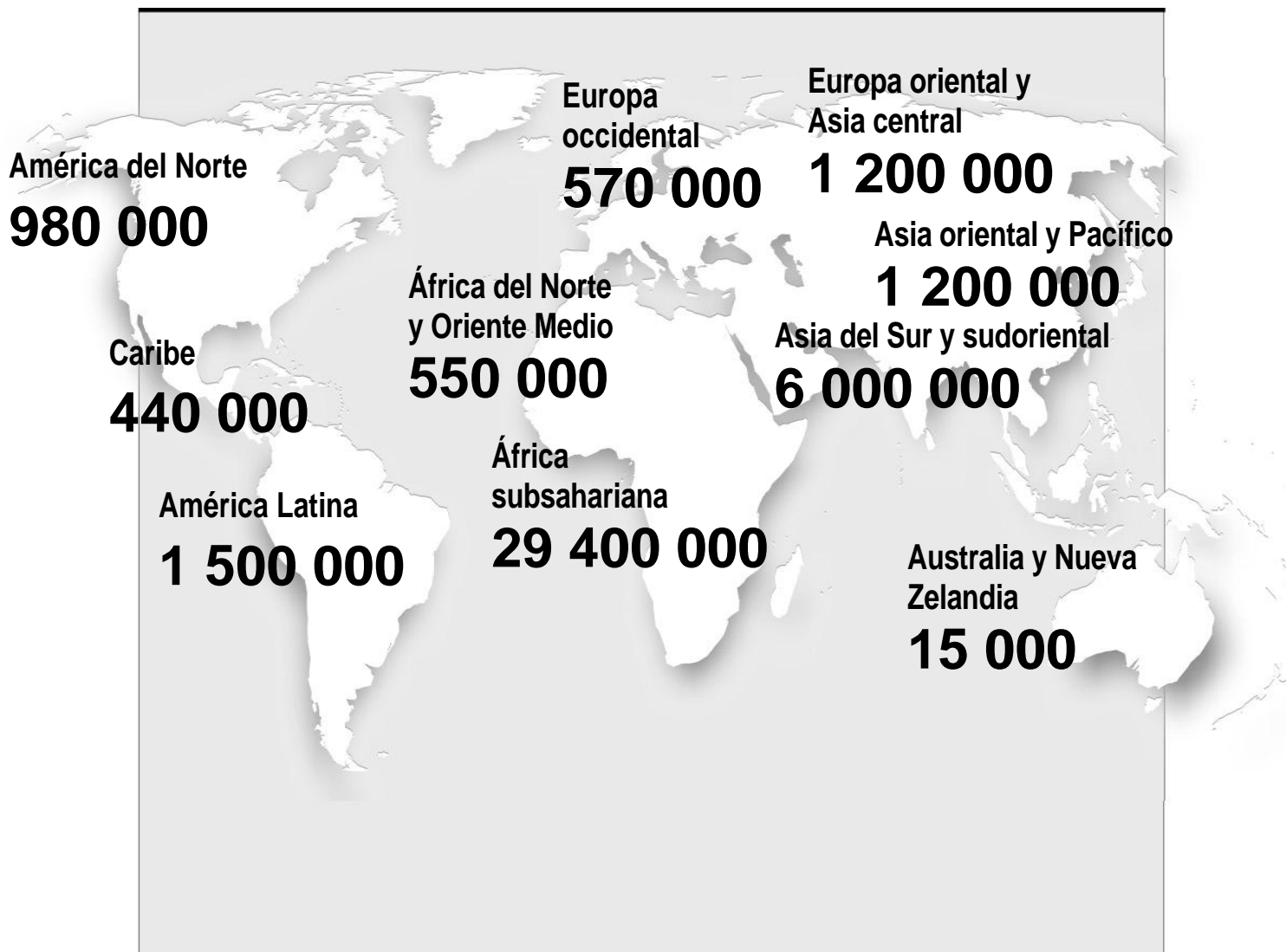
Las cifras no son nada alentadoras. Las proyecciones más optimistas indican que entre el año 2002 y el 2010, otros 45 millones de personas contraerán el VIH en 126 países de ingresos bajos o medianos en los cuales actualmente se encuentran epidemias concentradas o generalizadas de la enfermedad, a menos que el mundo logre articular y potenciar drásticamente un esfuerzo global de prevención. Se estima demás que más del 40% de estas infecciones corresponderán a Asia y el Pacífico, por ser esta la región que experimenta actualmente el 20% de las nuevas infecciones anuales.

Así mismo América Latina y el Caribe se encuentran también en gran peligro con la expansión de la epidemia. Las últimas cifras demuestran que en algunos países caribeños las tasas de prevalencia del VIH en adultos no difieren por mucho con las de África Subsahariana, lo que convierte a esta región en la segunda más afectada del mundo, siendo el VIH/SIDA la principal causa de mortalidad en algunos de estos países.

⁶ ONUSIDA, Op. Cit., p. 15

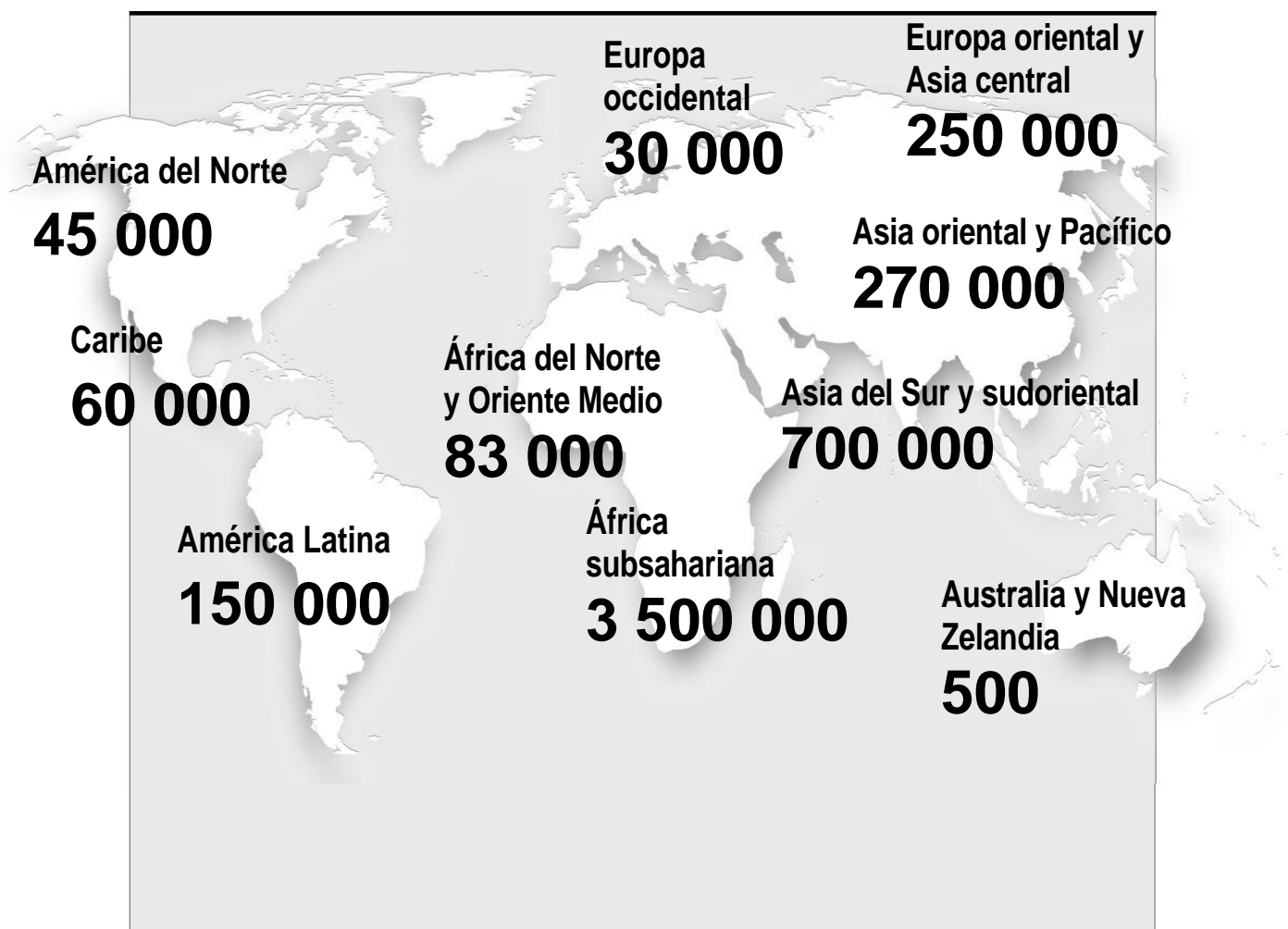
Las siguientes gráficas nos ilustran un poco acerca de la distribución actual de la epidemia en el mundo:⁷

Gráfica 1. Número estimado de adultos y niños que vivían con el VIH/SIDA a final de 2002



⁷ Ibid., pp. 8- 10

Gráfica 2. Número estimado de casos nuevos de infección por el VIH en adultos y niños en 2002



Gráfica 3. Número estimado de defunciones causadas por el VIH/SIDA en adultos y niños durante 2002



1.5.2 El VIH en Colombia. La Propagación del VIH en Colombia ha alcanzado proporciones insospechadas, sin que hasta el momento los colombianos hayan realmente asimilado las nefastas consecuencias de esta problemática. Colombia se ubica en el cuarto lugar entre los países continentales de América Latina

respecto al número de infectados por esta enfermedad, lo cual es una cifra preocupante.

El primer caso de SIDA registrado en el país fue diagnosticado en la ciudad de Cartagena de Indias en 1983 a una mujer trabajadora sexual. Así mismo, el primer caso de transmisión vertical del VIH fue reportado a las autoridades sanitarias cuatro años más tarde, en 1987. Durante la primera década de la epidemia en el país, la mayoría de las transmisiones se dieron por vía homosexual, pero a partir de los años noventa el comportamiento de la transmisión de la epidemia empezó a cambiar gradualmente, habiendo en la actualidad un predominio de la transmisión por vía heterosexual. Sin embargo, en la región andina del país, sigue predominando la transmisión por vía homosexual o bisexual.⁸

La tendencia por género también ha cambiado en los últimos años: mientras que en 1986 la cifras mostraban una relación en el número de infectado hombre /mujer de 47 a 1, para el año 2001 está relación cambió para mostrarnos que hoy en día por cada 3 hombres infectados hay una mujer. Así, según las estadísticas más recientes, de los casos notificados de VIH/SIDA, el 84.8% pertenecen al sexo masculino y el 14.4% al femenino. Este mayor número de casos masculinos se debe en parte no sólo a la mayor promiscuidad de este género, sino también a que el 75% de los casos detectados en hombres son homosexuales o bisexuales.

⁸ ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, “*Consenso sobre VIH/SIDA*”, www.acin.org/concenso.asp, 2002

Según las estadísticas, se ha determinado que desde 1988 comenzaron a aparecer casos de SIDA en menores de 5 años y que a partir de 1990 ya se presentaron casos de asintomáticos, lo que puede obedecer, probablemente a transmisión perinatal ocurrida en Colombia. Sin embargo el grupo más afectado sigue siendo el de personas entre los 15 y los 49 años, especialmente el subgrupo de aquellos que se encuentran entre los 25 y los 29 años con 4.985 casos reportados, debido a que tienen una vida sexual más activa.

Según los resultados arrojados por el estudio realizado por el equipo Interdisciplinario de los Programas Departamentales de ETS/SIDA y los laboratorios de salud pública Departamentales, se estima que en Colombia se han presentado como mínimo 172.785 casos de infección por VIH, de los cuales 76% (131.400) son asintomáticos y 24 % (41.385) han desarrollado SIDA. Del total de los casos de SIDA, han fallecido el 32% (13. 347) de los casos según los registros de defunción del Dane.

Estas cifras demuestran que la magnitud con la que viene creciendo la epidemia del virus en nuestro país. Según los registros de ONUSIDA, en 1999 había en Colombia 71.000 personas infectadas por el virus y hoy en día, tan sólo tres años después, encontramos que ese número ha aumentado en 101.785 personas, eso sin tener en cuenta que deben existir miles de casos de la enfermedad sin registrar, debido a deficiencias en los sistemas de sanidad del país y en la educación de la población. Según los reportes de las Direcciones Seccionales de Salud, Bogotá es la ciudad con mayor número de infectados con 7.765 casos

reportados. Le sigue Antioquia con 4.609 casos, Valle con 2.789, Atlántico con 1.239, Risaralda con 953 y Norte de Santander con 943 personas reportadas.

En efecto, el SIDA a nivel nacional se encuentra dentro de las 10 primeras causas de mortalidad de los Colombianos, compitiendo con las muertes violentas, accidentes automovilísticos y fallas cardiacas. En Bogotá, el SIDA es la tercera causa de mortalidad en el grupo de Hombres entre los 15 y 44 años y la octava causa de mortalidad en hombres entre los 45 y 59. Pero Bogotá no es la única ciudad donde las cifras aumentan escandalosamente: en Cartagena de Indias, en 1997 el virus ocupaba el puesto número 17 dentro de los índices de mortalidad, mientras que en la actualidad ocupa el segundo puesto dentro del grupo de personas fallecidas entre los 15 a 44 años de edad.

Los números nos demuestran que la propagación del VIH en el mundo toma cada vez más fuerza y Colombia no se queda atrás en el número de infectados y la rapidez en que el contagio ha venido afectando a todo tipo de personas, incluyendo niños.

1.6 EL VIH Y LOS DERECHOS HUMANOS

Pero la detención en la propagación de este virus no sólo involucra cuestiones económicos y sociales, más grave aún, es un tema que puede llegar a afectar gravemente los derechos humanos de las personas, como el derecho a la vida, a la igualdad, a la no discriminación, entre otros.

Este aspecto se ve todavía más agravado cuando los estudios demuestran que los casos de VIH/SIDA y su difusión son excesivamente frecuentes en algunos sectores de la población. Según la naturaleza de la epidemia y la situación jurídica, social y económica de cada país, los grupos que pueden verse más frecuentemente afectados son las mujeres, los niños, los pobres, las minorías, los indígenas, los refugiados y las personas interiormente desplazadas, los discapacitados, los presos, los trabajadores sexuales, los homosexuales y los drogadictos, es decir, grupos que por si mismos sufren de falta de protección de los derechos humanos y de discriminación.

En palabras de la ONUSIDA en su último documento publicado sobre el tema:

“Las minorías llegan a ser especialmente afectadas y más aún en países industrializados debido a la discriminación y exclusión social, ya que a veces las políticas de prevención y educación no son diseñadas para abarcarlas junto con la mayoría de la población, además de que tienen menos posibilidades de tener acceso a los tratamientos”.⁹

La falta de protección de sus derechos humanos inhabilita a estos grupos marginados para evitar la infección o para hacer frente al VIH/SIDA, debido a que frecuentemente se les dificulta el acceso a la educación y la información sobre la enfermedad y los medios para prevenirla. Bajo estas circunstancias las condiciones de riesgo para la propagación continúan aumentando

⁹ ONUSIDA, Op. Cit., p. 27

vertiginosamente, sobretudo en los países menos desarrollados como el nuestro, en donde una gran parte de la población tiene un acceso muy limitado a la educación y a las políticas de salubridad pública.

Así lo ha expresado La Organización de las Naciones Unidas en un documento sobre las “Directrices sobre el VIH / SIDA y los Derechos Humanos”:

Varios años de experiencia en la lucha contra la epidemia VIH/SIDA han confirmado que la promoción y protección de los derechos humanos es un factor esencial para prevenir la transmisión del VIH y reducir los efectos del VIH/SIDA. **La promoción y protección de los derechos humanos es necesaria tanto para proteger la dignidad de las personas afectadas por el VIH/SIDA como para alcanzar los objetivos de salud pública consistentes en reducir la vulnerabilidad a la infección VIH, paliar los efectos negativos del VIH/SIDA en los afectados y dotar de medios a las personas y comunidades para responder a la epidemia.**

En general, los derechos humanos y la salud pública comparten el objetivo común de promover y proteger los derechos y el bienestar de todos los individuos. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la mejor manera de lograrlo es promoviendo y protegiendo los derechos y la dignidad de cada uno, sobre todo los de los discriminados o los de quienes ven sus derechos menoscabados de otra forma. Igualmente, la mejor manera de alcanzar los objetivos de salud pública es promover la salud para todos, en particular la de los vulnerables a las amenazas a su bienestar físico, mental o social. Por tanto, la salud y los derechos humanos se complementan y refuerzan mutuamente en todos los ámbitos, como se complementan y refuerzan mutuamente en lo relativo al VIH/SIDA.¹⁰ [negrilla y subraya fuera del texto original]

¹⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Directrices sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos”, <http://www.muevamueva.com/social/sida/derechos/t>.

Los últimos estudios de la ONU han demostrado que los sistemas coactivos o punitivos para la prevención del VIH traen como consecuencia generalizada una menor participación de los posibles infectados, cuando estas medidas conllevan amenazas de mayor discriminación y pérdida de la intimidad. Es claro entonces que la protección de los derechos humanos y la efectividad de las medidas coactivas para detener la transmisión están estrechamente relacionadas entre sí, y es importante que sea tomada en cuenta esta circunstancia al momento de formular cualquier tipo de política coactiva en esta materia.

No en vano es que los organismos internacionales han mostrado una creciente preocupación por la vulneración de los derechos humanos de los afectados con las políticas y respuestas que han adoptado diferentes estados para tratar de detener la epidemia. Se teme además que las medidas punitivas puedan marginalizar aún más a las personas que sufren la enfermedad, poniendo un estigma adicional en su frente: el de delincuentes.

La ONUSIDA afirma que debido precisamente a la falta de información que existe en la sociedad sobre la enfermedad y sus reales modos de transmisión, la penalización se puede prestar para que la gente confunda el verbo rector del tipo (la conducta de riesgo), y empiece a considerar a los infectados delincuentes por el simple hecho de ser portadores de la enfermedad. Es por esto que la ONU ha sido enfática en la importancia de alejar la discriminación de cualquier tipo de las diferentes respuestas que tengan los estados a la epidemia: "Entre las respuestas

de los Estados a la epidemia debe figurar la aplicación de leyes y políticas que eliminen la discriminación sistemática, en particular contra esos grupos.”¹¹

1.7 LA PENALIZACIÓN COMO POLÍTICA DEL ESTADO PARA DETENER LA EPIDEMIA

Bajo este panorama, los Estados se han visto en la necesidad de implementar diferentes políticas que ayuden a detener esta epidemia que se ha convertido en una de las grandes amenazas de nuestros tiempos. Ante el fracaso de la medicina que ha fallado en todos sus intentos por encontrar una cura definitiva a la enfermedad, la comunidad internacional, preocupada con el avance cada vez más rápido del número de infectados, ha creado organizaciones especializadas en encontrar soluciones efectivas al problema; un ejemplo de esto es la organización adscrita a la Organización de las Naciones Unidas, ONUSIDA, que se ha pronunciado ya por medio de varios documentos en donde ha dado variadas recomendaciones acerca de los diferentes campos por medio de los cuales se pretende detener el avance de la enfermedad, entre ellos, la penalización.

Sin embargo la penalización, o cualquier otro tipo de medida legal para detener la epidemia, son una opción compleja, que deben ser estudiadas con detenimiento antes de ser puestas en práctica, pues cualquier ley nacional debe estar basada

¹¹ Ibid., p. 41

en nuestros principios constitucionales, respetando siempre la dignidad y la igualdad de los individuos, incluidos los enfermos de VIH/SIDA, tratando en todo caso de en lo posible no generar una situación más gravosa para su estado. Bien ha dicho la Asociación Colombiana de Infectología:

“El Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución e irradian todos los ámbitos de su regulación”¹²

Así, es claro que el Estado al regular cualquier materia referente a las políticas para el trato de los enfermos del VIH/SIDA o para la contención de la epidemia, no debe perder nunca de vista los principios rectores de nuestro ordenamiento, evitando cualquier tipo de medida que pueda llegar a ser discriminatoria o que atente contra cualquier otro derecho fundamental de las personas.

Y es que la ya existente marginalidad de los grupos afectados mayoritariamente por estas infecciones es un factor que ha causado gran controversia en la decisión del estado de penalizar, toda vez que pueden verse afectados derechos fundamentales de las personas tales como la libertad y la dignidad humana. Como mencionábamos anteriormente, el castigo a las conductas de riesgo puede llegar a

¹² ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, Op. Cit., p. 15

confundirse con un castigo por el hecho de ser portador de la enfermedad y reforzar el estigma y el prejuicio que en la actualidad ya rodea a los infectados. Es por esto que cualquier respuesta jurídica del Estado contra la epidemia del VIH debe tener en cuenta no solo un interés general como podría serlo la salubridad pública, sino también los derechos humanos individuales, elemento esencial para reducir el impacto de la enfermedad en los grupos sociales y detener efectivamente su transmisión.

El Estado debe ser extremadamente cauteloso en la tipificación de este tipo de conductas. Es necesario asegurarse de que la penalización no se convierta en un castigo por el simple hecho de padecer una enfermedad, o desarrollar una actividad como modo de subsistencia, o tener una determinada orientación sexual; la penalización debe siempre basarse en una conducta peligrosa, es decir, en el desarrollo de conductas riesgosas para la transmisión de la enfermedad, de lo contrario, se estaría violando flagrantemente derechos inalienables de las personas.

No puede pensarse tampoco que la penalización es la respuesta perfecta al problema del esparcimiento de la epidemia. Los Estados deben ser conscientes que no todos los individuos responden de igual manera ante las leyes, sobretodo cuando se trata de materias relacionadas con comportamientos tan hondamente arraigados en las costumbres y las formas de vida de las personas, como lo son los comportamientos sexuales o adictivos. Así lo ha expresado el Honorable Juez Michael Kirby:

Desde tiempos antiguos se ha usado la ley en un intento por formar a la sociedad mediante el control de las conductas de sus miembros. Cualquiera que se haya visto envuelto en el proceso de la regulación legal debe saber de la limitada capacidad de la ley para producir respuestas uniformes de parte de todos los individuos de la sociedad – particularmente en materias que envuelvan actividades sexuales y uso de drogas.¹³

Es por esto que las respuestas legales a este problema deben estar basadas en los grupos a los que van dirigidos sus efectos, es decir, a los grupos sobre los cuales se pretende ejercer un control sobre su comportamiento, con el fin de prevenir la constante transmisión del virus.

1.8 ANTECEDENTES DE LA PENALIZACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DEL VIH EN COLOMBIA

Frente a este panorama Colombia ha tratado de tomar también medidas al respecto. Reflejo de esto es el nuevo tipo penal que ha aparecido con la Ley 599 de 2000, que reemplazo a nuestro antiguo código penal, en donde se ha consagrado como un tipo penal con todos sus elementos, la penalización por la propagación del virus del VIH y la Hepatitis B.

Sin embargo, no es esta una novedad en nuestro ordenamiento jurídico: en el año de 1991 fue promulgada la primera legislación Colombiana en la que se trataba el tema del VIH/SIDA a través del Decreto 559 de ese mismo año por medio del cual

¹³ KIRBY, Michael. *"HIV and Law – A Paradoxical Relationship of Mutual Interest"*, Singapore, 1995

se reglamentaron “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, VIH, y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, SIDA, y se dictan otras disposiciones sobre la materia.”

En este Decreto se tocó por primera vez el tema del deber de todos los miembros de la comunidad de evitar la propagación de la epidemia:

“Artículo 14. Los miembros de la comunidad tienen el deber de velar, mediante el autocuidado, por la conservación de su salud a fin de evitar la infección por el HIV; a su vez, el de concurrir a la protección de las demás personas poniendo en práctica las medidas de prevención”.

Con este artículo el legislador pretendió recordar que todos somos responsables en la contención de esta epidemia. Cada individuo es dueño irrefutable de su salud y bienestar personal, y como tal, debe velar porque éste se mantenga sano o como mínimo, de no ser capaz de conservar su propia salubridad, debe respetar la del resto de los individuos que lo circundan y quieren conservarla, evitando el contagio y la transmisión del VIH. Podríamos incluso decir que este artículo encuentra sus raíces en uno de los principios más básicos del modelo estatal Colombiano: LA SOLIDARIDAD.

Así mismo encontramos en su artículo 53 la primera consagración de una consecuencia penal para aquellos que conociendo su estado de infectados con el virus, realicen conductas de riesgo que abran el riesgo de propagación de la epidemia:

Artículo 53. 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.

El Decreto 559 de 1991 fue el primer intento de nuestro legislador por regular una materia que en ese entonces ya empezaba a alarmar a las autoridades sanitarias. En él se consagraron diversos deberes de las personas involucradas con profesiones y prácticas que pudiesen conllevar conductas de riesgo para la transmisión de la enfermedad, y se trataron diversos aspectos de los derechos de los enfermos de VIH/SIDA. Más adelante muchas de estas disposiciones fueron recogidas por el Decreto 1543 de 1997 que trató más a fondo el tema y es a la luz de este decreto que estudiaremos estos antecedentes por encontrarse allí consagrados de manera más clara.

Cuando se creó el Decreto 559 de 1991 no sabía el legislador la magnitud del problema al que se enfrentaba, ni la velocidad con la que se expandiría en la

siguiente década. Fue debido a esto que años después, en el año de 1997, el Ministerio de Salud, junto con el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Justicia, alarmados por el avance progresivo de la epidemia, en un esfuerzo más por mejorar y hacer más completo y específico el primer intento del legislador por regular esta materia, reemplazaron y actualizaron el Decreto 559 de 1991 mediante la expedición del Decreto No. 1543 de 1997, por medio del cual se "reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)."

El mencionado Decreto recoge algunas de las disposiciones ya consagradas en su antecesor, el Decreto 559 de 1991, pero es mucho más específico y cuidadoso en las medidas que dispone para el manejo de la epidemia.

El Decreto 1543 de 1997 expone entre sus consideraciones algunos de los motivos por los cuales el Estado decidió intervenir en esta materia, que no son otros que los que ya hemos mencionado en este escrito:

Que la infección del síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) se ha incrementado considerablemente en los últimos años en la población colombiana, tanto en hombres como en mujeres y menores de edad, a pesar de los avances científicos, comportando una seria amenaza para la salud y la vida de todas las personas, por lo que se hace necesario expedir las normas correspondientes en desarrollo de la función de control y prevención;

Que por su naturaleza infecciosa, transmisible y mortal, tanto el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), como el

Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), requieren de un esfuerzo a nivel intersectorial y de carácter multidisciplinario para combatirlos;

Que 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;

Que por lo anteriormente expuesto se hace necesario regular las conductas, acciones, actividades y procedimientos para la promoción, prevención, asistencia y control de la infección por VIH/SIDA...¹⁴

El Decreto 1543 de 1997 también se encargó de dar algunas definiciones importantes para la regulación de este tema, algunas de las cuales ya habían sido mencionadas también en el Decreto 559 de 1991, aunque con menor especificidad. Citaremos algunas aquí, ya que son también de vital importancia para el estudio que aquí pretendemos desarrollar:

Artículo 2º. Definiciones técnicas. Para los efectos del presente decreto adóptanse las siguientes definiciones:

Aislamiento: Medida de contención preventiva de bioseguridad mediante la cual una persona enferma es sometida, por parte del equipo de salud competente, a controles especiales destinados a evitar el agravamiento de su estado o a que pueda llegar a afectar la salud de los demás.

(...)

Autocuidado: Observancia particular y determinada que una persona hace para sí misma de un conjunto de principios,

¹⁴ Decreto 1543 de 1997.

recomendaciones y precauciones, destinadas a conservar la salud, incluyendo la promoción de la salud sexual, la prevención de la infección por VIH y la minimización de las repercusiones físicas, psicológicas y sociales que causa la misma.

(...)

Caso de SIDA: Persona infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) que presenta signos y síntomas asociados con cualquiera de las enfermedades concomitantes a la inmunosupresión que definen SIDA según la clasificación del CDC de Atlanta para niños o para personas adolescentes y adultas, o la que en su momento adopte el Ministerio de Salud en sus normas técnica; incluyendo el respaldo de pruebas de laboratorio científicamente determinadas para tal efecto.

Donde no se disponga de pruebas de laboratorio especializadas para el estudio de la infección por VIH, una persona enferma se considerará caso de SIDA acorde con la clasificación de Caracas o sus actualizaciones posteriores, contenidas en normas técnicas del Ministerio de Salud.

Condiciones de riesgo: Serie de factores y cofactores del entorno bio-psico-social y cultural, que determinan o inciden en la vulnerabilidad de una persona, para infectarse con el VIH.

Conductas con riesgo: Acción o conjunto de acciones y actividades que asumen las personas, exponiéndose directamente a la probabilidad de infectarse con el VIH.

Confidencialidad: Reserva que deben mantener todas y cada una de las personas integrantes del equipo de salud frente a la comunidad, respecto a la información del estado de salud y a la condición misma de una persona, con el fin de garantizarle su derecho fundamental a la intimidad.

Consentimiento informado: Manifestación libre y voluntaria, que da una persona por escrito luego de la consejería preprueba con el fin de realizarle el examen diagnóstico de laboratorio para detectar la infección por VIH, el cual deberá consignarse en la historia clínica.

Contaminación: Presencia del VIH en objetos, productos y/o tejidos.

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.

(...)

Infección por el VIH: Presencia del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el organismo de una persona, confirmada por prueba diagnóstica de laboratorio.

Inmunodeficiencia: Falla, daño o disminución del sistema inmunológico de una persona para producir una respuesta ante la presencia de agentes o sustancias biológicas extrañas, por diferentes causas.

Intimidad: Condición de la persona que le permite conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, para así lograr el libre y armónico desarrollo de su personalidad. Comprende tanto el respeto a la intimidad personal y familiar, como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados, al permitir que la persona controle la información sobre sí misma.

Material biológico humano: Toda sustancia de origen humano como órganos, tejidos, secreciones y/o células, que esté libre o impregnada a otros materiales.

(...)

Persona asintomática: Persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) que no presenta síntomas, ni signos relacionados con el SIDA.

Persona infectada: Persona en cuyo organismo está presente el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), confirmado por prueba diagnóstica de laboratorio, con o sin síntomas.

Persona sintomática: Persona con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) que presenta manifestaciones clínicas propias del SIDA.

Prueba diagnóstica presuntiva: Examen de laboratorio que indica posible infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en una persona, y cuyo resultado en caso de

ser reactivo, requiere confirmación por otro procedimiento de mayor especificidad.

Prueba diagnóstica suplementaria: Examen de laboratorio de alta especificidad aceptado por la autoridad competente, mediante el cual se confirma la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

Seropositivo: Resultado de una prueba diagnóstica reactiva o positiva para la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

Seronegativo: Resultado de una prueba diagnóstica no reactiva o negativa para la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida): Conjunto de síntomas y signos generados por el compromiso del sistema inmunitario de una persona como consecuencia de la infección por el VIH.

VIH (Virus de la Inmunodeficiencia Humana): Retrovirus que es el agente causal del SIDA.

En el Decreto 1543 de 1997 recogió del Decreto 559 de 1991, la consagración del "deber" de los diferentes grupos relacionados con la transmisión de la enfermedad en la contención de la epidemia. Así, el artículo 30 consagra el deber de la comunidad en general de evitar la transmisión de la enfermedad:

Artículo 30. Deberes de la comunidad. Todas las personas de la comunidad tienen el deber de velar por la conservación de la salud personal, familiar y comunitaria a fin de evitar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS), poniendo en práctica las medidas de autocuidado y prevención.

Los artículos 37 y 38 del Decreto 1543 de 1997 consagran el "Derecho al consentimiento informado": nadie podrá ser obligado a tomarse la prueba que detecta el VIH (salvo expresos casos en que pueden ordenarlo las autoridades sanitarias), ni mucho menos podrá está ser tomada sin el consentimiento de cada persona:

Artículo 37. Derecho al consentimiento informado. La práctica de pruebas de laboratorio para detectar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el orden individual o encuestas de prevalencia, sólo podrá efectuarse previo consentimiento de la persona encuestada o cuando la autoridad sanitaria competente lo determine, de acuerdo con las previsiones del presente decreto.

Artículo 38. Personas privadas de la libertad. Las personas privadas de la libertad no podrán ser obligadas a someterse a pruebas de laboratorio para detectar infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

Estos dos artículos están íntimamente relacionados con el derecho fundamental a la intimidad, a la dignidad personal y a la libertad de las personas. Sin embargo, puede llegar a ser un punto de controversia en el tema de la penalización de la transmisión del VIH, toda vez que el tipo penal consagrado en nuestro ordenamiento, incluye como uno de los requisitos para tipificar la conducta, el que el infectado transmisor se encuentre informado de que es portador de la enfermedad. Debido a esto, se han generado posiciones en las que se afirma, que debería ser obligatoria la toma de pruebas de detección de la enfermedad en los grupos de mayor riesgo, esto con el fin de prevenir más eficientemente la transmisión, y además evitar que aquellos infectados que no cumplan con su

deber de cuidado se libren de la responsabilidad penal alegando no tener conocimiento de su estado.

Esa idea puede llegar a sonar tentadora para alguno, pero lo cierto es que como mencionamos antes, compromete varios derechos humanos sobre los cuales el estado tiene deber de respeto absoluto. Aún así, sobre este punto discutiremos con mayor detenimiento más adelante.

En el Decreto 1543 de 1997 se procuró establecer claramente no sólo los deberes, sino también los derechos de los enfermos de VIH/SIDA, debido a la constante y generalizada discriminación que estos han sufrido en el país en todos los campos: seguridad social, laboral, personal, etc.

En virtud de esto el artículo 39 del mencionado Decreto, consagra el derecho de las personas infectadas por el virus a no ser discriminadas en ninguna situación ni por ningún motivo. Podríamos decir que esta norma no es más que una expresión del derecho a la igualdad con el cual nos cobija a todos la Constitución Política. Aún así, los casos de discriminación de los enfermos de SIDA han sido tan frecuentes, que el legislador consideró pertinente reiterar su derecho a ser tratados con igualdad en cualquier circunstancia.

Artículo 39. 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.

Pero hablemos ahora de los artículos más relevantes para los antecedentes del tipo penal que pretendemos analizar. El artículo 36 del mencionado Decreto consagra la obligación de aquellos infectados con el virus que sean conscientes de su situación, de informar a su pareja sexual de la enfermedad:

Artículo 36. 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.

Este artículo, como lo indican sus primeras frases, tiene básicamente una función preventiva, que pretende evitar la propagación del VIRUS. Sin embargo, es de vital importancia si lo relacionamos con la actual penalización por la transmisión enfermedad, pues consagra por primera vez como una OBLIGACIÓN del infectado que conozca de su condición, el informar a la pareja sexual de la infección. El hecho de consagrar esta circunstancia como un deber de conducta, una obligación, no sólo es un antecedente importante al actual tipo penal sobre el tema, sino que además introduce en el panorama la idea de unas consecuencias jurídicas para quien no observe dicho cuidado. Sin embargo, podríamos decir que los artículos más directamente relacionados con los antecedentes de nuestro estudio se encuentran más adelante.

El primero de ellos es el artículo 41, en donde el legislador consagró nuevamente pero de una manera más clara, el deber de los enfermos de VIH/SIDA de NO INFECTAR, absteniéndose de realizar conductas de riesgo:

“Artículo 41. Deber 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”.

Este artículo es bastante similar al tipo consagrado en el artículo 370 del Código Penal, como ya veremos más adelante.

En el artículo 55 del Decreto 1543, encontramos nuevamente un intento del legislador por penalizar la propagación de la epidemia, muy similar al ya mencionado del Decreto 559 de 1991:

“Artículo 55. 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”.

Al igual que en el anterior Decreto, esta vez el legislador también nos remite a diversos tipos existentes en el Código penal, ya que en ese entonces no existía un

tipo específico sobre la materia para condenar la conducta punible. El legislador se limitaba en estos Decretos a remitir la violación de los deberes contenidos en los artículos 36 y 41 de la norma, al Código Penal, dejando al arbitrio de las autoridades judiciales a las que correspondiera el caso, el decidir a que tipo penal debían adecuar la conducta.

Podemos concluir que el Decreto 1543 de 1997 se concentró básicamente en medidas preventivas y procedimientos sancionatorios a cargo de las autoridades sanitarias, a excepción de los tres artículos mencionados (36, 41 y 55) que consagraron por primera vez la transmisión de la enfermedad como un delito de orden penal, aunque no bajo la forma de un tipo especial tal como ya lo vimos. Esto vendría después, con la aparición del artículo 370 del nuevo Código Penal, objeto de nuestro estudio.

1.9 EL ARTÍCULO 370 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

Desafortunadamente, el tipo penal contenido en el artículo 370 del Código Penal que será el objeto de estudio en esta tesis, tiene hasta el momento muy poco desarrollo en nuestro ordenamiento debido no sólo a su poca antigüedad, sino también a la novedad que representa, encontrándose hasta el momento en la memoria de muy pocas personas.

Es casi nula la doctrina que se ocupa del tema en el ámbito legal, y la exposición de motivos de la Ley 599 de 2000 es bastante pobre respecto a la elaboración de

este tipo. La jurisprudencia sobre el tema también es muy pobre, encontrándose millares de sentencias de tutela protegiendo los derechos de los enfermos del SIDA, y sólo una providencia hasta el momento que habla sobre los deberes de los infectados por este virus. En ella encontramos las siguientes consideraciones:

Así como el Estado, a través de sus organismos, busca la protección del individuo frente a esta enfermedad infecciosa, transmisible y mortal, los miembros de la comunidad, también tienen deberes, no solo respecto de ellos mismos, mediante el "auto-cuidado", sino que deben velar por la protección de terceras personas, utilizando las medidas de contención de la epidemia, disponibles para tal efecto.

Cierto es, que los seres humanos tienen derecho al desarrollo normal de su propia sexualidad. No obstante, nadie puede pretextar la limitación de este derecho, para así incumplir los deberes que le impone la Constitución Política como ciudadano colombiano. Por ello, **ninguna persona encuentra justificación para abusar de sus propios derechos, faltar al principio de solidaridad e irrespetar a los demás miembros de la comunidad, al asumir comportamientos irresponsables.** Es así, como el artículo 95 de la normatividad superior, consagra que el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos por la Constitución Política, implica responsabilidades. En este sentido, **la magnitud del daño que representa el SIDA, impone a las personas afectadas con este mal, el cumplimiento con más rigor, de los deberes consagrados en la Carta. Por ende, las personas afectadas con esta enfermedad, tienen una responsabilidad mayor, por el riesgo de contagio a terceras personas**¹⁵ [subraya y negrilla fuera del texto]

La jurisprudencia citada, deja ver claramente los motivos en los cuales se inspiró el legislador creador del tipo penal que analizaremos, que no son otros que algunos de los principios rectores de nuestra propia Carta Política: el deber de

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 488 de 10 de septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

solidaridad y el estado social de derecho, según los cuales, los derechos de cada persona llegan hasta donde empiezan los de los otros, y es deber de cada uno el velar porque ese respeto al interés común se haga realidad por encima del interés propio.

Sin embargo, da la impresión al leer el artículo 370 del nuevo código, que el legislador estaba advertido sobre la importancia de regular el tema debido a sus implicaciones sociales y económicas de los últimos años, pero no estaba lo suficientemente informado sobre todos los aspectos del problema de la propagación y sus implicaciones. Es precisamente eso lo que queremos analizar a lo largo de este trabajo, buscando aportar un poco al desarrollo de este nuevo tipo penal tan poco tenido en cuenta hasta el momento, a pesar de la importancia del bien jurídico que pretende proteger, como lo es la salubridad pública.

Es necesario preguntarse seriamente si es realmente el derecho penal y el enjuiciamiento la respuesta política adecuada para enfrentar un problema tan complejo como lo son los comportamientos de riesgo que transmiten estas enfermedades, consistentes por lo general en hábitos profundamente arraigados por la necesidad o la adicción y que por lo tanto no son fácilmente rehabilitables mediante el castigo y en caso de ser la respuesta adecuada, si la forma en que está siendo utilizada esta herramienta es la más apropiada para hacerla realmente efectiva.

Como dijo el Honorable Juez Australiano Michael Kirby, eminencia mundial en el estudio de políticas para la contención de la epidemia del VIH, en un documento presentado en el Congreso Mundial de ETS/SIDA:

El SIDA nos enfurece. Pero en el ámbito del régimen jurídico tenemos que ser racionales. En ese campo, nuestro principio rector deberá ser algo más que la formulación de una respuesta a una epidemia peligrosa. Debemos promulgar leyes eficaces y justas que contribuyan a reducir la propagación del SIDA.

Es muy manido decir que las leyes no pueden ser una panacea para todas las enfermedades sociales. Antes de recurrir al rudo instrumento del derecho

penal tenemos que estar seguros de que tendrá algún impacto en el problema que abordamos. También debemos asegurarnos de que el uso del derecho penal no será contraproducente, y de que no será más perjudicial que beneficioso.¹⁶

Es precisamente esto lo que pretendemos dilucidar a través de este análisis, a la luz del novedoso tipo penal introducido en el nuevo Código Penal del año 2000: ¿Es realmente efectiva la penalización para ayudar a detener la transmisión? ¿Es el tipo penal existente efectivo para la finalidad que pretendía el legislador al incluirlo en el ordenamiento jurídico? ¿Es beneficiosa la política que está siendo adoptada por el Estado para atacar la epidemia?

¹⁶ KIRBY, Michael, "Hiv And Law - A Paradoxical Relationship Of Mutual Interest", Op cit., p. 7

2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONDUCTA DESCRITA EN EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL

2.1 ANTIJURICIDAD DE LA CONDUCTA

Según el ordenamiento penal colombiano, para que una conducta tenga el carácter de punible, se requiere que ésta posea tres características esenciales: debe ser una acción típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad como elemento estructural del hecho punible, se encuentra consagrada en el artículo 11 del Código Penal Colombiano, el cual establece:

"Artículo 11. Antijuricidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal."

Del análisis de este artículo se desprenden tres elementos fundamentales: En primer lugar, se hace referencia a una conducta típica. Esto se debe a que la antijuridicidad relevante en materia penal solo se predica de aquella conducta que sea subsumible dentro de un tipo penal expresamente determinado, es decir, no puede considerarse punible una conducta que no esté claramente descrita en un tipo penal como antijurídica. Como segundo elemento se invoca que la conducta lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley, toda vez que sin la

existencia de un daño de lesión o peligro a un bien jurídico tutelado, no es posible configurar la ilicitud de la conducta. Como último elemento se hace referencia a la ausencia de justa causa en la conducta, indicando así que cuando se vulnera un interés jurídicamente protegido en circunstancias que legitimen esta vulneración, dicha agresión no podrá ser calificada como antijurídica por el juzgador.¹⁷

A través del tiempo, se han presentado diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica de la antijuridicidad; actualmente se acoge una teoría mixta en donde la antijuridicidad debe ser entendida como:

... un juicio negativo de valor en virtud del cual se determina si la conducta típica y antinormativa pugna con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado. Es decir que no basta con la verificación de ausencia de una norma permisiva de la acción o causal de Justificación - aspecto formal -, si no que es indispensable determinar si la conducta en estudio representa una amenaza o daño al bien jurídico tutelado - aspecto material -. Quedando claro al mismo tiempo que se trata de un juicio tanto objetivo como subjetivo, al igual que sucede con la conducta humana a la cual esta referido.¹⁸

2.1.1 El Bien Jurídico Tutelado. Toda norma penal se encuentra destinada a la protección de uno o mas bienes jurídicos contra cualquier tipo de acciones lesivas que puedan colocarlos en peligro de daño; lo anterior con el fin de garantizar a los individuos el ejercicio y el disfrute de los medios indispensables para su existencia y proyección como seres libres y autónomos, toda vez que los bienes jurídicos

¹⁷ REYES, ALFONSO, "*Derecho Penal*", Bogota: Editorial Temis, 1998, p.154

¹⁸ VELÁSQUEZ, Fernando. "*Manual de Derecho Penal*", Bogotá: Editorial Temis. p. 339

tutelados son considerados valores vitales para las personas y la convivencia humana en sociedad. Es por esto que la coacción punitiva utilizada por el sistema penal es un mecanismo relativamente necesario en un sistema social imperfecto y frente a un ser humano no socializado del todo.¹⁹

La consagración de cualquier delito debe basarse en la protección de un bien jurídico considerado importante para la paz, la justicia y la armonía de todo el conglomerado social. El legislador debe partir de la suposición de que el comportamiento que se describe dentro de cada tipo penal pone por si mismo en peligro el bien jurídico que se pretende tutelar. Lo que debe buscar el legislador como finalidad es la protección de relaciones sociales fácticas evitando las posiciones subjetivas de los sujetos.²⁰

El artículo 370 del Código Penal, que consagra la penalización de la transmisión del VIH se encuentra dentro del Capítulo *“De los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones”* bajo el Título que consagra los delitos contra la salud pública. Pero ¿por qué ha decidido el legislador ubicar esta conducta en este título? ¿Cuál es el bien jurídico que pretende proteger este tipo penal?

El título que cobija el artículo 370 nos indica claramente que el bien jurídico que se considera vulnerado con las conductas de riesgo que puedan llegar a transmitir el

¹⁹ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *“Tratado de Derecho Penal”*, Bogotá: Editorial Ediciones, Doctrina y Ley, Capítulo.3

²⁰ BUSTOS, Juan. *“Manual de Derecho Penal”*, Barcelona: Editorial Ariel. pp. 3 y 4

virus del VIH de acuerdo con el código penal vigente, es la salud pública, entendiéndose por ésta: "el estado dentro del cual los conglomerados están en condiciones de trabajar, relacionarse, entenderse y satisfacer las preocupaciones generalmente extendidas. Se comprende que sin este precedente los más elementales derechos del hombre en sociedad quedan reducidos a nada"²¹

A través de este tipo penal el Estado busca la protección de las garantías colectivas por encima de un interés jurídico individual. Dados los elevados índices de contagio del VIH que se presentan anualmente en Colombia y la repercusión negativa que dicha enfermedad acarrea en todos los sectores de la sociedad, es claro que el criterio para penalizar su contagio debe partir no de la protección del individuo en particular, si no de éste como parte de una sociedad, objeto principal del riesgo, tal como dice Carrara:

Hay un derecho particular que corresponde al interés que tiene el individuo de que no se le perjudique la salud corporal, no solo por la acción directa de una mano enemiga , si no también por la infección de aquellas sustancias (aire, agua, víveres) que son alimentos indispensable y continuo de sus fuerzas vitales, pero cuando estas cosas se contemplan por la relación que tienen con una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, ese derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, por que efectivamente todos las necesitan o las aprovechan, o por que un número indeterminado de ellos puede necesitarlas o aprovecharlas.

Es precisamente por esto que el bien jurídico protegido al penalizar la transmisión del VIH es la salud pública. El objetivo principal perseguido por el legislador al

²¹ PÉREZ, Luis Carlos. " *Tratado de Derecho Penal* ", Bogotá: Editorial Temis, 1971. pp. 45 y 46

crear el artículo 370 del nuevo Código Penal más que el de castigar es básicamente el de PREVENIR la expansión de la epidemia mediante la aplicación de métodos coactivos para aquellos que no estuvieran dispuestos a cumplir con un deber mínimo de cuidado en consideración a la sociedad, cumpliendo de esta manera con la característica finalista y de protección con la que debe cumplir toda sanción penal, mediante la cual se debe evitar el detrimento del bien jurídico que se pretende tutelar, a fin de proporcionar la convivencia pacífica y el libre desarrollo de la sociedad.

Es evidente, que frente a un problema tan desmesurado como lo es el incremento del contagio del virus del VIH a nivel no sólo nacional sino mundial, en donde el problema implica una amenaza al libre desarrollo del grupo social y a su crecimiento a todo nivel, el legislador parta de la base de buscar la protección de la población como colectividad sujeto de derechos y obligaciones. La novedosa antijuricidad atribuida a las conductas de propagación del VIH no constituye por si sola una gran ayuda frente a un virus sin barreras que parece no tener cura. Aún así, si este tipo penal es acompañado por programas de educación, prevención y concientización sobre el problema que significa la enfermedad, su propagación, y sus efectos, dirigido a todos los niveles de la población Colombiana, podría ser una eficaz herramienta en la lucha contra la epidemia.

La prevención es un factor muy importante en la solución al problema, pues es la única forma en que podemos salvar vidas. ¿De que serviría condenar sólo a aquellos que efectivamente infecten a otros si mientras tanto hay otros poniendo

constantemente en peligro a la sociedad con conductas descuidadas que de tener efecto pueden aumentar el número de infectados, que a su vez se convierten también en potenciales transmisores del virus?

Es claro entonces porque el bien jurídico protegido por el legislador en la penalización por la transmisión del virus ha de ser la salud pública. El VIH/SIDA es un problema al que todos estamos expuestos. Como vimos en el capítulo primero, es un fenómeno que ha dejado de ser un problema de las minorías para convertirse en un problema de salud pública que incluso impacta la economía de los países donde esta epidemia está creciendo sin control.

2.2 TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

Entendemos por tipo penal el “instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas.”²²

La tipicidad es un elemento esencial de las conductas penalizadas, ya que sin ella no existe el delito en la vida jurídica. Para que una conducta pueda ser tenida en cuenta por el juzgador, ésta debe estar claramente descrita como antijurídica en un tipo penal o no habrá lugar a castigar por ella. Es la tipicidad la encargada de

²² VELÁSQUEZ, Fernando, “*Manual de Derecho Penal*”. Op cit., p. 250

“otorgar relevancia penal a los diversos comportamientos valorados de manera negativa por el legislador.”²³

El tipo penal como instrumento legal para la descripción de las conductas delictivas, debe ser estudiado desde dos puntos de vista: el objetivo o externo y el subjetivo. Dentro de estos dos aspectos encontraremos diversos componentes de la conducta a través de los cuales conduciremos nuestro análisis.

2.2.1 Problemas de tipicidad. Ha sido amplia la polémica que se ha generado por este tema del bien jurídico protegido en la penalización por la transmisión del VIH. Como ya hemos visto en el acápite sobre la antijuricidad de la conducta, el bien jurídico protegido en esta figura es la salud pública por las razones que hemos expuesto, más sin embargo, no pocas veces se ha planteado la discusión de si el bien a proteger no debería ser la vida o la integridad personal, toda vez que es bien sabido que el contagio de esta enfermedad acarrea, en mayor o menor tiempo, la muerte de la víctima contagiada y diversas lesiones personales en tanto esto ocurre.

Aún así, si bien la vida y la integridad personal son bienes jurídicos relacionados con la base misma de la existencia y deben de gozar de especial protección por parte del Estado, el cuidado de los bienes jurídicos de carácter colectivo, como la salud pública, representa una forma de campo previo de protección al individuo,

²³ VELÁSQUEZ, Fernando, “*Manual de Derecho Penal*”. Op cit., p. 250

necesaria e indispensable para la optima protección de aquellos bienes jurídicos base de la sociedad como lo son la vida y la integridad personal.

La clasificación doctrinaria que se hace de los tipos penales, dividiéndolos en dos clases según la modalidad de conducta que describen, nos muestra otro motivo por el cual el bien jurídico a proteger ha de ser la salud pública y no la vida o la integridad personal. Según ésta, los tipos se clasifican en:

a) Tipos de lesión: son aquellos que protegen bienes jurídicos cuya integridad desaparece o sufre con la conducta del agente. De acuerdo con esta descripción, dentro de esta clase deben ubicarse los delitos contra la vida o la integridad personal como por ejemplo el homicidio: Quien da muerte a otro destruye el bien jurídico protegido, que es la vida.

b) Tipos de peligro: son aquellos que describen conductas cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger.

Dentro de esta última clasificación se encuentran generalmente bienes jurídicos referentes a intereses colectivos tales como la salud pública, los cuales son de tanta importancia para la sociedad, que el legislador no puede esperar a que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que debe defenderlos incluso de conductas que simplemente los amenacen.²⁴ Es precisamente este el caso de nuestro tipo en estudio, en donde la finalidad preponderante buscada por el

²⁴ REYES, Alfonso, Op cit., pp. 115, 116 y 117

legislador al crear la figura legal, fue la de prevenir antes que la de castigar por algo que ya no tienen vuelta atrás, tal como lo mencionábamos anteriormente.

Pero hay aún más motivos por los cuales podemos explicar porque el bien jurídico tutelado debe ser la salud pública y no la vida o la integridad personal. Existe en la doctrina otra clasificación de los tipos penales basada sobre el contenido de los mismos. Los tipos que protegen la vida y la integridad personal, se consideran tipos de resultado, es decir, son tipos penales que para que se configure a la perfección la conducta en ellos descrita, exigen un resultado físico o efecto final de la conducta efectuada. Así, en el homicidio, se requiere que el agente "mate" al sujeto pasivo para que pueda aplicarse el tipo penal de "homicidio", ya que de no perder la vida el sujeto pasivo, no podría decirse que hubo homicidio, y habría entonces que aplicar un tipo penal diferente. Lo mismo sucede con las lesiones personales, en las cuales se requiere que se dé un "daño en el cuerpo o en la salud" para que se configure la conducta punible.

El tipo penal por la transmisión del VIH es en cambio lo que llamamos un tipo de mero comportamiento, en el cual lo que se penaliza no es el resultado de una conducta, sino una conducta en si misma. El simple hecho de realizar conductas de riesgo que pongan en peligro a otras personas de contraer la enfermedad es ya un delito, sin importar si la enfermedad se transmite o no. Es decir, la simple realización de la conducta de riesgo es objeto de penalización, independientemente de que el sujeto pasivo contraiga la enfermedad, toda vez que como ya lo hemos mencionado, lo que el legislador busca con esta figura

legal es la prevención, evitar que la gente realice conductas que esparzan la epidemia, más que castigar los casos en los que ya se ha transmitido la infección y ya el Estado no puede proteger.

Para poder erradicar el problema efectivamente hay que llegar a la raíz de éste. Es esta la razón por la cual el legislador ha querido consagrar esta conducta bajo la forma de un tipo de mero comportamiento, previendo que el fondo del problema está en el peligro que implica para la sociedad que aumente sin control el número de contagiados, más que en el hecho de que alguien ya haya sido infectado, lo cual de cualquier forma es también un delito y así ha quedado consagrado en el artículo 370 del Código. Pero teniendo en cuenta las características de este problema y su complejidad, las cuales han quedado expuestas en el primer capítulo, hay que recalcar nuevamente que la finalidad principal del tipo penal es la de prevenir el daño futuro y potencial, más que castigar el daño ya hecho.

Desde cuando surgió la epidemia del virus del VIH a nivel mundial se ha querido considerar el contagio de este como un delito de homicidio. Sin embargo considerar el contagio del VIH como homicidio, dado el inevitable proceso que la mayoría e incluso todas las personas infectadas por el virus sufre y el cual tiene como consecuencia la muerte, generaría una gran contradicción al momento de su aplicación.

Tal y como define el Código Penal el Homicidio, este tipo se encuentra constituido por dos elementos: la muerte y el nexo causal. La muerte, es el resultado por el

cual se consuma la conducta. Este fenómeno ha sido definido científicamente como la desaparición de las funciones vitales tales como la respiración y la circulación. El nexo causal es entendido como la relación causa efecto que debe existir entre la acción y el resultado, lo que significa en este caso, que la muerte debe ser una consecuencia directa de la conducta del agente.²⁵

Estos elementos constitutivos del tipo penal de Homicidio, dan a entender un proceso a corto plazo entre la acción del autor y la consecuencia de esta que es la muerte. Es claro entonces que desde el punto de vista gramatical, el tenor literal del tipo no podría abarcar la causación de una larga enfermedad, cuya consecuencia mortal es tardía y en donde la evolución de ésta escapa por completo del control del autor. Sería impreciso entonces incluir el verbo "MATAR" en una conducta del tipo de la que se encuentra descrita en el artículo 370 del Código Penal, en donde la supuesta acción típica de homicidio y su relación causa efecto sólo sería eficaz a largo plazo, si es que algún día llega a ocurrir, pues es difícil saber los hallazgos futuros de la medicina en este campo.

De esta manera, tal como lo ha expresado el autor Bernd Schunemann "quien ha sido infectado del virus del VIH a manos de otra persona encontraría oposición, y con razón, si en un discurso de lenguaje ordinario sostiene que esta persona es un

²⁵ TOCORA, Luis Fernando. "*Derecho Penal Especial*". Editorial Librería del Profesional. pp.10 y ss

homicida pues ha intentado matarle, y peor aun alegando que la tentativa no ha fracasado."²⁶

Pese a que la cura para el virus del VIH no se ve muy próxima, no se descarta la posibilidad de que pueda encontrarse dados los esfuerzos de todas las potencias mundiales por hacerlo. ¿Que pasaría entonces si una persona es condenada por homicidio, al haber contagiado a alguien con el virus del VIH y durante su condena es encontrada la cura para esta enfermedad? ¿Cómo respondería el Estado por esta persona que ya ha sufrido un daño irreparable al haber sido privada de su libertad?.

El problema de aplicar el delito de homicidio frente a la propagación del virus del VIH, radica principalmente en la necesidad que exige este tipo penal de un resultado para su consumación. Como ya lo mencionamos anteriormente la figura de homicidio es un tipo penal de los llamados de resultado, por ser necesaria la obtención de un resultado para su adaptación a la acción descrita. Este conflicto se presenta de manera más clara frente a la relación entre el Derecho Material y el Derecho Procesal. Si una persona, por el hecho de haber infectado a otra es condenada por homicidio, ¿sería necesario una espera por parte de las autoridades competentes hasta que el homicidio se consumara, es decir, hasta que cumpliera el resultado requerido por el tipo penal que es la muerte del sujeto pasivo? o por el contrario, y pese a que el delito no se haya perfeccionado ¿la

²⁶ SCHUNEMANN, Bernd, *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 225-237.

persona debería cumplir la sentencia y ser privada de la libertad aunque sea evidente que no es posible prever el desarrollo que va a tomar la enfermedad en el cuerpo del sujeto pasivo?

Es evidente que no es lógico que tras una larga enfermedad que por regla general determina la muerte, se deba detener la ejecución penal por esta razón, puesto que esto además sería violatorio de los derechos fundamentales a un juicio expedito y la dignidad humana. Con el fin de resolver dicho problema varios doctrinantes han llegado a afirmar que la solución sería condenar al autor de la conducta de riesgo por tentativa de homicidio y no por homicidio, dada la interrupción entre la relación causa efecto; Sin embargo, esta posición a su vez genera cierto tipo de problemas, ya que, entre otros, se condenaría a la persona que efectivamente infectó a otra con el virus y a la que simplemente realizó una conducta de peligro pero que no llegó a infectar al sujeto pasivo, bajo los mismos parámetros. ¿Que pasaría entonces cuando se da el resultado final de la enfermedad (la muerte), y el sujeto activo ya ha sido imputado por tentativa de homicidio?.

El Código Penal Colombiano, en su artículo 27, define la tentativa como:

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del

mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada...”

De acuerdo con este citado artículo, la tentativa es la ejecución incompleta de la conducta tipificada en la ley penal.

“Desde luego esto no significa que la naturaleza jurídica de la tentativa equivalga a la de un tipo delictivo distinto del que prevé un delito o hecho punible consumado, si no que se trata, sencillamente, de una figura que implica una extensión de la tipicidad básica, como una forma especial de configuración del tipo o dispositivo amplificador del mismo”²⁷

El fundamento de punición de la tentativa, se justifica por cuanto el sujeto activo realiza conductas socialmente relevantes que buscan el detrimento o menoscabo de los bienes jurídicos tutelados por el Estado. Bajo el supuesto de la tentativa, la consumación del delito, es decir, el efecto que se prevé en el tipo, no tiene ninguna relevancia.

De la noción legal de la tentativa, se desprenden los siguientes elementos, los cuales nos ayudan a entender la complejidad al momento de tratar de aplicar la tentativa de homicidio al contagio del VIH, estos son:

²⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, “*Manual de Derecho Penal*”. Op cit., pp. 423 y ss.

a) La voluntad del agente. De acuerdo con este elemento, la voluntad del agente acusado de tentativa, debió ser en todo momento la de llegar a consumar el delito, a pesar de que esto, por circunstancias ajenas a su voluntad no se haya logrado. Por esta razón queda claro que la tentativa es exclusiva de las conductas dolosas, tal como lo expresa el texto legal anteriormente citado, el cual establece que los actos del sujeto activo deben estar dirigidos inequívocamente a la consumación, la cual sería en este caso, la muerte de la víctima.

b) Comienzo de ejecución de la conducta punible. Este elemento busca que se establezca la diferencia entre los actos preparatorios y los actos consumatorios, puesto que la figura de la tentativa solamente abarca estos últimos. La ejecución supone iniciar una actividad por parte del agente, sin necesidad de pasar por ninguna otra fase de carácter intermedio, buscando la realización del tipo penal correspondiente. Este momento se distingue del momento conocido como la preparación, el cual se conoce como el comportamiento que temporal y objetivamente antecede a la ejecución como tal, y mediante el cual todavía no se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado, por lo que no puede ser objeto de penalización.²⁸

c) Idoneidad de los actos. El comienzo de la ejecución se debe realizar a través de actos idóneos para obtener el resultado deseado, mediante los cuales se determina si en la situación concreta, la ejecución es suficiente para el logro de la consumación de la conducta.

²⁸ Ibid., p. 424

d) Falta involuntaria de consumación. En el caso de la tentativa la consumación del delito debe ser fallida por circunstancias ajenas a la voluntad expresa del autor. Si hay un desistimiento de su parte anterior a la consumación, no habrá tentativa.

Dentro del caso en concreto, refiriéndonos al delito de tentativa de homicidio, podemos ver que varios de los elementos necesarios para que se configure la figura de la tentativa no encuentran fácil aplicación en el caso de la transmisión del VIH. ¿Bajo que parámetros podría un juez determinar que la conducta de una agente portador del virus al poner en peligro a otra persona esta dirigida intencionalmente a acabar con su vida? ¿Qué pasaría en el caso en que la conducta de riesgo se debió simplemente a negligencia del portador, en donde éste no es plenamente consciente de las consecuencias de sus actos y no a una clara intención de contagiar a la víctima? ¿Y que hay de los casos en que el que transmite el virus no estaba informado de ser portador de la enfermedad? ¿Qué hacer en estos casos con el elemento esencial para la configuración de esta figura que se encuentra en la voluntad del agente, la cual debe estar claramente encaminada a obtener el resultado deseado (la muerte)?

Tal y como se ve dentro de los elementos constitutivos de la tentativa, es claro que la voluntad del agente debe ser dolosa para ser penalizada, y tratándose de la infección del VIH, ¿hasta que punto es determinable la voluntad del agente, en todos los casos de transmisión de la enfermedad? Así, frente a la tentativa de homicidio aplicada a la propagación del virus del VIH se genera un problema

probatorio bastante complejo, en la medida que el ente acusador tendría que demostrar que la voluntad del agente estaba encaminada a acabar con la vida del sujeto pasivo, lo cual no es una tarea fácil por su carácter esencialmente subjetivo.

De la misma manera, frente a la falta involuntaria de consumación, también se presenta un problema frente a la teoría de quienes afirman que el contagio del VIH debe ser tratado como tentativa de homicidio. Si la persona no resulta infectada como consecuencia de la actividad peligrosa no habría ningún problema, pero en el caso de que la persona si resulte infectada, no existe ninguna causal externa que haya evitado la consumación del delito, de hecho éste dejaría de ser una tentativa en algún momento, puesto que finalmente el sujeto pasivo terminara sus días con la enfermedad.

En este orden de ideas, es claro que subsumir la infección del virus del VIH dentro del tipo penal de homicidio o tentativa de homicidio, en la medida en que el homicidio exige para su consumación un resultado a corto plazo que es la muerte, y de la misma manera la tentativa exige un hecho involuntario por el cual no se consume la conducta y una voluntad dolosa del agente encaminada a la obtención del resultado, generaría grandes vacíos dentro del ámbito jurídico penal, ya que las consecuencias de la enfermedad se escapan totalmente de la previsión tanto de la justicia como del agente, lo mismo que las circunstancias que rodearon los hechos mediante los cuales se contagió a otra persona.

Abarcando otro punto de vista, dada la complejidad y los muchos puntos en contra que se desprenden de la aplicación del delito de homicidio al contagio del VIH por parte de un agente a otro, hay quienes afirman que esta conducta debe tratarse como un típico delito de lesiones.

De acuerdo con el Código Penal, las lesiones se constituye mediante el daño real en el cuerpo o en la salud, y se clasifican en:

a) Incapacidad o enfermedad. La primera se refiere a la posibilidad o idoneidad para desarrollar un trabajo; se entiende que una persona está incapacitada para trabajar, mientras los tejidos que han sido afectados no se restauren o cicatricen o hasta que recobre totalmente la salud. La enfermedad por su parte es cualquier alteración de la salud que genera perturbaciones de los procesos fisiológicos.²⁹

b) Deformidad física. Medicina legal la ha definido como "cualquier defecto que cambie la integridad, la proporción, el orden o la armonía, que normalmente tienen entre si las partes constitutivas del cuerpo humano."

c) Perturbación psíquica. Alteración de las facultades intelectivas, volitivas o afectivas que integran la conciencia del ser humano.

d) Pérdida de un órgano o miembro. Pérdida anatómica, supresión material o amputación o un órgano o miembro, que conlleva obviamente a la pérdida de la

²⁹ TOCORA, Luis Fernando. Op. Cit., pp. 41 y ss

función.

La importancia de esta clasificación radica en que, de acuerdo con la lesión que de estas cuatro sea ocasionada por el agente, se impondrá la pena respectiva. Las consecuencias causadas por la primera clasificación se entienden como lesiones simples, mientras que las demás han sido catalogadas como lesiones calificadas, por que además de la incapacidad o enfermedad que suponen, les sobreviene una secuela ya sea transitoria o permanente.³⁰

Tal y como lo vimos en la introducción de esta tesis, lo que ocasiona la muerte a la persona infectada por el virus del VIH no es el virus en si, si no las enfermedades oportunistas que atacan al cuerpo humano dada su deficiencia en el sistema inmunológico. Esta característica de la enfermedad genera dificultades a la hora de considerar el contagio del virus del VIH como una lesión personal.

El tipo penal de lesiones, al igual que el de homicidio, es un tipo penal de resultado que requiere que la conducta por parte del agente genere un resultado específico a corto plazo. Frente al virus del VIH, manejado como una lesión, se generaría en cada caso en concreto un dispendioso problema de prueba, dado que frente a este tipo penal la ley exige que los resultados lesivos sean probados a través de dictámenes periciales, con el fin de que la imputación del agente sea justa, ya que sin lesión probada no hay delito y del tipo de lesión determinada por el dictamen se impondrá también la sanción correspondiente.

³⁰ TOCORA, Luis Fernando. Op. Cit., pp. 41 y ss

Este tipo penal, presenta de alguna forma los mismos problemas que genera el homicidio aplicado a la propagación del VIH. Tal y como se explicó anteriormente, este virus no genera consecuencias inmediatas, ya que se desarrolla en varias etapas. De acuerdo con los estudios hay personas que pueden durar varios años con el virus de una manera asintomática y gozando de perfecta salud. ¿Bajo que modalidad de lesión se condenaría al agente que infectó a otra persona cuando esta no ha presentado ningún problema físico? ¿Tendría entonces la autoridad penal que estar bajo custodia de la persona infectada durante todo momento hasta que inicien las lesiones a la salud propias del virus del VIH?, y ¿Que pasaría si la persona es acusada de lesiones simples y cumple su condena y con posterioridad a esto y gracias a las enfermedades oportunistas se da una causal agravante de las lesiones como la pérdida de un órgano o miembro, o en el peor de los casos que pasaría si la persona muere y el agente ya ha cumplido una condena por lesiones personales, dándose la inadmisibile consecuencia de la acumulación de una doble punición?

De aquí se deduce entonces los motivos por los cuales surgió la necesidad de que la transmisión del VIH sea consagrada como un tipo penal independiente, mediante el cual puedan ser suplidos los vacíos que se podrían generar con la aplicación de otros tipos penales ya existentes a esta clase de conducta, en donde no se han tomado en cuenta los efectos específicos de la enfermedad, tal y como ha tratado de hacerlo el Código Penal vigente al consagrar el artículo 370.

Este artículo describe un tipo de peligro y de mero comportamiento, que busca proteger la Salud Pública, regulando las diferentes conductas mediante las cuales una persona infectada pueda contaminar a otra, con el fin tanto de prevenir como de controlar la epidemia del virus del VIH, la cual avanza cada vez con mayor velocidad en todo el mundo, tal como no lo demuestran las estadísticas consignadas en el primer capítulo de esta tesis.

Podríamos decir que al final del camino, a través de este tipo penal también se busca proteger la vida y la integridad personal de los individuos, pues son estos bienes jurídicos que son directamente afectados por la enfermedad, pero ante todo, debido a la magnitud que ha tomado el problema y todas las esferas de la vida social que se ven afectadas con su expansión, el bien jurídico a proteger de manera principal ha de ser la salud pública, la salud de la sociedad, de todos los no infectados que están expuestos a las posibles conductas negligentes de los transmisores de este virus.

Empecemos pues con el análisis de la tipicidad de nuestra norma en estudio, transcribiendo el artículo 370 del Código Penal:

“Artículo 370. Propagación del virus de inmunodeficiencia adquirida o de la hepatitis B. 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 tres (3) a ocho (8) años”.

2.2.2 El Tipo Objetivo. Entendemos por tipo objetivo todos aquellos elementos nos ayudan a describir las características externas de la conducta punible: quien la realiza, por que medios, bajo que circunstancias, etc. En otras palabras, cuando hablamos del tipo objetivo nos referimos a la descripción objetiva de la conducta.

a) El Sujeto Activo

El Sujeto activo de una conducta punible, o también llamado, agente, actor o autor, es aquel que realiza la conducta descrita en el tipo penal. A pesar que en la antigüedad se consideraban como sujetos activos de las conductas incluso hasta a objetos inanimados, hoy en día es aceptado por la doctrina que por lo general son las personas naturales las autoras de las conductas punibles, aunque en algunas ocasiones pueden ser también sujetos activos de la acción penal las personas jurídicas.

Hay tipos penales que pueden ser realizados por cualquier persona, tal y como sucede por ejemplo en el caso del homicidio. Sin embargo, hay otros tipos penales que exigen que el sujeto activo tenga ciertas calidades especiales para que se considere configurada la conducta descrita en la figura legal, son los que llamamos tipos con un sujeto activo calificado. Tal es el caso de nuestro tipo en estudio, en donde el sujeto activo está claramente especificado, siendo solamente aplicable este delito a las personas infectadas por el virus del VIH o la Hepatitis B que conozcan previamente de su infección. Así lo expresa claramente el artículo 370 del Código Penal desde su primera frase, siendo explícito en las calidades con que debe contar el sujeto activo de este delito: “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”.

Podemos decir entonces que el sujeto activo de nuestra figura legal en análisis debe cumplir con dos requisitos esenciales para poder ser el protagonista de esta conducta punible:

- Estar infectado por el virus del VIH o la Hepatitis B
- Haber sido informado de su condición de portador del virus.

Es importante tener en cuenta estos dos requisitos, toda vez que nos dejan claro que no puede entonces condenarse a una persona que ha infectado a otras si él mismo no era conocedor de su estado de portador del virus. No podría encontrarse en esta conducta tipo alguno de culpabilidad en el agente, debido a su ignorancia sobre su posibilidad de infectar a otros, perdiéndose así uno de los elementos esenciales para que una acción sea considerada típica y como consecuencia pueda entrar dentro de la facultad punitiva del estado.

Cabría analizar en este punto, el supuesto los casos de negligencia grave. Es decir, aquellos casos en que una persona que pertenezca a uno de los grupos de riesgo, en donde constantemente ha estado expuesta al contagio y que sea consciente de que es posible que se haya infectado, a pesar de no tener plena certeza sobre ello por no haberse practicado un examen de laboratorio, y aún así

realiza conductas de riesgo significativo para los demás. ¿Podría ser este el sujeto activo de nuestro tipo? ¿Podría considerarse que aquel que es consciente de que se encuentra en grandes posibilidades de estar infectado con el VIH y realiza conductas de riesgo que ponen en peligro a otros, está incurriendo en el supuesto del artículo 370 por negligencia grave?

Es claro es que lo que el Estado pretende con esta norma es forzar a las personas, especialmente a los enfermos de VIH/SIDA, a ser responsables de sus actos evitando que continúe la difusión de la epidemia que crece día a día. Los casos de transmisión intencional del VIH/SIDA son bastante escasos; la mayoría de las prácticas de riesgo corresponden a conductas negligentes, en donde no hay un propósito especial encaminado a infectar a otros. Y es que no se puede negar que aquel que realiza prácticas riesgosas para la transmisión del VIH, sabiendo que es portador de la enfermedad y transmite el virus a más personas, tiene que ser consciente de alguna forma de que con su conducta está transmitiendo una enfermedad mortal a otro ser humano y está faltando además a su deber de solidaridad con el resto del conglomerado social. ¿No se encuentra en la misma responsabilidad aquel que sabe de la existencia de un gran riesgo y aún así pone en riesgo a otros? ¿Dónde quedaría el deber de solidaridad entonces?

Para que exista responsabilidad penal por un delito culposo, es necesario que éste esté consagrado bajo esa modalidad en el ordenamiento; no se puede imputar responsabilidad penal por negligencia grave o culpa a cualquier delito, es necesario que exista un tipo penal que consagre la modalidad culposa de ese

delito, cosa que no ocurre en el comportamiento que estudiamos. Aún así, pensamos que al haber excluido el legislador la posibilidad de la comisión por negligencia grave podría prestarse para que las personas pertenecientes a los grupos de riesgo, que saben que existe alguna posibilidad de haber sido infectados, no se hicieran nunca un examen de laboratorio para comprobarlo con certeza, para así librarse de cualquier consecuencia de tipo penal y poder seguir actuando irresponsable y arbitrariamente en contra de la salud pública. Esto por supuesto, iría en contra de la finalidad de la figura, que busca disminuir la epidemia por medio de una herramienta coactiva, de la cual sería fácil escaparse de no ser considerada la negligencia grave en el caso mencionado.

El sujeto activo de este tipo penal tiene unas características que lo hacen especial. Algunos factores culturales hacen que sea más común que las conductas de riesgo para la transmisión de la enfermedad y la enfermedad en si misma, se presenten en determinados grupos sociales. Esto ha generado un problema social bastante complejo, ya que estos grupos sociales a los cuales nos referimos, son grupos en si mismos ya discriminados por la sociedad y hoy en día, al haberse convertido además en un signo de peligro para la salud, se han convertido en grupos doblemente rechazados: por sus orígenes o preferencias y por el estigma que implica el estar infectado con el hasta ahora virus mortal del VIH/SIDA.

Los grupos que pueden verse más frecuentemente afectados son por la enfermedad son las personas de bajos recursos económicos, los indígenas, los refugiados y desplazados por la violencia, los discapacitados, los presos, los

trabajadores sexuales, los homosexuales y los drogadictos. Todos estos son grupos que comúnmente sufren de constantes violaciones de derechos humanos y de discriminaciones de todo tipo. Adicionalmente, debido a esas circunstancias, son grupos que han tenido un limitado o casi nulo acceso a la educación, lo cual aumenta aún más su peligro de contraer y de propagar el virus, puesto que la información que han recibido sobre el tema es bastante escasa y llena de tabús y mitos culturales, por llamarlo de alguna forma.

Las mayores vías de transmisión registradas hasta el momento provienen de las prácticas sexuales (homosexuales y heterosexuales) y el consumo de drogas con agujas reutilizadas. Este potencial sujeto activo del tipo penal tiene por lo general unas características determinadas que hacen más complejo el esfuerzo del Estado por lograr una real conciencia de prevención en estos individuos. Diversos estudios psicológicos sobre el tema demuestran que los hábitos sexuales y de drogadicción, actividades que suelen ser de gran importancia en la identidad y el placer de los individuos, son comportamientos que no se modifican fácilmente a través del castigo: "... la actividad sexual y el consumo de drogas son comportamientos humanos altamente resistentes a medidas contundentes como multas o encarcelamiento."³¹ Es precisamente esta una de las grandes críticas que tiene la penalización, puesto que no se ha llegado a un consenso sobre la real efectividad de medidas coercitivas como la privación de la libertad y se teme por el contrario que este tipo de medidas empeoren la situación, toda vez que las

³¹ KIRBY, Michael. *Why is Governance so Critical? Partherrships across borders aganist HIV – AIDS*, 1997, p. 2

costumbres de los centros de reclusión tienden a incentivar la promiscuidad y la drogadicción en vez de disminuirlas.

El artículo 4 del Código Penal consagra las funciones de la pena: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.”. En otras palabras, el objetivo de la privación de la libertad de un delincuente, es inhabilitarlo de que perjudique a otros durante su periodo de rehabilitación y persuadirlo mediante el castigo que no reincida en su conducta en el futuro. Sin embargo, este objetivo no se cumple con tanta claridad en el caso de la transmisión del VIH. La reclusión del infectado con este virus no impide que éste siga propagando la enfermedad con sus conductas. Los estudios muestran que las cárceles son lugares donde los comportamientos de alto riesgo son habituales, debido a la falta de acceso a los medios de prevención, como preservativos o agujas estériles. Adicionalmente, los reclusos no están completamente aislados de la sociedad, existen las llamadas “visitas conyugales” por medio de las cuales pueden infectar a personas de la comunidad exterior, las cuales llevaran el virus a la sociedad nuevamente, lo cual no ayuda en la contención de la epidemia.³² Estas circunstancias son aún más latentes en nuestro sistema carcelario, donde el hacinamiento de los reclusos y las deficientes condiciones sanitarias con que cuentan son el pan diario de cada día. En establecimientos carcelarios como los nuestros, en donde la dignidad humana ha sido olvidada, se dan aún con mayor frecuencia las conductas de riesgo,

³² ONUSIDA, “*Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*”. Ginebra, 2002, pp. 6 y 22

debido al precario estado en que se encuentran nuestros presos, que tienen un acceso casi nulo a cualquier tipo de necesidad.

La marginalidad es un fenómeno que afecta gravemente los propósitos preventivos del Estado en cuanto a la propagación de la epidemia. Las políticas sanitarias, educativas o de cualquier otro tipo sobre el tema, impulsadas por el Estado, por lo general no penetran eficazmente en estos grupos, puesto que se trata de personas que se encuentran excluidas de la vida social y han perdido su confianza y credibilidad en la protección del Estado. Adicionalmente, su marginalidad implica cierto aislamiento cultural, lo cual disminuye el acceso que puedan tener a información esencial sobre el tema y hace poco efectiva la llegada de los mensajes educativos - preventivos a estas personas, que son las que más los necesitan. La discriminación de la que son víctimas estos grupos trae como consecuencia un sentimiento de alienación que los vuelve apáticos a los mensajes dirigidos a la sociedad, conglomerado del cual se sienten excluidos.

Es realmente importante que las leyes referentes a la contención de la epidemia del VIH/SIDA, cualquiera que sea su naturaleza, eviten al máximo los tintes discriminatorios. Se plantea entonces el debate de si al haber le legislador circunscrito el sujeto activo del artículo 370 del Código Penal exclusivamente a las personas infectadas con la enfermedad dejando a otros posibles agentes transmisores por fuera de la acción penal, no se está propiciando en cierta forma una mayor estigmatización de las personas que sufren de la enfermedad, que debido a la cantidad de prejuicios que existen sobre esta materia, pueden llegar a

ser vistas por la sociedad como “delincuentes en potencia”³³ por el sólo hecho de ser seropositivos, debido a ser las personas infectadas las únicas protagonistas del artículo en mención. Podría llegarse a caer en una legislación que castiga a los individuos por el sólo hecho de ser algo determinado: prostituta, drogadicto, homosexual o lo más temido, seropositivo y esto va claramente en contra de lo consagrado nacional e internacionalmente en materia de derechos humanos.

No se entiende bien porque el legislador ha considerado que los únicos que deben hacerse responsables penalmente por las conductas de riesgo que puedan transmitir esta enfermedad son los infectados por ella. El artículo 370 ha dejado por fuera del problema agentes tan importantes en la transmisión como lo son las personas pertenecientes a equipos médicos o semejantes, que en transfusiones sanguíneas o de otro tipo de fluidos o durante otras operaciones de tipo médico infecten a otras personas, ya sea mediante la transfusión de fluidos infectados, transplante de órganos o por la utilización de agujas u otros utensilios contaminados. De igual manera han quedado excluidos del sujeto activo del tipo penal, las personas dedicadas profesionalmente a actividades que implican conductas de alto riesgo de transmisión en su desarrollo, como lo son aquellos que tienen por negocio la elaboración de tatuajes corporales y/o perforaciones corporales (*piercings*), actividades en donde es necesaria la utilización de agujas y utensilios semejantes que de no observar las normas de higiene pertinentes pueden ser muy peligrosos en el tema referido.

³³ ONUSIDA. Op. Cit., p. 6

Si lo que pretendía el legislador con este tipo penal era frenar la propagación de la temible enfermedad, entonces ha cometido un grave error al dejar por fuera del sujeto activo de esta conducta a estas personas, las cuales son una variante importante también en las estadísticas de transmisión de la enfermedad, sobre la cual el Estado debería tomar medidas coercitivas a nivel penal. Esto sobretodo en lo referente a los equipos médicos que trabajen con conductas de riesgo, debido al grado de confianza que el público deposita en las personas en las cuales acude para solucionar sus problemas de salud, lo cual aumenta su grado de responsabilidad ante la sociedad, ¿por qué no han de ser igual de responsable entonces que aquel que es portador de la enfermedad y la transmite? ¿No es igual de responsable aquel que infecta a otros a través de la actividad que desempeña que el que lo hace a través de su comportamiento personal?

Tanto el enfermo del VIH/SIDA, como aquel que trabaja con actividades en las que se ven envueltas conductas que son potencialmente riesgosas tiene la posibilidad de prever una posible transmisión y evitarla, luego deberían cargar con el mismo tipo de responsabilidad en el campo de penal (así, los tatuadores o perforadores corporales deben usar materiales desechables, y los equipos médicos deben realizar pruebas a todos los fluidos u órganos que pretendan utilizar). Tan reprochable es la conducta de aquel que transmite la enfermedad directamente, como aquel que lo hace a través de su medio de trabajo pudiendo evitarlo.

b) El Comportamiento

Como ya mencionábamos en el acápite que ha tratado el tema de la antijuricidad, la conducta descrita en el artículo 370 del Código Penal configura un tipo de mero comportamiento, según el cual no es necesaria la obtención de un resultado específico para cometer un delito, basta con el haber realizado una conducta de riesgo que contenía la potencialidad de dañar el bien jurídico tutelado por el legislador.

El tipo de mera conducta es aquel en el que

“... la descripción se agota en una acción del autor que no requiere de la producción de un resultado en el mundo exterior que sea separable espacio – temporalmente (...) En estos casos el legislador ha valorado de manera negativa la conducta (desvalor de acción), con independencia del resultado que produzca.”³⁴

Así ocurre en la penalización de la transmisión del VIH/SIDA. Basta con que la persona infectada por el virus previamente consciente de su condición de portador de la enfermedad realice una conducta de riesgo que ponga en peligro de infección a otros, para que se perfeccione el comportamiento que da lugar a la acción penal. Para el legislador es indiferente que como resultado de dicha conducta resulte otra persona realmente infectada o no, puesto que lo que se castiga es el simple hecho de poner en peligro a otros, teniendo en cuenta el

³⁴ VELÁSQUEZ, Fernando, “*Manual de Derecho Penal*”. Op cit., p. 286

carácter esencialmente preventivo que se ha pretendido dar a esta figura. Esto se debe a que el objetivo primordial de esta figura legal es la de prevenir el contagio, evitar que un infectado ponga en peligro a los demás de contraer el virus, antes que la de castigar por un resultado efectivo.³⁵

Así las cosas, el artículo 370 del Código Penal consagra los siguientes comportamientos como conductas punibles en el caso de la transmisión del VIH/SIDA:

- Realizar prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona
- Donar sangre, semen, órganos o en general componentes anatómicos

Así las cosas, nos encontramos en la presencia de un tipo compuesto, regido por más de un verbo rector, siendo dos los del artículo 370, a saber:

- **Realizar** prácticas riesgosas
- **Donar** componentes contaminados

La precisión hecha por el legislador puede ser perjudicial para el objetivo perseguido por esta figura legal. La base sobre la cual se fundan estas prohibiciones es la de prevenir la transmisión y la de castigar a aquellos que faltando al deber de solidaridad social y teniendo conciencia de su estado y el

³⁵ Supra, Capítulo I, p. 19

peligro que éste implica, realizan conductas que amenazan a otros de contagiarse. No debería entonces ser tan preciso el tipo en las conductas que implican riesgo, al limitarlas a la donación de sangre, fluidos corporales y órganos. ¿Dónde quedaría entonces la conducta de aquel que no dona sino vende alguna de estas cosas? ¿Podría encuadrarse dentro del tipo, teniendo en cuenta que en materia penal existe un estricto seguimiento de los principios de legalidad y tipicidad, según los cuales para que alguien pueda ser condenado por una determinada conducta está debe estar claramente descrita en la ley como punible?

La primera conducta descrita en el tipo en estudio, “realizar prácticas que prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona”, podría ser suficiente, puesto que en ella cabrían todas las demás conductas riesgosas que un infectado puede realizar para poner en peligro a otros, entre ellas la consistente en donar sangre, fluidos u órganos infectados. ¿No es luego ésta también una “práctica mediante la cual se puede contaminar a otra persona”? Habría bastado entonces con esta primera descripción del comportamiento que perfecciona la conducta punible para cubrir todas las posibles conductas en que se pueda poner en riesgo de infección a otros y así no entrar terrenos pantanosos en donde nos podríamos topor con conflictos de interés en contra de los principios de legalidad y tipicidad.

Sin embargo el legislador debe cuidarse de no ampliar a tal punto la figura legal, que ésta llegara a castigar conductas que no signifiquen un riesgo significativo de transmisión. Sólo los comportamientos que impliquen un verdadero riesgo significativo de transmisión del VIH/SIDA pueden ser legítimamente objeto de

penalización. Para esto, las políticas y medidas de prevención deben basarse siempre en datos científicos y actuales sobre los diferentes niveles de riesgo en cada actividad, para no incurrir en castigos injustos, o en medidas que resulten discriminatorias para las personas seropositivas.³⁶

“La legislación sobre el SIDA no debe basarse en la ignorancia, el miedo, la conveniencia política y la condescendencia con las exigencias de la ciudadanía de adoptar medidas duras... Una buena legislación, como una buena ética, se fundamentará en buenos datos.”³⁷

c) El objeto Material

El objeto material es la cosa materia o inmaterial sobre la cual recae la acción del autor de la conducta punible. Entendemos pues por este concepto “aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente.”³⁸

El objeto material sobre el cual recae una conducta puede ser a su vez de tres clases:

- a. Personal: cuando el comportamiento recae sobre una persona física o moral, viva o muerta, respecto a la cual se concreta la violación.

³⁶ ONUSIDA, “*Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*”. 2002, pp. 37-38

³⁷ KIRBY, Michael. “*HIV and Law – A Paradoxical Relationship of Mutual Interest*” Australia, 2000, p. 3

³⁸ REYES Alfonso, “*Derecho Penal*”. Op cit., p. 109

- b. Real: cuando el comportamiento recae sobre un objeto, es decir, sobre cualquier otra cosa que no sea un ser humano. Es importante aclarar que no debe confundirse este objeto material real con el instrumento utilizado por el agente para llevara acabo sus propósitos.
- c. Fenomenológico o inmaterial: fenómeno jurídico, natural o social, sobre el cual recae la conducta punible.³⁹

El objeto material de nuestro tipo en estudio, puede no ser muy claro a primera vista. Algunos piensan que se trata de la persona puesta en peligro o del efectivamente infectado. Sin embargo, esta concepción es errónea. El objeto material de la figura legal consagrada en el artículo 370 del Código Penal, es decir, aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del bien jurídico tutelado, que en este caso es la salud pública, es la materia infectada mediante la cual se efectúa la conducta de riesgo (órganos, fluidos corporales, agujas y utensilios quirúrgicos). No debemos olvidar que nos encontramos frente a un tipo de peligro o de mero comportamiento, en el cual basta con la puesta en peligro del bien jurídico tutelado para que se configure el supuesto de hecho descrito en la norma, sin que sea necesaria la obtención de un efectivo resultado. Así las cosas, aquello sobre lo cual recae la vulneración del bien jurídico tutelado no es otra que la materia infectada, toda vez que es allí donde se encuentra el potencial peligro de contaminar a otros, lo cual es precisamente lo que castiga el Art. 370 del Código Penal. Nuestro tipo en estudio penaliza es la conducta de riesgo, no el contagio

³⁹ REYES Alfonso, "*Derecho Penal*". Op cit., p. 276

efectivamente logrado sobre una persona ¿sobre qué se concreta entonces la vulneración del bien jurídico? Es sobre aquello que tiene la posibilidad de infectar a otros, es decir la materia infectada: órganos, fluidos corporales, agujas, instrumentos quirúrgicos, entre otros.

d) Ingredientes normativos del tipo:

Los ingredientes normativos del tipo son aquellos que introducen juicios de valor a la conducta descrita por el legislador en el tipo penal. Sirven para atribuir cualidades a los sujetos activo o pasivo, o al objeto material, o para determinar el alcance de la conducta y las circunstancias que la puedan rodear.⁴⁰

El delito de propagación del VIH/SIDA sólo cuenta con uno de estos elementos, y es precisamente la característica esencial del tipo: el sujeto activo del artículo 370 del Código Penal tiene que ser un portador del virus del VIH o de la Hepatitis B. Como ya hemos explicado anteriormente cuando nos referíamos a las características del sujeto activo, sólo podrá ser objeto de esta prohibición el enfermo que realice prácticas de riesgo, quedando excluidas todas las demás personas que también pudieran poner en riesgo a terceros; para ser objeto de esta acción penal, se debe ser seropositivo.

e) Elementos en Blanco:

El artículo 370 del Código cuenta con unos elementos denominados por la

⁴⁰ REYES Alfonso, “*Derecho Penal*”. Op cit., p. 109

doctrina como elementos en blanco. Estos se refieren a elementos que el tipo penal no determina expresamente, remitiendo al intérprete a otras normas o a otras ciencias para completar la información.

Uno de estos elementos en blanco en nuestro tipo en estudio son las prácticas mediante las cuales se pueda contaminar a otras personas. Esto nos remite a los medios de transmisión del virus, que se reducen básicamente a cuatro vías:

- a. Contacto sexual con personas infectadas por el VIH/SIDA, ya sea por vía oral, anal o vaginal. Este tipo de transmisión se da a través de los fluidos como el semen y las secreciones cervicales y vaginales.
- b. Transfusiones de sangre y transplante de órganos infectados.
- c. Uso reiterado y compartido de agujas, jeringas o administradores para la administración de drogas, o la perforación corporal de cualquier tipo (piercing, tatuajes, elementos quirúrgicos)
- d. Transmisión vertical o perinatal: se da durante el embarazo. La madre infectada transmite el virus al naciurus.

Las conductas de riesgo a las cuales se refiere el artículo 370 están limitadas por las características del virus, toda vez que este se transmite sólo por unos medios determinados. No cualquier contacto con un infectado constituye una práctica

mediante la cual se pone en peligro a los demás de contraer la enfermedad. Sin embargo, el artículo 370 no contiene un análisis detallado de cada tipo de transmisión y sus respectivas particularidades y posibles supuestos de hecho, limitándose a penalizar todas aquellas prácticas mediante las cuales se pueda contaminar a otra persona, quedando así incluida en esta prohibición, medios de transmisión sobre los cuales podría presentarse un fuerte debate como ya veremos a continuación. Se deja ver en este punto el poco conocimiento que tenía el legislador sobre el tema y su complejidad y el pobre estudio que debió dársele en su momento a esta norma, como lo ha dejado ver también la exposición de motivos de la Ley 599 de 2000 en donde es casi nula la referencia a este tema, quedando como consecuencia un tipo penal lleno de vacíos que dan lugar a intensos debates éticos y jurídicos.

Como hemos visto, los primeros tres tipos de transmisión mencionados son los más comunes y los más conocidos por la sociedad. Corresponden además a conductas externas y voluntarias del ser humano, sobre las cuales éste puede tomar el control y evitar eficazmente su ocurrencia. Un infectado por el VIH/SIDA que conozca su condición y actúe responsablemente podrá tomar las precauciones necesarias para no incurrir en ninguna de estas conductas de riesgo. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la cuarta forma de transmisión mencionada, la transmisión perinatal, la cual se puede dar por diversos medios, cada uno de los cuales debería ser tratado de forma diferente.

La transmisión perinatal es la forma más común en que los niños están adquiriendo SIDA en el mundo, puesto que la madre infectada con el virus puede transmitirlo al hijo aún cuando éste se encuentre en escasa cantidad en la sangre y su sistema inmunológico no haya sido aún afectado. La posibilidad de que una mujer seropositiva transmita el VIH a su hijo es aproximadamente de un 25%.⁴¹

La transmisión perinatal puede darse en tres momentos diferentes.⁴²

- Durante la gestación: se da a través de la placenta, generalmente cuando la madre se encuentra en un estado avanzado de la enfermedad en donde ya hay grandes concentraciones del virus en su sangre.
- Durante el parto: se puede dar por contacto con la sangre o las secreciones vaginales maternas que pueden llegar a intervenir en este evento. Debido a esto se aconseja a las mujeres seropositivas dar a luz a través de cesárea.
- Con posterioridad al parto: la leche materna es uno de los principales medios de transmisión perinatal.

A medida que la ciencia avanza se han ido encontrando diversos tratamientos para que las madres seropositivas no transmitan el virus a sus hijos, los cuales sumados a ciertas medidas preventivas han logrado disminuir las cifras de infectados por este medio. Sin embargo, estos tratamientos son sumamente

⁴¹ IBARRA, Javier. "Prevención de la Transmisión Perinatal del VIH", www.geocities.com/smhrb/go/sidaperi.html

⁴² "VIH y transmisión perinatal", 2003, www.sidalava.org

costos para los sistemas de salud de los países subdesarrollados como el nuestro, en donde los recursos asignados a este sector, no alcanzan a cubrir estos requerimientos.

La transmisión perinatal presenta varios aspectos a debatir. El primero de ellos, y el más complejo, es el referente a la práctica de riesgo envuelta en este tipo de transmisión. No hay debate en afirmar que las relaciones sexuales sin ningún tipo de protección por parte de una persona infectada son una conducta de riesgo de las consideradas por el artículo 370; sin embargo tener relaciones sexuales in protección no es la práctica de riesgo por la cual se puede dar la transmisión perinatal. En este cuarto tipo de transmisión la conducta de riesgo es el embarazo mismo puesto que es éste el medio por el cual se transmite el virus a otro ser humano ¿podría decirse entonces que las “prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona” de las que habla el tipo en estudio pueden llegar a implicar que la mujer infectada con el VIH que conoce de su enfermedad no puede quedar embarazada? Para entrar en este debate, será necesario tener en cuenta cada una de las situaciones en las cuales existe riesgo de ocurrir transmisión vertical.

Una primera hipótesis sería el caso de la mujer infectada que ya se encuentra en una etapa muy avanzada de la enfermedad, en donde el virus se encuentra en grandes cantidades en su torrente sanguíneo y demás fluidos corporales. En este estado de la enfermedad el riesgo de que la transmisión al bebe se de desde la misma etapa de gestación a través de la placenta es bastante alto, debido a la alta

concentración del virus en el organismo. Es en esta hipótesis donde encontramos el mayor riesgo de que se de inevitablemente la transmisión vertical, lo cual va en contra del interés general de detener la epidemia. Tendríamos entonces que considerar en este caso el enfrentamiento de dos aspectos del derecho muy importantes: los derechos fundamentales individuales vs el interés comunitario (representado en la salud pública). ¿Cuál de los dos debe prevalecer? El debate ético es bastante intenso como veremos a continuación.

De determinarse que el alcance de la prohibición contenida en el artículo 370 implica que las mujeres seropositivas que se encuentran en un estado avanzado de la enfermedad, es decir, experimentando ya los efectos de la tercera etapa del virus, el SIDA propiamente dicho, no deben quedar embarazadas, nos encontraríamos enfrentándonos a derechos fundamentales del individuo relacionados con las libertades sexuales y reproductivas, en donde se encuentra el derecho a fundar una familia. Este es un tema delicado, es difícil pensar que se podría restringir el derecho de una mujer a una función para la cual ha sido destinada naturalmente, ser madre, y esto podría ser tomado como una fuerte medida discriminatoria en contra de las mujeres seropositivas.

No debemos olvidar además, que la protección de los derechos humanos es un factor importante para lograr la efectiva prevención en la transmisión de este virus: la discriminación en contra de las personas infectadas hace que estas se sientan aisladas y ajenas al conglomerado social y como consecuencia es más difícil que

los mensajes educativos y preventivos lleguen con efectividad a estos grupos.⁴³

Sin embargo, también cuesta pensar que en pro de estos derechos sea válido que una mujer infectada consciente de su estado, tenga plena libertad de tomar el riesgo de traer al mundo un niño muy posiblemente condenado a muerte. Porque si bien es cierto que no es 100% seguro que los hijos de madres seropositivas nazcan infectados, ni siquiera aún en un estado avanzado de la enfermedad, también lo es que sobretodo en la hipótesis a la que nos referimos es altamente probable que esta la consecuencia... ¿Debe el estado dejar al criterio de cada cual el tomar este riesgo en aras de la libertad? Cabe tener en cuenta al pensar en la respuesta a este interrogante, que no es sólo la crueldad que implica traer al mundo un niño contaminado con una enfermedad mortal, adicionalmente, cada niño que nace infectado es un aumento en la epidemia mundial y un potencial transmisor del virus.

En el primer capítulo de esta tesis vimos las graves consecuencias que ha traído esta epidemia en todos los campos. Ya no es sólo una cuestión que afecte la salud de las personas; es un complejo problema social y tiene diversas implicaciones económicas para el estado que son más difíciles de financiar a medida que crece el número de infectados. Aún así no se puede negar que el interés más afectado por la epidemia sigue siendo la salud pública, interés

⁴³ Supra, Capítulo I, pp. 28 y ss.

primordial para la sociedad porque se encuentra íntimamente relacionado con valores aún superiores como la vida y la integridad personal de sus integrantes, razón por la cual el estado debe prestar especial atención a su cuidado.

El debate ético es bastante fuerte. Es difícil pensar en una prohibición formal a las mujeres seropositivas en estado avanzado de la enfermedad a quedar embarazadas, debido a la dificultad que implicaría tener un real control sobre esto; el único método anticonceptivo 100% seguro es el ligamiento de trompas, y es claro que el Estado no puede entrometerse en la vida privada de las personas hasta el punto de forzarlas a hacerse una intervención quirúrgica, puesto que esto sería una intromisión demasiado profunda del Estado en la vida privada de los particulares. Tal y como lo ha dicho la ONUSIDA en diversas ocasiones:

“La acción del Estado para prevenir la transmisión de la enfermedad debería seguir el principio de que son siempre preferibles las medidas “lo menos intrusivas” posibles para lograr el objetivo demostradamente justificado, de modo que menoscaben mínimamente derechos en interés importantes”.⁴⁴

Existen también otros métodos anticonceptivos bastante efectivos como los preservativos y las píldoras, pero aún con el uso de estos es posible el embarazo. No podría entonces hablarse de una prohibición absoluta a las mujeres infectadas de quedar embarazadas, pero sí de un deber de responsabilidad para evitar esta

⁴⁴ ONUSIDA, “*Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*”. Op cit., 2002. p. 19

situación de manera efectiva, mediante la obligación de utilizar un método anticonceptivo eficaz (de hecho cualquier persona seropositiva tiene ya el deber de usar preservativos en sus relaciones sexuales, para evitar contagiar a su pareja). Este tipo de deber si puede ser impuesto por el Estado, puesto que a pesar de imponer el uso de un determinado método anticonceptivo y así coartar en cierta forma la libertad de estas mujeres, lo hace en beneficio de la salud pública que se encuentra en grave peligro por esta pandemia.

Dar total libertad a todas las mujeres seropositivas de traer hijos al mundo como quieran y cuando quieran sería abrir la puerta a que crezca el número de contagiados y a que se presente sin control la triste situación de ver venir al mundo un niño ya condenado a muerte, el cual nace con un cruel estigma en su frente. Considerando este panorama no puede el Estado ser totalmente permisivo y en aras de una denominada libertad dejar al libre albedrío el nacimiento de niños seropositivos que serán a su vez potenciales transmisores de la enfermedad. Sería legítimo imponer un deber de evitar la concepción de una manera eficaz en aras de proteger la salud pública, siempre y cuando no se vulnere flagrantemente los derechos fundamentales de las personas:

Según la normativa internacional de derechos humanos, los Estados pueden imponer limitaciones a algunos derechos en circunstancias estrictamente definidas si es necesario para alcanzar objetivos primordiales como, por ejemplo, la salud pública (...) Para que una limitación de los derechos humanos sea legítima, el Estado debe comprobar que: (...) está basada en un interés legítimo según se define en las disposiciones que garantizan los derechos; [y] es proporcional a este interés, constituye la medida menos

molesta y restrictiva posible y protege efectivamente ese interés en una sociedad democrática⁴⁵

Recordemos además que Colombia es un Estado Social de Derecho, en el que el interés particular debe ceder ante el general. De esta forma tenemos que imponer a las mujeres seropositivas el deber de utilizar unos métodos anticonceptivos determinados, se encontraría plenamente justificado no sólo a la luz de las directrices internacionales recién planteadas sino también a la de nuestra Carta Política y nuestro modelo constitucional. Esta medida tendría lugar con el fin de salvaguardar la salud pública, bien invaluable para todo el conglomerado social, lo cual constituye un interés legítimo para dar lugar a la restricción, y podría ser una medida efectiva para el bien jurídico que se pretende proteger. No es tampoco una limitación desproporcionada a la libertad de fundar una familia, ya que existen otras alternativas para estos fines, como lo puede ser en algún caso la adopción, mediante la cual no se está tomando el riesgo de infectar a otro.

La segunda hipótesis que debemos analizar en referencia a este tipo de transmisión, es la de la madre seropositiva que todavía no tiene una alta carga viral en su organismo, razón por la cual es muy probable que tomando las medidas preventivas pertinentes durante los diferentes periodos del embarazo no llegue a contagiar a su hijo por este medio. Aún así, el riesgo existe. Debido a los últimos avances de la ciencia es cada vez más bajo, pero no es un riesgo inexistente. Investigaciones en la materia informan que el riesgo más grave de transmisión se presenta en el trabajo de parto y durante la lactancia, sin importar

⁴⁵ ONUSIDA, “*Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA*”, Ginebra, 2002, párrafo 82

que tan avanzada esté la enfermedad en la madre⁴⁶ ¿Cuál debería ser la medida a tomar en estos casos? No es posible asumir la misma posición de la hipótesis anterior, puesto que en este caso no encontramos las mismas justificantes que en el anterior para limitar los derechos fundamentales del individuo, dado que el riesgo de transmisión no es tan alto, de hecho, bajo las condiciones descritas es poco probable que el recién nacido nazca contaminado.

Sin embargo, a la luz de las graves implicaciones que tiene esta epidemia para la sociedad actual, no debería el Estado darse el lujo de dejar al azar las consecuencias de estos posibles embarazos, sin importar el nivel de riesgo existente. Tal vez no pueda el Estado ser tan intrusivo como en el caso de las mujeres en un estado avanzado de la infección, imponiéndoles el deber de evitar un embarazo, pero sí podría imponer deberes preventivos para evitar las posibles transmisiones de ese 25% que nos hablan las estadísticas.

Bajo las actuales circunstancias de esta epidemia, que toma cada día más víctimas bajo su yugo sin distinciones de raza, clase social, preferencia sexual, profesión, etc., es necesario que el estado consagre un deber específico de las mujeres seropositivas a evitar la contaminación del naciurus. Para esto, las campañas educativas y de información sobre este fenómeno deben intensificarse, es necesario que las mujeres embarazadas sepan las circunstancias bajo las cuales se da la transmisión perinatal y los medios y tratamientos médicos para

⁴⁶ PORTNOY, Fabian Dr., "*La Transmisión Perinatal*", En Revista Infosida, Año 1 – No. 1, Septiembre de 2001.

evitarla. Debemos recordar que los grupos mayormente afectados por este virus son de personas de bajos recursos y bajos niveles de educación, grupos marginados⁴⁷, razón por la cual sin una acción del Estado en este sentido (intensificar las campañas educativas de información) mal podría éste exigirle a todas las mujeres seropositivas prevenir eficazmente este tipo de transmisión. Existe además una responsabilidad del equipo médico que trate a una mujer embarazada con el conocimiento de que ésta está infectada, de informarle los medios preventivos existentes para evitar la contaminación del que esta por nacer. Cumplido este deber del equipo médico, nace el deber de la mujer VIH positiva de tomar todas las medidas necesarias para prevenir el contagio de su bebe.

Los diferentes estudios sobre el tema han resaltado una circunstancia que aumenta el riesgo de contagio de futuros bebes: suele suceder que las personas piensan que el SIDA es una enfermedad que puede pasar a cualquiera menos a ellos mismos; así nos pasa tal vez a casi todos. Por esta razón es muy bajo el número de mujeres que se hacen una prueba Elisa cuando saben que están embarazadas, pues para casi ninguna se encuentra entre sus consideraciones el ser una posible portadora del virus cuando éste no ha mostrado algún síntoma. Si todas las mujeres embarazadas se hicieran la prueba del VIH al momento que se enteran de su embarazo, podrían evitarse muchos más casos de contagio perinatal. Pensar en la imposición de un deber de hacerse la prueba Elisa a las

⁴⁷ Supra, Capítulo I, El VIH y los Derechos Humanos, pp. 27 y ss.

mujeres embarazadas es un tema complejo de debatir. La doctrina ya se ha ocupado del tema de los tests forzosos de VIH:

Toda extracción de sangre por vía venosa dirigida a la realización de un test de anticuerpos de VIH representa una injerencia en la integridad corporal y en la libertad de disposición. (...) Ello significa que nadie – tampoco el sospechoso de SIDA – puede ser tratado a la fuerza o sometido a un examen de VIH contra su voluntad, en tanto que no se hallen regulados en especiales tipos de intervención los presupuestos de la misma.⁴⁸

Así las cosas, al pensar en la posibilidad de volver obligatorio el test del VIH a las mujeres embarazadas, nos encontramos, como en la primera hipótesis planteada sobre este tema específico, en el enfrentamiento de los derechos fundamentales del individuo a la integridad personal y la libertad de disposición, contra, nuevamente, la salud pública.

Hemos ya comentado el alarmante ritmo con que crece esta epidemia cada día. Y debemos recordar que no hablamos de una enfermedad cualquiera, sino de una incurable, con atroces consecuencias para la salud de los que la padecen. Exigir a las mujeres embarazadas el test del VIH no sería entonces una violación injustificada a sus derechos fundamentales, sino una medida en pro de la salud pública, buscando evitar el contagio de más niños y la expansión general de esta enfermedad, justificada por los mismos motivos ya explicados más arriba, en el caso de las mujeres seropositivas en estado avanzado de la enfermedad.

⁴⁸ SCHUNEMANN, Bernd, Op cit., pp. 268, 269.

Ser el portador de una enfermedad mortal no debe en ningún caso justificar tratos humillantes o discriminatorios hacia las personas. Aún así, esto tampoco puede significar que teniendo en cuenta el peligro envuelto en este virus, no sea posible imponer algunos límites a los derechos de estas personas enfermas, basándose en el principio de que los propios derechos deben ir sólo hasta donde empiezan los derechos de los demás. Tal como se ha dicho en el segundo encuentro sobre responsabilidad realizado en la ciudad de Medellín en 1995: "Nadie discute que el transmisor de una enfermedad infecto contagiosa por el sólo hecho de ser hombre tiene iguales derechos a los demás hombres. La dificultad radica en conjugar su derecho con el derecho a la salud de los otros hombres."⁴⁹ Así las cosas, es en este punto en que el interés individual se enfrenta con un importante derecho colectivo: la salud pública.

La Organización de las Naciones Unidas ha dicho que es válida la limitación de derechos humanos como la libertad, cuando esto se hace en pro de consideraciones de salud pública. Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su artículo 29:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los

⁴⁹ INSTITUTO Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, *“Responsabilidad por la Transmisión de Enfermedades”*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Colombia, 1995, p. 96

demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

La limitación de la libertad a fundar una familia a las mujeres seropositivas tiene un fuerte fundamento en el interés general y podría ser regulado por el Estado, a pesar de que el actual artículo 370 ha dejado en esto un vacío a la merced de la interpretación del juzgador. Aún así, lo que nos queda claro es que el embarazo de la mujer portadora del VIH por si mismo no puede ser considerado como un delito, o una practica de riesgo; la conducta reprochable sólo podría llegar hasta el hecho de no usar de un método anticonceptivo eficaz, o no tomar las medidas preventivas y tratamientos médicos necesarios para evitar la transmisión al bebe; es en estos comportamientos en los que podríamos encontrarnos con una de las *“prácticas mediante la cuáles pueda contaminar a otra persona”* de las que habla el artículo 370 del Código Penal.

2.2.3 El Tipo Subjetivo. Hablamos del tipo subjetivo para referirnos a aquel elemento de la conducta punible que está relacionado con el propósito y la intención concreta del autor al momento de llevar acabo el delito. En otras palabras, el tipo subjetivo, o aspecto subjetivo del tipo, hace referencia al dolo y a otros elementos subjetivos diferentes de éste, entre los cuales encontramos los especiales elementos subjetivos, y los elementos del ánimo o de la actitud.⁵⁰

⁵⁰ Infra. En este mismo capítulo.

Esta noción de dolo de la que hablamos cuando nos referimos al elemento subjetivo del tipo, es una noción de dolo avalorada, es decir, no incluye el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. El dolo en el cual hay conocimiento de la antijuricidad se conoce como *dolo valorado* pero a este se hace referencia sólo en relación con el concepto de culpabilidad de la conducta, él cual trataremos más adelante.⁵¹

El Dolo es predicable de todos los tipos penales, toda vez que cuando el legislador tipifica una conducta como punible, parte de la base de que el que la realiza ha tenido la intención de causar un daño a un bien jurídico, o no ha hecho nada para evitarlo, estando en sus manos hacerlo. El artículo 22 del Código Penal define la conducta dolosa como aquella en la que: “el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”

Según la anterior definición, el dolo está constituido por dos elementos esenciales: uno intelectual y uno volitivo, es decir, el autor debe ser consciente de sus acciones y del desarrollo de estas, y querer su resultado:

El dolo implica por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de la infracción penal con el correcto conocimiento de las circunstancias que integran la descripción típica.

(...)

⁵¹ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., p. 279

Hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley, sabiendo que lo hace y queriendo llevarla a cabo.⁵²

Veamos entonces como se desarrollan estos dos elementos en la conducta objeto de esta tesis:

- a. Elemento intelectual o cognitivo: entendemos por éste que el autor de la conducta debe comprender no sólo las circunstancias del hecho, sino además tener la capacidad de prever su desarrollo, su posible resultado y saber que todo esto es proveniente de su propia acción.

En la realización de prácticas mediante las cuales se pueda contaminar a otro con la infección del VIH/SIDA el elemento cognitivo está representado en dos circunstancias a saber:

- La primera se encuentra descrita en la primera frase del tipo “el que después de haber sido informado de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH)(...)”, y no es otra que el conocimiento certero de que se es portador del virus. El artículo es muy claro al decir que la persona debe haber sido informada de estar infectada; esto implica un grado de certeza en ese conocimiento, que sólo puede ser dada en este caso específico por un examen de laboratorio idóneo que confirme que la persona es seropositiva. Sólo con

⁵² VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., p. 278

este grado de certeza que nos da la ciencia podríamos decir que hay un verdadero conocimiento de uno de los hechos constitutivos de la conducta punible más importantes para que se configure el elemento subjetivo de esta figura legal. Esta circunstancia trae consigo un complicado problema probatorio, que ha sido una de las grandes críticas hechas a esta consagración penal. ¿Cómo probar que la persona conocía de su estado seropositivo sin un examen de sangre en su posesión que lo compruebe?

Es bastante complicado llegar a probar que una determinada persona ya se había hecho en algún momento anterior a la conducta riesgosa un examen del SIDA. Los resultados de estos exámenes son confidenciales debido al derecho de las personas a la intimidad, siendo muchos anónimos en muchos centros de salud, en consideración del estigma que significa la enfermedad. En la eventualidad de un proceso penal en el que se pretenda probar el conocimiento por parte del sujeto activo de su calidad de seropositivo al momento de la comisión del hecho punible, sería bastante complicado para la contraparte conseguir una prueba lo suficientemente confiable para demostrar estos hechos, sin violar en el proceso los derechos fundamentales del acusado a la intimidad y a la confidencialidad. Incluso en el supuesto de que fuera posible hacer esto por medio de una orden judicial, ¿Cómo saber a que centro médico pudo haber acudido la persona para hacerse la prueba? El proceso sería extremadamente dispendioso. La única forma de probar el supuesto de hecho sería entonces que la condición del agente como seropositivo fuera ya de público conocimiento. Como vemos, el problema probatorio en esta materia es bastante complejo.

- La segunda circunstancia en este elemento intelectual del dolo, es el conocimiento de que la conducta realizada porta el riesgo de transmitir la infección. Las conductas de riesgo para este tipo penal son fácilmente determinables a través de los medios de transmisión, y el legislador también se ha encargado de enumerar algunas de ellas en la descripción típica. Adicionalmente, hoy en día, a través de las campañas publicitarias de prevención y de la gran relevancia que ha tomado esta enfermedad para la sociedad, podemos decir que la mayoría de las personas saben cuales son los principales medios de transmisión del virus. Es importante aclarar que no cualquier tipo de conducta relacionada con un seropositivo puede ser considerada como de riesgo; el comportamiento imputado debe contener un riesgo real de contaminar a otros.⁵³

Así las cosas, este segundo requisito del elemento intelectual del dolo se da cuando el infectado es plenamente consiente que la conducta que desarrolla es manifiestamente riesgosa y pone en peligro de contaminación a terceros, lo que significa, que tiene conciencia de que con su comportamiento puede causar un daño a otros.

- b. Elemento volitivo: este elemento es esencial para la existencia del dolo, toda vez que no basta con el conocimiento de los hechos y la previsión de su desarrollo (elemento intelectual o cognoscitivo), es necesario además que el

⁵³ Supra, Capítulo II, Tipicidad de la conducta, El comportamiento, pp. 76 y ss.

agente quiera su realización, es decir, que tenga una voluntad y decida ejecutar la conducta típica a pesar de saber los resultados que esta puede traer.

Bajo estos criterios, la persona seropositiva, que conoce con certeza su estado de portador del virus y es consciente de que los actos que realiza constituyen una práctica mediante la cual puede efectivamente contaminar a otra persona, como por ejemplo sería el tener una relación sexual sin protección, y a pesar de este conocimiento de las circunstancias y sus posibles resultados decide tener relaciones sexuales sin preservativos, completa así el segundo elemento del dolo, el elemento volitivo, y su acción se vuelve en ese momento punible a la luz de nuestro ordenamiento legal.

En una situación como la anteriormente descrita el dolo se presenta de manera directa, el querer del sujeto activo está claramente encaminado a la realización de la conducta, pero no siempre ocurre de este modo. El dolo en el elemento subjetivo del tipo puede también presentarse de una forma más indirecta, a través del elemento volitivo al cual nos estamos refiriendo. Hablamos pues del llamado *Dolo eventual*. Decimos que hay dolo eventual “cuando el agente asume como probable la realización del tipo penal, con el consiguiente menoscabo para el bien jurídico tutelado, y, a pesar de ello, sigue actuando para obtener el fin perseguido.”⁵⁴ En este tipo de dolo la realización de la conducta punible y sus consecuencias no han sido tomadas como algo totalmente seguro por el autor,

⁵⁴ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., p. 281.

pero se han dejado al azar las posibles consecuencias. Aún así, el agente ha previsto como probable la realización del tipo penal, y a pesar de esto no ha hecho nada para evitarlo o cambiar su resultado, razón por la cual en este tipo de circunstancias también se cumple con los requisitos para completar el elemento volitivo y así configurar el dolo en la conducta,⁵⁵ toda vez que ya hemos visto que según el artículo 25 del Código penal, la acción punible puede ser realizada por acción o por omisión, y podríamos decir que el dolo eventual es el tipo de omisión a la que se refiere esta norma.

Un ejemplo de dolo eventual en la materia que nos ocupa, sería el de una persona que sin conocer su estado de seropositividad hace una donación en un banco de semen, pero que más adelante, al ser informado de su estado, sabiendo que su semen puede estar infectado y contaminar a otros, no comunica dicha circunstancia al banco, dejando al azar las consecuencias. En la situación descrita el dolo es eventual, puesto que el autor no tiene una plena certeza de que su semen será utilizado por alguien, tal vez nunca sea seleccionado, pero sabiendo que existe así sea mínima, una posibilidad de que vaya a ser utilizado y el riesgo que esto implica, deja al azar las consecuencias, es decir, incurre en lo que la doctrina también denomina como una infección por omisión, equivalente al concepto de dolo eventual que hemos mencionado: “Concurre una infección por omisión cuando una persona infectada establece con otra un contacto que entraña peligro de contagio sin advertirle, como sería su deber, del riesgo de infección.”⁵⁶

⁵⁵ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., p. 282

⁵⁶ SHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit. p. 249

Queda claro entonces que para que se configure el tipo subjetivo necesario para que haya punibilidad de la conducta, deben cumplirse dos requisitos por parte del sujeto activo, esto es, el conocimiento de los hechos y de su posible resultado, y su voluntad de realizarlos o de no evitarlos.

Una vez aclarado el concepto de dolo implicado en el tipo subjetivo, veamos ahora los elementos subjetivos diferentes al dolo que mencionamos con anterioridad, especificando que podíamos clasificarlos en dos grupos: los especiales elementos subjetivos y los elementos del ánimo.

Los especiales elementos subjetivos son aquellos “suponen en el autor un determinado propósito o intención, una motivación o un impulso”⁵⁷, es decir, que el autor de la conducta actúe con un propósito o fin específico, como por ejemplo puede ser el obtener un provecho para si o para otro. No toda figura penal cuenta con estos especiales elementos subjetivos, para que los haya deben encontrarse expresamente consagrados en la norma. El artículo 370 del Código penal que consagra la penalización por la transmisión del VIH/SIDA no cuenta con este tipo de elementos.

En algunos tipos penales aparecen también los denominados elementos del ánimo, los cuales se refieren a una actitud con la cual el sujeto realiza la conducta,

⁵⁷ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., p. 283.

como por ejemplo la sevicia.⁵⁸ No encontramos tampoco este tipo de elementos en nuestro artículo en estudio.

2.3 DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DE LA CONDUCTA

Al crear los diferentes tipos penales el legislador ha pretendido cobijar las descripciones de los diversos hechos punibles que pueden llegar a ser cometidos por las personas y la forma en que estos se han de desarrollar para ser considerados como reprochables por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, ocurre a veces que estas descripciones no son suficientes para cobijar todas las posibilidades que pueden surgir de estos hechos, toda vez que no siempre la actividad iniciada por el sujeto activo logra concluirse y consumir el hecho punible al cual se ha encaminado la voluntad del agente a pesar de su indudable intención de conseguir el resultado; así mismo, existen ocasiones en las cuales para lograr la adecuada ejecución de un hecho punible, debido a su complejidad, es necesaria la colaboración de varias personas para lograr conseguir el objetivo esperado.

La práctica ha demostrado que es bastante común que esta clase de sucesos se presenten dentro del desarrollo de las conductas punibles. Bajo estas circunstancias, y frente a la necesidad de que tales situaciones no queden impunes por cuánto la mayoría de las veces a pesar de no lograr su real propósito llegan de todas formas a ocasionar daños a bienes jurídicos tutelados, el ordenamiento penal se ha visto en la tarea de trascender a un plano más

⁵⁸ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., p. 283.

profundo, ampliando la esfera de los tipos penales comunes mediante la creación de figuras aplicables a todos ellos. Así las cosas, se ha logrado acrecentar el normal alcance de los tipos penales, describiendo fases del comportamiento previas al hecho punible descrito, o señalando hipótesis de una intervención plural de sujetos no exigida concretamente en el tipo penal, y determinando las consecuencias jurídicas para uno y otro caso.⁵⁹

Con lo anterior nos referimos a los denominados dispositivos amplificadores de la conducta, los cuales analizaremos detenidamente en este capítulo específicamente en relación con la penalización por la transmisión del VIH/SIDA.

2.3.1 La tentativa. Cuando el comportamiento de una persona se ajusta a la descripción de un tipo determinado dentro del campo del derecho penal, se parte de la base de que este ha cumplido con la finalidad buscada con su actuación y de la misma manera ha cumplido con las exigencias requeridas para que se configure el tipo penal respectivo y por lo tanto, se aplicará para estos casos una sanción legal previamente determinada para la figura que se ha perfeccionado; Sin embargo y tal como se mencionó anteriormente, existen casos en donde la acción delictiva puesta en marcha por el agente, y pese a su indudable intención, no llega a la meta esperada por causas ajenas a la voluntad del sujeto, pero aún así vulnera o pone en peligro un bien jurídico tutelado, razón por la cual no debería quedar impune, y precisamente por esto se ha creado la figura de la tentativa, la cual salva de la impunidad a estos intentos fallidos de dañar a otros. Aún así, cabe

⁵⁹ REYES, Alfonso. Op cit., 1998

aclarar que la tentativa en ningún momento equivale a un tipo penal nuevo diferente del que prevé el tipo a desarrollar por el sujeto activo, si no que se trata de una figura que extiende la tipicidad básica, es decir, se trata de "La ejecución incompleta de la conducta tipificada en la ley"⁶⁰

El Código Penal Colombiano en su artículo 27 define la tentativa de la siguiente manera:

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada...”

La definición arrojada por este artículo, nos deja en claro los tres elementos esenciales que se deben presentar para que la conducta del sujeto activo pueda ser considerada como tentativa de un delito determinado, los cuales son:

- que el sujeto activo de comienzo a la ejecución de un hecho punible,
- que su comportamiento este inequívoca e idóneamente dirigido a lograr el resultado que se propone, y
- que este resultado, legalmente exigible para la plena consumación del tipo, no se logre por situaciones ajenas a su voluntad.

⁶⁰ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 423 y ss

El proceso delictual se divide en cuatro situaciones diferentes: la manifestación del pensamiento, la preparación, el comienzo de la ejecución y por último la consumación. La tentativa entonces, es una figura que castiga aquellas actuaciones que ya iniciaron un proceso externo, inequívocamente dirigido a la ejecución de un delito determinado, pero que por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo no lograron la consumación del delito.

Es claro entonces que, para que haya tentativa tiene que haberse iniciado la manifestación externa encaminada a la realización de una conducta punible, no simplemente haberla planeado o deseado. Mientras la etapa delictual se encuentre dentro de la manifestación del pensamiento o en actos preparatorios no podrá ser relevante desde el punto de vista jurídico por muy inmoral que sea:

Las ideas, deseos, propósitos o resoluciones delictuosas que no se reflejan en actos exteriores no constituyen en ningún caso delito alguno, puesto que no pueden considerarse como delitos sino aquellos actos que perturban el orden jurídico externo, no puede por consiguiente ni siquiera discutirse la punibilidad del pensamiento íntimo. La resolución, aun expresada de viva voz, de cometer un acto criminoso, no alcanza a integrar la figura de la tentativa, puesto que no constituye un principio de ejecución del delito pensado o deliberado, puesto que no establece de manera cierta la intención de ejecutarlo y por que no perturba efectivamente el goce de ningún derecho o bien jurídico garantizado por la sociedad⁶¹

Teniendo en cuenta los elementos constitutivos de la tentativa y en general los lineamientos anteriormente expuestos, debemos entrar a analizar si esta figura es

⁶¹ LOZANO, Carlos. "El Delito Imperfecto" Edit, Jurídica Colombiana, 1992. pp. 175 y ss

aplicable o no al delito de propagación del VIH, teniendo en cuenta que esta no es empleable respecto de todos los tipos penales.

La tentativa como dispositivo amplificador de la conducta solo es susceptible de punición respecto de las conductas dolosas, quedando de esta manera excluidos todos aquellos tipos que contemplen conductas imprudentes. Sin embargo, existe una variedad de excepciones que demuestran que no en todos los casos donde se presenta un tipo doloso es aplicable la tentativa, dado la diferente forma en que se perfecciona cada uno de ellos; Tal es el caso del tipo descrito por el artículo 370 que tipifica la propagación del VIH, dentro del cual se consagran diferentes conductas de mero comportamiento, dentro de las cuales aplicar la figura de la tentativa es improcedente.

De acuerdo a como se encuentra redactado el tipo en mención, se consagran como conductas necesarias para el perfeccionamiento del tipo, la donación de sangre, semen, órganos y componentes anatómicos y en general cualquier práctica mediante la cual una persona a sabiendas que está infectada pueda poner en peligro de contaminación a otro.

Respecto a la donación de sangre, semen, órganos y componentes anatómicos en general, se hace necesario, con el fin de lograr claridad respecto a la imposibilidad de la aplicación de la figura de la tentativa, tener en cuenta el comienzo de la ejecución y consumación del tipo.

Primero que todo debemos resaltar que en Colombia el único paso a seguir con anterioridad a las donaciones de sangre, órganos y semen, es el diligenciamiento de un formulario de autorización por parte del donante, el cual se encuentra unificado a nivel local. Los análisis para la exclusión de enfermedades transmisibles se realizan con posterioridad a la donación.

Algunos afirman que en el momento en que una persona portadora del virus del VIH consciente de su condición, llena el formulario requerido con anterioridad a la donación de sangre, semen u órganos, o cuando esta persona participa o simplemente hace la fila para participar en una campaña de donación de sangre masiva, las cuales se realizan comúnmente en lugares públicos y en las que cualquier persona teniendo el peso requerido puede participar sin siquiera dar una información anterior; y no llega a realizarse la donación por alguna circunstancia ajena a la voluntad de este agente, se ha dado ya de cualquier forma una tentativa del delito descrito por el artículo 370 del Código Penal, toda vez que ya ha existido la voluntad por parte del sujeto activo de realizar la figura penal, y por lo tanto, si esta persona no logra realizar su cometido (la donación) por motivos ajenos a su voluntad, se cumpliría con lo consagrado en el artículo 27 del Código, ya citado, es decir, se reunirían supuestamente los requisitos esenciales para el perfeccionamiento de la figura de la tentativa de propagación del VIH como dispositivo amplificador de la conducta.

Es importante en estos casos tener en claro cuales son los elementos esenciales que configuran la tentativa, y su alcance de acuerdo con la descripción hecha por

el Código Penal, puesto que deben presentarse plenamente cuando se pretenda aplicar esta figura. Tal y como se encuentra redactado, el tipo Penal de propagación del VIH es un tipo de mero comportamiento, en el cual el simple hecho de la expresión de la voluntad por parte del agente genera el perfeccionamiento del tipo. Así las cosas, es posible que con anterioridad a que la persona infectada ponga en peligro a un tercero a través de la donación, realice ciertos actos que pese a que puedan encontrarse encaminados a la configuración del tipo, no presentan todos los componentes necesarios para la aplicación de la figura de la tentativa.

Que una persona llene un formulario de donante, o que simplemente se encuentre dentro de la fila de donantes cuando haya una campaña en algún lugar público, los cuales podrían ser los únicos actos de ejecución que se presentan con anterioridad a la consumación del tipo, no configura el requisito de univocidad de los actos, el cual se requiere para que exista tentativa. Este requisito implica que los actos del agente deben encontrarse inequívocamente dirigidos a la consumación del delito, entendiéndose por inequívocamente que "no haya lugar a dudas o a conjeturas de que el acto cuya ejecución a comenzado se dirige a la consumación de las exigencias típicas."⁶²

En este orden de ideas, podemos afirmar que los hechos que se lleguen a presentar con anterioridad a que se realice efectivamente la donación de órganos,

⁶² VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 423 y ss.

sangre, semen o en general de cualquier componente anatómico, no cuentan con el esencial requisito de univocidad, toda vez que no permiten apreciar con certeza si están encaminados a la consumación del tipo o simplemente se trata de una acción indiferente en la cual el autor no va a persistir en su propósito criminoso. Este tipo de acciones dejan en tela de juicio la voluntad del potencial agente, no nos dejan ningún tipo de certeza sobre sus reales intenciones, ya que podrían conducir tanto a un delito como a un acto inocente, generando juicios equívocos y dudosos, lo que hace improcedente la aplicación de la tentativa.

Frente a las demás conductas de riesgo a las que se refiere el tipo de propagación del VIH, diferentes a las donaciones de sangre, semen, etc. también se presenta el mismo problema al momento de querer aplicarse la figura de la tentativa. Los actos que se realicen con anterioridad a la actividad de riesgo por medio de la cual se configura el tipo se encuentran llenos de dudas, por ser la propagación del VIH/SIDA un tipo de mero comportamiento, en el cual los actos anteriores a la consumación no gozan de la certeza necesaria para poder asegurar que están encaminados a la consumación del delito; podría incluso decirse que se trata más de actos de preparación que de ejecución, por tratarse de actos equívocos en los cuales se confunde la voluntad del agente respecto a la intención con que desarrolla sus acciones.

2.3.2 Concurso de personas en la conducta punible. Tal y como lo mencionamos al principio de este capítulo, existe la posibilidad de que un hecho punible, debido

a su complejidad, deba ser realizado por varias personas, sin necesidad de que la redacción del tipo haga explícito el requerimiento de un sujeto plural.

Delitos como el homicidio, las lesiones personales, entre otros, describen actuaciones realizadas por una sola persona; sin embargo, frente a una realidad que demuestra que el hombre no suele actuar solo y que en diversas ocasiones la consumación de un delito se logra gracias a la intervención de varias personas, el legislador ha contemplado la pluralidad de sujetos en la conducta punible como un dispositivo amplificador del tipo, a través de los artículos 28, 29 y 30 del Código Penal, permitiendo de tal manera ampliar el marco de su aplicación a personas que con su sola y aislada actuación no se ajustarían a la acción descrita por un tipo, más tomando la actuación de todas ellas en conjunto, podemos encontrar una conducta subsumible en el tipo penal.⁶³

De acuerdo con el Estatuto Penal actual, además de la autoría y la coautoría, existen formas de coparticipación dentro de una conducta punible las cuales son la determinación y la complicidad. Veámoslas pues en detalle:

a) Autoría

Se entiende por autor, aquella persona que realiza la conducta descrita por el tipo penal, llevando a cabo la acción u omisión referida en el verbo rector, ya sea en

⁶³ REYES, Alfonso. Op cit., pp. 135 y ss.

forma directa o valiéndose de algún instrumento de ayuda.⁶⁴

De acuerdo con esta definición, el autor, o también llamado sujeto activo o agente, será autor inmediato cuando realice la conducta típica de manera directa o inmediata, o será autor mediato cuando, pese a tener el dominio del hecho típico, lo realiza por intermedio de otra persona que actúa como un mero instrumento por tener su voluntad bajo dominio del sujeto activo.

Así bien, si en la mayoría de los tipos penales el autor podría ser cualquier persona, existen otros, como es el caso del consagrado en el artículo 370 del Código Penal, en los que el legislador ha decidido limitar la autoría del hecho punible a personas con ciertas características (lo cual es discutible tal como ya lo hemos anotado anteriormente)⁶⁵. El tipo penal de propagación del virus del VIH y de la Hepatitis B, tiene un sujeto activo calificado, lo cual limita la autoría a las personas que cumplan con las características dadas por el legislador. Con la ausencia de cualquiera de estos requisitos en el agente no es posible la configuración del tipo.

Será autor inmediato entonces, por ejemplo, la persona que a sabiendas de ser portadora del virus, tenga relaciones sexuales con otra sin la protección adecuada y sin haber informado a ésta del riesgo que corre, toda vez que “el dominio del conocimiento concurre en todo caso cuando sólo el hombre atrás, por su superior

⁶⁴ REYES, Alfonso. Op cit., pp. 99

⁶⁵ Supra, Capítulo II, Tipicidad de la Conducta, El Sujeto Activo, pp. 67 y ss.

conocimiento, y no el instrumento, actúa con dolo respecto de la lesión del bien jurídico”⁶⁶. Así las cosas, “la falta de información al partner sexual acerca de la propia infección fundamenta una imputación a título de autoría, si sobre esa base cabe afirmar en el ya infectado el dolo de infectar y negarlo a su pareja”⁶⁷

Así mismo, también será autor inmediato aquel infectado que comparta sus agujas con otros, o en general la persona que realice cualquier actividad riesgosa que pueda llegar a contagiar a otra persona, además de las donaciones de sangre, semen, órganos o de cualquier componente anatómico descritas por el tipo.

De la misma manera, será autor mediato por su parte, aquel agente que utilizando como instrumento a otra persona que se encuentra contagiada por el virus del VIH, la forza a que ponga, mediante cierta práctica riesgosa, a otra persona en peligro de contagio.

b. Coautoría

Surge el fenómeno de la coautoría cuando varias personas, mediante previo acuerdo, llevan a cabo un hecho punible actuando mancomunadamente como autores, aportando cada uno una contribución objetiva para su realización. Cuando se presenta la coautoría, existen dos o más autores del hecho punible, cada uno de los cuales tiene el dominio de un suceso o etapa de la ejecución, como parte de un todo desarrollado en unión con el otro u otros.

⁶⁶ SHÜNEMANN Bernd, *Op cit.*, p. 239

⁶⁷ SHÜNEMANN Bernd, *Op cit.*, p. 239, 240

La coautoría requiere de dos condiciones:

- que exista un acuerdo anterior a la realización del hecho punible entre cada uno de los coautores en virtud del cual cada uno de ellos se comprometa a llevar a cabo una respectiva tarea que les permita en conjunto llevar a cabo el delito. La responsabilidad de cada coautor se limitará al delito colectivo, salvo que se den excesos o hechos que vayan mas allá del plan acordado, caso en el cual estos excesos solo afectarán al que los haya realizado.
- En segundo lugar, se requiere que exista un "dominio funcional del hecho", en virtud del cual cada uno de los coautores sea pieza esencial al momento de llevarse a cabo el plan acordado.⁶⁸

Frente al tipo de propagación del VIH, la figura de la coautoría presenta el mismo problema que la figura de la autoría mediata; el delito de propagación del VIH/SIDA exige para su perfeccionamiento un sujeto activo calificado que cumpla con ciertas calidades, lo que hace imposible la presencia de la coautoría toda vez que no es posible que haya un dominio del hecho de manera colectiva, puesto que no es posible la distribución de tareas para lograr el cometido final, es decir, poner en peligro a terceros o efectivamente transmitir la enfermedad a estos, como si lo habría en el caso del hurto de un supermercado en donde los asaltantes - coautores- se reparten las tareas como controlar a las personas que

⁶⁸ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 444 y ss

se encuentran en el supermercado, tomar el dinero de las cajas, detener a los celadores, etc.

c. Determinador

El determinador, o también llamado instigador, es aquella persona que induce o disuade a otra persona para que realice un delito. Es quien gesta la idea y la transmite al autor del delito.

La diferencia de esta figura y la del autor mediato, radica en que en ésta última, la persona utilizada como instrumento no se encuentra en condiciones de decidir al momento de llevar a cabo la conducta punible, sus actos son consecuencia de una imposición, mientras que entre el instigador y el autor principal existe una relación que le permite a este último decidir si realiza o no el hecho punible, a pesar de las insinuaciones u ordenes que pueda darle el determinador.⁶⁹

Para que la instigación se configure y sea penalizada, es necesario que la conducta punible realizada por el autor principal sea consecuencia de la acción realizada por el instigador o determinador, el cual valiéndose de medios como el mandato, los consejos, la coacción, las órdenes, las amenazas, la violencia, las promesas o en general de cualquier medio eficaz para alcanzar el hecho perseguido, impulsa al autor a llevar a cabo la acción típica antijurídica y culpable.

⁶⁹ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 444 y ss.

Así mismo, también es necesario que el determinador actúe con dolo, es decir, que su intención se encuentre dirigida a que el autor principal cometa el hecho punible, el cual debe consumarse o al menos alcanzar el grado de tentativa. La acción del instigador debe ser la que convenza o determine al autor a llevar a cabo el hecho delictuoso, es decir, en el caso de que se indujera a una persona que ya se encuentra decidida a cometer el delito al cual se le pretende inducir, el actuar del supuesto instigador estaría exento de responsabilidad, por tratarse de actos inidóneos, frente a los cuales no se admite la figura del determinador.⁷⁰

En el delito de propagación del VIH, la figura de la determinación puede presentarse en todas sus formas.

El primer tipo de determinación que se puede presentar es la determinación o instigación simple; en este tipo de determinación actúa como determinador una sola persona. Tomemos como ejemplo el caso de una persona que conoce la situación de seropositividad de otra, la cual a su vez también es consciente de su estado. Supongamos que esta persona no infectada impulsa al portador del virus a donarle sangre a su abuelo enfermo de quien espera la herencia.

Otro tipo de determinación que puede darse frente al delito de propagación del VIH, es la "coinstigación", figura en la cual el instigador es más de uno. Sería este el caso de un grupo de amigos que se ponen de acuerdo para convencer a un tercero seropositivo, de que tenga relaciones sexuales con un tercero con el fin de vengarse de este. Si el agente infectado por el virus del VIH logra ser convencido

⁷⁰ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 444 y ss.

por el grupo de amigos que actúan de una manera dolosa, de realizar el hecho pretendido, y finalmente cumple con tal misión, se dará paso a la figura de la "coinstigación" y tanto el grupo de amigos, por ser los autores intelectuales, como el portador del virus, por ser el autor material, responderán de la misma forma ante la justicia penal.

Es claro entonces que es posible encontrar la figura de la determinación en la ejecución del delito de propagación del VIH. Sin embargo, es necesario que el instigado, es decir el autor principal o directo del hecho punible, cumpla con los requisitos exigidos por el tipo para su configuración, esto es, que sea portador del virus del VIH y que conozca dicha situación. De no ser así, no contaría con las características del sujeto calificado descrito por el artículo 370 del Código Penal, y no habría lugar para el perfeccionamiento del delito.

d. Complicidad

Según el artículo 30 del Código Penal, entendemos como cómplice a "quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior por concierto previo o concomitante a la misma". Esta contribución a través de la cual se apoya el hecho del agente, puede ser tanto física como intelectual, y de carácter previo, concomitante o posterior.

No debemos confundir la figura de la complicidad con la de la coautoría. El papel del cómplice se limita simplemente a coadyuvar en el hecho punible realizado por el autor o coautores, sin que éste tenga algún tipo de dominio sobre la acción

delictiva, como si lo tienen los coautores de forma mancomunada. Aún así, la actuación del cómplice, al igual que la del determinador, debe ser dolosa y debe existir un vínculo entre esta y el hecho principal realizado por el autor.

Existen dos clases de complicidad:

- a. Primaria o necesaria, la cual es tan importante en el desarrollo de la acción, que sin su aporte no se hubiera logrado llegar a la consumación del hecho punible
- b. Accesorio o secundaria, en la cual la actividad realizada por el cómplice tiene poca importancia, ya que el agente hubiera podido consumir el delito aún sin esta colaboración.

Frente al delito de propagación del VIH puede presentarse la complicidad en todas sus formas, siempre y cuando, al igual que en la determinación, el autor directo o material cumpla con los requisitos del sujeto activo calificado exigidos por el tipo del artículo 370 del Código Penal.

Sería cómplice por acción entonces, aquella persona que accede a tener relaciones sexuales con su novio seropositivo, estado del cual ambos son conocedores, sin importar el riesgo en el que incurren, ni la propagación de la enfermedad que se puede ocasionar.

Si bien hay autores como Pedro Alfonso Pabón que afirman que “el consentimiento del sujeto pasivo frente a la conducta de propagación del VIH es una causa de ausencia de responsabilidad por parte del agente ya que este voluntariamente permite la vulneración de su derecho, eliminando el delito por falta de antijuridicidad en la conducta del agente”⁷¹

Sin embargo, dicha afirmación nos parece ligera en su juicio en lo referente a la propagación del VIH/SIDA. Bien hemos dicho que el artículo 370 del nuevo Código Penal se encuentra consagrado dentro del capítulo de los delitos contra la salud pública, pues es este el bien jurídico que el legislador consideró por diversos motivos vulnerado con este tipo de acciones. Colombia es un estado social de derecho, en donde el interés general se encuentra por encima del individual, y por tal razón, la salud pública se encontrará siempre por encima de la individual, más aún si tenemos en cuenta las graves consecuencias a gran escala que ha traído el virus del VIH y la rapidez con la que sigue esparciéndose mundialmente la epidemia.⁷²

Así las cosas, el bien jurídico protegido por nuestro tipo en estudio es **irrenunciable** e **indisponible** por parte de los particulares, quienes por respeto al principio constitucional de solidaridad deben responsabilizarse por su propio cuerpo y evitar la expansión de un mal de tan nefastas consecuencias, el cual la

⁷¹ PABON PARRA, Pedro Alfonso, “Comentarios al Nuevo Código penal Sustancial: Análisis Comparado de la Ley 599 de 2000 y legislación anterior”, Bogotá, 2001, p. 165. Ver también, ONUSIDA, *Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*, Ginebra, 2002, p. 11

⁷² Supra, Capítulo I, Estadísticas, pp. 15 y ss

sociedad se encuentra tratando de detener por todos los medios posibles. No debe entonces considerarse como eximente de responsabilidad en el caso de propagación del VIH/SIDA el haber existido consentimiento por parte del sujeto pasivo al momento de realizarse la conducta típica.

Aquel portador del VIH/SIDA que conozca su estado y ponga en riesgo de contagio a otros será responsable penalmente por su conducta; así mismo, debe ser responsable por complicidad necesaria, aquella persona que conociendo el estado de seropositividad de otro, de su consentimiento para la práctica de conductas que podrían ocasionar su contagio, toda vez que tanto uno como otro están poniendo en peligro el bien jurídico tutelado de la salud pública. Esto no es, ni nunca será una cuestión de disposición de la propia salud y el propio cuerpo. La salud pública no puede ser puesta en riesgo por la voluntad de unos cuantos faltos de conciencia, no puede ponerse a disposición del particular el bienestar del grupo social. El VIH/SIDA es una epidemia que amenaza con ser la gran plaga de nuestros tiempos, y cada nuevo infectado es un potencial agente transmisor, que en un futuro puede contribuir a la expansión de la enfermedad y aumentar el grave peligro que corre la salud pública y la sociedad en todos sus campos.

La complicidad por omisión también puede presentarse en la propagación del VIH/SIDA. Es así el caso de un enfermero que conociendo que un donante de sangre es seropositivo, no informa de esta circunstancia a los miembros del laboratorio o entidad médica, convirtiéndose así en cómplice por omisión, al no evitar, pudiendo hacerlo, poner en peligro a terceros con la sangre infectada.

2.3.3 Responsabilidad de los profesionales que desarrollan actividades de alto riesgo de contagio. Tal y como se ha venido mencionando, el tipo penal de propagación del VIH exige para su configuración un sujeto activo o autor directo específico, ya que es necesario que éste cuente con unas características especiales para poder ser el protagonista de este delito. Así lo expresa claramente el artículo 370 del Código Penal: “...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”. [negrillas y subraya fuera del texto]

Tal y como se encuentra redactado el tipo actual por propagación de esta enfermedad, sin la presencia de estas 2 calidades (estar infectado y saberlo) es imposible imputar a alguien la conducta descrita por el artículo en mención. Pero, ¿en donde queda entonces la responsabilidad de las personas que pese a no ser portadores de la enfermedad, son los causantes del contagio de otros debido a una negligencia o una falta de cuidado en el desarrollo de sus actividades, como por ejemplo un tatuador o un médico?, ¿no responden penalmente por sus acciones estas personas? ¿Por qué ha dejado el legislador a estas personas por fuera de la responsabilidad de propagación del VIH/SIDA, si desarrollan actividades en las cuales constantemente trabajan con conductas y medios de riesgo como lo son las agujas, los instrumentos quirúrgicos, sangre, órganos, etc.? ¿no es tan responsable el enfermo que sabiendo su condición realiza prácticas mediante las cuales puede contaminar a otro, como aquel que teniendo la posibilidad de evitar estos contagios mediante el examen anterior de cualquier

fluido o la utilización de utensilios desechables o esterilizados, actúa con negligencia y no lo hace?

Como se mencionó al inicio de esta tesis, al referirnos a los antecedentes del tipo penal en estudio, el Decreto 1543 de 1997 consagra el deber por parte de la persona infectada de dar aviso de tal situación a su pareja, y de la misma manera le exige abstenerse de donar sangre, semen, órganos o en general cualquier componente anatómico, so pena de iniciarse en su contra un proceso penal por propagación de epidemia. Este Decreto también consagró el deber de toda la población de evitar la transmisión del VIH mediante la prevención y el auto control, a la vez que estableció los diferentes deberes de los profesionales de la salud y de las entidades de salud públicas y privadas frente a las personas VIH positivas, como la confidencialidad, el deber a la información, la no discriminación etc. so pena de incurrir en alguna sanción por parte de las autoridades sanitarias como multas o la pérdida de la licencia profesional.

Sin embargo, la responsabilidad penal de las personas no infectadas que pudieran infectar o poner en riesgo de infección a otros no fue contemplada por el legislador en ese entonces, como tampoco lo fue más adelante en la consagración del actual artículo 370 del Código Penal. Parece ser que el legislador olvidó hacer un estudio más complejo sobre el tema, para llegar a la redacción de un tipo que consagrara todas las circunstancias que se pueden presentar mediante las cuales se puede poner en peligro la salud pública mediante la propagación del VIH/SIDA, lo cual puede ocurrir no sólo por responsabilidad del portador de la enfermedad.

Ha debido ser más reflexivo el legislador frente a este delito y consagrar algo más que unas simples medidas sanitarias o pecuniarias en su propósito de que los no infectados cumplan con los deberes del Decreto 1543 de 1997. Hoy en día hay muchos campos profesionales en donde se manejan altos niveles de riesgo para la transmisión de la enfermedad, debido a que se trabaja permanentemente con medios y conductas de riesgo en donde en el desarrollo de sus actividades diarias se hace necesaria la utilización de implementos que tienen contacto directo con fluidos, tales como agujas o instrumentos quirúrgicos, o aún más, actividades en las que se pone a otros en contacto directo con sustancias que pueden estar infectadas, como en el transplante de órganos y la transfusión de sangre ¿no deberían responder también penalmente estas personas por causar o no evitar la infección de otro, más aún si tenemos en cuenta el deber de cuidado y la especial responsabilidad que genera la profesión que ejercen?⁷³

Aún así, pese a que fue inapropiado por parte del legislador dejar por fuera del artículo 370 a sujetos primordiales frente a la transmisión del VIH como lo son los profesionales de la salud y en general a todos los profesionales cuya actividad implique un alto riesgo de contagio, gracias al delito consagrado en el artículo 369 del Código Penal, estas personas deberán al menos responder como responsables por el delito de propagación de epidemia, el cual establece que "El que propague epidemia incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años"

⁷³ Supra, Capítulo II, Tipicidad de la conducta, El Sujeto Activo, pp. 67 y ss.

Podríamos decir que el artículo 369 llena de alguna forma el vacío que ha dejado el artículo 370, pero al haber consagrado una pena menor para la propagación de epidemia que para la propagación del VIH/SIDA, deja de todas formas un sabor amargo para quienes consideramos que hay igual responsabilidad si no más, en aquellos que trabajan para la comunidad y soportan un deber de cuidado, que en aquellos que se encuentran infectados y lo saben, razón por la cual deberían responder ante la sociedad con la misma severidad. Tal y como se está tratando el tema hasta el momento, podría llegar a parecer que el hecho mismo de ser portador de la enfermedad es ya un delito, lo cual solamente aumenta el estigma que persigue a las víctimas de este virus y aumenta los tabús que giran en torno a estas personas, lo cual como ya hemos explicado es bastante nocivo para la detención de la epidemia.⁷⁴

No se entiende porque la responsabilidad de las personas que desarrollan su profesión a través de conductas de alto riesgo es tratada con menor severidad por el ordenamiento, más aún si tenemos en cuenta que al menos en el caso específico de la responsabilidad médica, se trata de personas en las que la gente deposita su confianza a ojos cerrados. ¿Por qué entonces sólo es imputable a estas personas la responsabilidad de figuras de menor gravedad como la de la propagación de epidemia o la de la complicidad en la propagación del VIH/SIDA, figuras para las cuales la pena consagrada en el ordenamiento es mucho menor

⁷⁴ Supra, Capítulo I, El VIH y los Derechos Humanos, pp. 27 y ss.

que la de la autoría?Cuál es el delito a fin de cuentas ¿estar enfermo de VIH/SIDA, o poner en peligro de contaminación a otros?

Tanto el enfermo de VIH como los profesionales cuyo trabajo es potencial de alto riesgo de transmisión, deben cumplir con el mismo deber frente a la sociedad, el cual es evitar la propagación del virus, toda vez que pueden poner en riesgo a terceros de la misma forma. Es entonces discriminatorio limitar el tipo penal del artículo 370 a aquellas personas contagiadas y dar un tratamiento menos severo a aquellas que no lo están pero que se encuentran de igual forma involucradas en conductas de alto riesgo de transmisión, dado que están causando igual daño a la sociedad y por lo tanto, deberían gozar del mismo trato frente a la justicia.

2.4 CULPABILIDAD

En nuestro actual ordenamiento penal la figura de la culpabilidad es de vital importancia para la configuración del hecho punible. No por nada el artículo 12 del Código la consagra como requisito esencial para la imposición de una pena: “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.”

El artículo 12 del Código Penal erradica de nuestro ordenamiento la responsabilidad objetiva: nadie podrá ser condenado sin haberse demostrado que actuó con culpabilidad. Sin embargo, la culpabilidad en el nuevo Código es un

concepto complejo, que no implica solamente una intención, sino un grado de conocimiento especial.

Así, Entendemos por culpabilidad:

“El juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues – dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio que actúa - se encuentra en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no obra pudiendo hacerlo.”⁷⁵

Tenemos entonces que la culpabilidad así concebida, se basa principalmente en el conocimiento que el sujeto activo tiene de la antijuricidad de la acción que realiza; recordemos que la antijuricidad de una conducta hace referencia a la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico por medio de la acción de una persona. Debemos aclarar que ese conocimiento de la antijuricidad de la acción implica un entendimiento integral del contexto legal de la prohibición, es decir, debe entender cuáles son las calidades del sujeto activo, cuales son los elementos necesarios para configurar la conducta delictuosa y por supuesto, cual será el posible resultado.

Según esto, no podrá condenarse a una persona, que a pesar de haber cometido un injusto descrito en un tipo penal, no tenga conocimiento de que sus acciones

⁷⁵ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pp. 383 y ss.

vulneran un bien jurídicamente tutelado, o no sepa que su conducta está condenada por la ley, o que cumple con las calidades del sujeto activo calificado. El conocimiento de la antijuricidad implica que el agente comprende la ilicitud de su obrar, conoce la reprochabilidad de sus acciones, y pese a esto, pese a poder actuar de otra manera, decide no hacerlo.

Así las cosas, entendemos que el concepto de culpabilidad en el hecho punible hace referencia a “el reproche personal contra el autor que no ha omitido la acción antijurídica, aunque podía hacerlo”⁷⁶. Cuando no hay culpabilidad, cuando el agente no es consciente de la antijuricidad de sus actos, no puede haber reproche contra su actuar, puesto que no sería posible afirmar que este sujeto tuvo la opción de tomar otro camino y no quiso hacerlo a pesar de conocer la ilicitud de su obrar; es decir, cuando el que desarrolla el hecho no conoce la antijuricidad de éste y por lo tanto no sabe que su actuar es reprochable, no tendrá entonces un claro dilema entre el obrar mal y el obrar correctamente y por lo tanto no se podría decir que actuó de una forma, culpablemente, teniendo la opción de hacerlo de otra. Es esto lo que la doctrina ha llamado también como el “*principio de conciencia material*” el cual postula que “para ser considerada responsable de un delito, una persona tiene que haber comprendido el carácter material de su comportamiento”⁷⁷.

⁷⁶ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. pp. 383 y ss.

⁷⁷ ONUSIDA, “*Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*”, Suiza, 2002, p. 21

La cara opuesta a la culpabilidad, la ausencia de ésta, se presenta bajo el fenómeno conocido por la doctrina como “error de prohibición”, el cual constituye una de las causales eximentes de la responsabilidad penal. Encontramos pues, que el agente actúa bajo el error de prohibición, cuando lo hace sin la posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta, pensando que su actuar no es antijurídico o porque no conoce en absoluto la existencia de la prohibición. El error de prohibición erradica la culpabilidad de la conducta ya que “cuando el agente no sabe ni puede saber que su conducta contradice los mandatos y prohibiciones contenidas en las normas jurídicas, no se puede emitir en su contra un juicio de exigibilidad”⁷⁸.

Es preciso aclarar que existen dos tipos de error de prohibición relevantes para nuestro estudio: el vencible o evitable y el invencible o absoluto. Entendemos que el error es vencible o evitable, “cuando se le puede exigir al autor que lo supere, atendidas las circunstancias concretas en las que actúa, esto es, cuando el yerro pudo ser evitado por el agente”. El error en cambio es invencible cuando el sujeto activo “obrando con la diligencia debida, no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, esto es, se trata de un yerro que cualquier persona en la situación del autor hubiera padecido;”⁷⁹. El error de prohibición invencible, se encuentra entonces íntimamente ligado con las características personales del autor de la conducta. Aquel que no conoce la ilicitud de sus actos y no tiene la posibilidad de conocerla y actúa bajo estas circunstancias, obra bajo un error de

⁷⁸ VELÁSQUEZ, Fernando. Op Cit., pp. 383 y ss.

⁷⁹ VELÁSQUEZ, Fernando. Op Cit., pp. 383 y ss.

prohibición invencible y por lo tanto lo hace en ausencia de responsabilidad penal por falta de culpabilidad en sus acciones. Es preciso recordar que para que la ignorancia de la ley sirva como excusa, esta debe ser invencible. La persona debe haberse encontrado en un grado de aislamiento o de analfabetismo tal, que le fuera imposible conocer la existencia del tipo penal: “es necesario que haya actuado bajo la convicción sincera de ese error y que no hubiese estado en condiciones de evitarlo o superarlo teniendo en cuenta sus condiciones personales y las circunstancias en que se desarrollaron los hechos.”⁸⁰

Esta figura del error de prohibición se encuentra consagrada en el artículo 32 del Código Penal. A pesar de que esta disposición no haga referencia a ella directamente, es claro que su descripción se refiere al mismo fenómeno del que hablamos. Según el numeral 11 del artículo en mención, no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “Se obre con error invencible de la licitud de su conducta”, es decir, no existe responsabilidad penal cuando el autor de la conducta ignore la prohibición, ya sea porque no conoce de su existencia, o porque piensa que ésta no se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico.

El error de prohibición puede versar sobre diferentes aspectos de la antijuricidad de la conducta:⁸¹

⁸⁰ REYES Alfonso, *Derecho Penal*. Op cit., pp. 231 y ss

⁸¹ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. pp. 383 y ss.

- a. Error sobre la existencia de la norma: éste tipo de error se da cuando el agente no conoce en absoluto la norma que contiene la prohibición, es el típico caso de ignorancia de la ley.

- b. Error sobre la validez de la norma: se da cuando el autor a pesar de conocer la existencia de la prohibición, tiene la concepción errada de que ésta no se encuentra vigente. Un ejemplo de este caso sería el de una persona seropositiva, que sabiendo de la creación de una norma que castiga la puesta en peligro de contagio a otras personas, realiza una conducta de riesgo pensando que el nuevo código no ha empezado a regir aún.

- c. Error sobre la interpretación de la norma: este tipo de error de prohibición se configura cuando el agente interpreta equivocadamente la norma, llegando a la conclusión de que ésta no le es aplicable. Un ejemplo para este caso sería el de la persona infectada por el virus que conociendo su estado seropositivo, pero encontrándose en la primera etapa del virus donde todavía no existe ningún síntoma, tiene relaciones sexuales sin protección, pensando que la prohibición del artículo 370 se refiere sólo a las personas que se encuentran ya en una fase activa de la enfermedad.

- d. Error sobre la existencia de una justificante: puede darse este tipo de error, cuando el sujeto supone la existencia de una causal de exclusión de la antijuricidad, que no se encuentre realmente prevista en el ordenamiento jurídico. Este tipo de error podría presentarse en el caso de una persona

seropositiva, que cree que está permitido tener relaciones sexuales sin protección con otra persona, cuando medie su consentimiento⁸² y ésta haya sido informada del riesgo.

- e. Error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho: nos encontramos frente a este caso, cuando el autor de la conducta supone la presencia de los requisitos exigidos por una causal de justificación, sin que estos realmente se den, como en el caso de las bien llamadas por la doctrina, causales de justificaciones putativas. En estos casos, la persona cree encontrarse encuadrada dentro de una las causales de justificación, como por ejemplo el estado de extrema necesidad o el miedo insuperable.⁸³

En consecuencia, para que no se presente esta figura del error en la prohibición en ninguna de sus formas y la conducta de sujeto activo de nuestro tipo en estudio sea culpable y por lo tanto objeto de responsabilidad penal, el autor del delito de propagación del VIH/SIDA deberá conocer y comprender varios factores: en primer lugar, partamos de la base de que deberá conocer la existencia de la prohibición. Es decir, la persona deberá actuar sabiendo que existe una prohibición en nuestro ordenamiento penal que castiga el poner en peligro de contraer el virus a terceros.

⁸² Ver Supra, Capítulo II, Dispositivos amplificadores de la conducta, Coautoría, pp. 114 y ss.

⁸³ Infra, Capítulo II, Causales de exclusión de la responsabilidad, pp. 135 y ss.

Así las cosas, en primer lugar, el agente deberá conocer las calidades especiales del sujeto activo del artículo 370: el autor de esta conducta debe ser portador del virus y conocer que esta circunstancia lo hace el potencial sujeto activo de la conducta descrita en la ley, es decir, que el ser portador y saberlo lo hace sujeto de la prohibición.

El segundo elemento de esta figura que debe conocer el autor, son las prácticas que implican un riesgo de transmisión y están prohibidas por la norma. El VIH/SIDA tiene unos medios específicos de transmisión, algunos de los cuales no son conocidos por el común de la gente; sin embargo, para que exista culpabilidad del agente en el desarrollo de la conducta descrita en el artículo 370 del Código Penal, éste debe saber que sus actos se encuentran dentro de los prohibidos por la norma, para que podamos hablar de un verdadero conocimiento de la ilicitud de la conducta, de lo contrario, si la persona actúa con pleno convencimiento de que sus actos no están prohibidos, no habría culpabilidad en su obrar. Para que haya culpabilidad, el agente deberá saber que la conducta llevada a cabo constituye una de las prácticas de riesgo condenadas por la ley.

En Colombia, y en general en los países del tercer mundo, los niveles de educación de la mayoría del pueblo son bastante deficientes, y en algunos casos nulos. En nuestro país existen muchas personas a las cuales su grado de cultura general no les permite ni siquiera entender los términos que usa la ley en sus descripciones; algunas personas ni siquiera pueden leer por sí mismas la ley. Así las cosas, son muy pocas las personas con una verdadera capacidad de

comprender el tipo penal del artículo 370 y sus elementos especiales; el potencial conocimiento de la antijuricidad del que nos habla el artículo 33 del Código, puede llegar a encontrarse bastante limitado en nuestro país.

En países como Colombia, la “ignorancia de la ley” no es precisamente la excepción a la regla sino casi la regla misma, mucho más cuando se trata de temas tan controversiales y llenos de mitos y estigmas sociales como el VIH/SIDA. Parece ser, que en el estado actual de las circunstancias, serán muy pocos a los que podrá imputárseles culpabilidad en el delito de propagación del VIH/SIDA, pues son muy pocos los que tienen el nivel de educación suficiente para conocer y comprender el marco legal de la prohibición en su totalidad.

Todos tenemos miedo del VIH/SIDA; no es para menos, es una enfermedad aterradora. Pero los pocos que hemos podido saber un poco más de ella, hemos aprendido que no es una condena de unos pocos y que a pesar de que todos estamos en peligro de contraerla, hay formas efectivas de prevenirla. Sin embargo, el miedo de aquellos que viven en la ignorancia es un monstruo que aumenta más el aura de desinformación que existe alrededor de cualquier tema relacionado con el virus. Son pocos los que conocen cuales son las conductas prohibidas por la norma que pueden poner a otras personas en riesgo de contagio, y son muchos menos los que saben que transmitirla, o poner a otros en riesgo de contraerla pueda es un delito. Pensemos en nuestros campesinos, en los habitantes de los barrios marginales a las ciudades... ¿podrían estos

comúnmente, de acuerdo a su entorno y sus condiciones, conocer y entender la antijuricidad de nuestro tipo en estudio?

Debemos además tener presente que el hecho de que una persona haya sido informada de su estado de seropositividad, no significa que ésta haya recibido el asesoramiento y la información suficiente sobre la enfermedad y sus factores de riesgo respecto a terceros. Alguien puede saber que el VIH es transmisible y que contagiar a otros es delito, pero sin asesoramiento adecuado, esa persona puede no estar consciente de cuales son las prácticas consideradas de alto riesgo de contagio. Pueden ser muchos los que, debido a que es el mayor enfoque dado por la publicidad sobre el tema, piensen que la única práctica de riesgo es el sexo sin protección y no sepan que realizar una donación de un órgano también lo es. Tal vez para alguien con un alto de nivel de educación parezca algo obvio, pero no lo es para la mayoría de nuestro pueblo. Tengamos como antecedente que nunca antes portar una enfermedad específica y poner a otros en riesgo de contagio había sido un delito. Existía anteriormente el delito de propagación de epidemia, pero éste es bastante general en su descripción y muy poco conocido también. El artículo 370 es un tipo penal completamente novedoso en nuestro ordenamiento y son pocos los que conocen o incluso intuyen su existencia, sin importar que tan alto sea su grado de educación académica.

Si usted hace el ejercicio de preguntar a diferentes tipos de personas (desde un vendedor ambulante hasta profesionales de diferentes materias, incluso a algunos abogados) si conocen de la existencia de este delito, no se sorprenda si casi

ninguno ha siquiera oído hablar del tema; de los que lo conocen, son pocos los que comprenden el verdadero alcance de la disposición. Es tan grande el tabú que existe alrededor del VIH/SIDA, que incluso en los más altos círculos sociales es muy poco mencionado o discutido cualquier tema relacionado con la enfermedad, son muchos los que siguen creyendo que el virus es un “castigo” sólo para homosexuales y promiscuos. ¿Qué se puede esperar entonces, por ejemplo, de un campesino, o cualquier otra persona con un bajo nivel de educación? Como ya mencionamos anteriormente, para que haya culpabilidad no basta con que se conozca la existencia de la prohibición, debe haber una comprensión de ésta y de los elementos que la componen; es necesario comprender estas cosas para tener un claro conocimiento de la ilicitud ¿significa esto que la epidemia probablemente seguirá esparciéndose impunemente, puesto que no será difícil para la defensa esconderse tras la figura del error de prohibición en un contexto social como el nuestro? ¿Cuál es el límite que debe poner el juez a ese eximente de responsabilidad?

El delito de propagación del VIH/SIDA fue creado por el legislador ante el alarmante panorama de la epidemia a escala mundial y nacional, con la intención de encontrar al menos una solución parcial al problema. No sabemos aún si la penalización de esta conducta sea realmente una solución efectiva, pero lo cierto es, que si cualquiera va a poder esconderse detrás del error de prohibición, el tipo penal va a tornarse completamente inútil. El gobierno debería preocuparse por hacer campañas publicitarias masivas en las que se de a la ciudadanía información sobre la enfermedad, se les hable de la existencia del tipo penal y se

les explique sus implicaciones (a quienes aplica y a que prácticas). Esta podría ser la única forma efectiva de disminuir los posibles errores de prohibición sobre el tema, y poder así aplicar efectivamente el tipo penal en estudio.

En las actuales circunstancias de desinformación en que se encuentra la mayoría del conglomerado social respecto al tema del VIH/SIDA, serían pocos los casos en que la penalización por propagación del virus tendría plena eficacia, toda vez que, como ya lo habíamos mencionado, son muy pocas las personas que debido a su nivel de cultura, cuentan con la capacidad de conocer y comprender la prohibición contenida en el artículo 370 del Código Penal, o contar con la exigencia de los artículos 32 y 33 de tener un *potencial conocimiento* de la ilicitud de la conducta y poder ser entonces culpables de su realización.

No debe pues el Estado, dejar completamente a la suerte de los particulares el conocimiento de la ley en un tema de tan urgente atención como la transmisión del VIH/SIDA, pues cualquier negligencia u omisión del gobierno en este campo puede traer nefastas consecuencias para un bien tanpreciado como la salud pública.

2.5 CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Frente a las prohibiciones que consagra el Código Penal a través de los diferentes tipos, existen como excepción a la regla general de punición, causales mediante las cuales se excluye la responsabilidad penal del agente, ya sea por tratarse de

hechos que justifican la acción del autor, quedando de esta manera excluida la antijuridicidad, o por que se presente una causal de inculpabilidad, frente a la cual, como su nombre lo indica, no se constituye delito debido a la ausencia de responsabilidad, o simplemente por no cumplirse los requisitos necesarios para que se configure el supuesto de hecho consagrado en el tipo penal.

Estas causales de ausencia de responsabilidad penal, se encuentran consagradas en el artículo 32 del Código penal, las cuales son:

- a. Caso Fortuito y fuerza mayor

- b. Consentimiento por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se pueda disponer de este.

- c. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal, o en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

- d. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita o de un cargo público.

- e. Se obre en legítima defensa.

- f. Se obre en estado de necesidad.

- g. Se obre bajo insuperable coacción ajena.
- h. Se obre impulsado por miedo insuperable
- i. Exista error de tipo o de prohibición.

Cabe agregar sin embargo, que no todas las causales de exclusión de la responsabilidad tienen fundamento frente a todos los tipos penales. Así, en el caso de la propagación del VIH/SIDA, tal como se mencionó en el punto anterior, nos encontramos frente a un bien jurídico indisponible, razón por la cual no podrá invocarse como causal de exclusión de responsabilidad el haber contado con el consentimiento del sujeto pasivo para someterse a una situación de riesgo de contagio⁸⁴.

A continuación trataremos cada una de las causales de exclusión de la responsabilidad, y su fundamente frente al tipo de propagación del VIH:

a) Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Entendemos por caso fortuito o fuerza mayor "aquel acaecimiento de origen interno o externo imposible de evitar aún en el caso de que sea previsible".⁸⁵ Existirá entonces exclusión de responsabilidad por caso fortuito, cuando el hecho

⁸⁴ Supra, Capítulo II, Dispositivos amplificadores de la conducta, Coautoría, pp. 114 y ss.

⁸⁵ REYES, Alfonso. Op cit., p. 229

que acontece es imprevisible para el agente, o aun cuando siendo previsible, sea imposible evitarlo. Frente a tales circunstancias, no sería posible imputar al autor el hecho dañoso, si se tiene en cuenta que dicha acción no se dio como resultado de un proceso emanado de la voluntad del agente sino por factores externos a éste sobre los cuales no podría ejercer control alguno.

No será entonces responsable penalmente frente al tipo de propagación del VIH/SIDA, aquella persona seropositiva consciente de su estado, que por caso fortuito, pone en riesgo a otra persona. Así por ejemplo, aquel portador del VIH que se encuentra en un pasillo del hospital realizándose unos exámenes y tiene un tubo de ensayo en su mano que contiene alguno de sus fluidos corporales, y de repente es chocado por una enfermera con una camilla, ocasionándose con el accidente el rompimiento del tubo de ensayo cuyo contenido infectado queda en contacto con el enfermo de la camilla o la enfermera, no será responsable penalmente ya que frente al hecho no existió acción personal ni voluntad de su parte, ni le era posible evitar el incidente, razón por la cual no fueron sus actos los que pusieron en peligro o contagiaron al tercero.

b) Insuperable Coacción Ajena

No existirá responsabilidad por parte de la persona que lleve a cabo un hecho típico y antijurídico, cuando esté sea llevado a cabo bajo insuperable coacción ajena, entendiéndose por coacción "el empleo de fuerza física o psíquica presente

o futura sobre una persona con el fin de lograr de ella un comportamiento de acción u omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría."⁸⁶

De esta definición se desprende, que además de un maltrato físico con el fin de constreñir a otra persona a llevar a cabo cierto hecho punible, la coacción también puede darse bajo la forma de una fuerza moral o psicológica ejercida a través de amenazas que alteren la voluntad del sujeto y lo obliguen a llevar a cabo hechos delictuosos con el fin de evitar algún atentado contra si mismo o contra su familia.

Para que la coacción pueda ser considerada como causal de exclusión de responsabilidad penal, debe cumplir con determinados requisitos. En primer lugar, la coacción debe provenir de otra persona; la agresión debe venir de un tercero que intencionalmente quiera someter al sujeto activo a sus órdenes. En segundo lugar, es necesario que la coacción sea actual e insuperable, es decir, que la violencia material o moral que se esta desarrollando sobre el sujeto sea imposible de vencer, de acuerdo a las características o circunstancias en las que se encuentre.⁸⁷

Así las cosas, cabe entonces la posibilidad de que una persona desarrolle las acciones previstas por el artículo 370 del Código Penal, pero que su actuación haya sido impulsada por el constreñimiento de un tercero imposible de evitar, en cuyo caso no habrá lugar a responsabilidad penal del sujeto activo. Un ejemplo de

⁸⁶ REYES, Alfonso. Op. Cit, pp. 230, 231.

⁸⁷ REYES, Alfonso. Op. Cit, pp. 230, 231.

esta situación puede ser el de una mujer seropositiva que es forzada mediante maltrato físico y amenazas por su marido a prostituirse, con el fin de conseguir dinero. Este podría ser una situación no tan extraña en un país subdesarrollado como el nuestro, en donde la violencia intrafamiliar y la necesidad de subsistencia es el pan nuestro de cada día.

c) Miedo Insuperable

La legislación Colombiana no tiene antecedentes en la previsión del miedo insuperable como causal excluyente de responsabilidad, pero sí como el de una circunstancia atenuante de la punibilidad. Así, por ejemplo, el Código Penal de 1936 consagraba en el numeral 3 del artículo 38 "el obrar en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente" como circunstancias que atenuaban la punibilidad. El nuevo Código Penal consagra en cambio, el miedo insuperable como una causal de exclusión de la responsabilidad y no como una simple atenuante; así las cosas, según el artículo 32 numeral 9, no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "*se obre impulsado por miedo insuperable*".

El miedo al que aquí se alude es aquél que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero sí lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término "insuperable" ha de entenderse como "aquello superior a la exigencia media de soportar males y

peligros"⁸⁸. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito.⁸⁹

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia⁹⁰, para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad penal es necesario que estén presentes los siguientes elementos:

- a) La existencia de un profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.
- b) El miedo ha de ser insuperable, es decir aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad, que aunque no se excluya totalmente la voluntariedad de la acción, sí se enerve la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.
- d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte General, Tomo 1. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1993. p. 410.

⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala Penal, Sentencia de diciembre 12 de 2002, Rad. 18983., Magistrado Ponente: Jorge Anibal Gómez Gallego

⁹⁰ Ibid.

El miedo insuperable puede llegar a ser una causal de exclusión de la responsabilidad en el delito de propagación del VIH/SIDA. Imaginemos el caso de una joven infectada que se encuentra caminando en un callejón y es interceptada por varios hombres quienes la violan en repetidas ocasiones. Si bien ella está poniendo en riesgo a los hombres que la atacan, el comportamiento de estos lleva a que la joven, frente al miedo que está sintiendo sea incapaz de dar aviso de su condición, teniendo en cuenta que los hombres podrían maltratarla peor si supieran dicha situación.

Pero sin ir más lejos, en sociedades como la nuestra se puede presentar otra situación bastante común relacionada con el miedo insuperable. Para nadie es un secreto el machismo que reina en las sociedades subdesarrolladas, especialmente entre los grupos sociales de pocos recursos económicos y bajos niveles de educación. La desigualdad que viven las mujeres en estos sectores de la sociedad en donde su condición frente al hombre es extremadamente inferior y en donde su capacidad de tomar decisiones en la relación es totalmente nula debido al maltrato físico y moral del que constantemente son víctimas, genera en muchas de ellas la imposibilidad de revelar su estado de seropositividad a su compañero, y mucho menos la posibilidad de insinuarle el uso de un preservativo para reducir el riesgo de contagio, ya que la reacción de la pareja contra ella y sus hijos podría llegar a ser violenta y devastadora, debido a la ignorancia y al machismo que domina las mentes de este tipo de hombres; ya nos hemos referido en este trabajo a los tabús que rodean a la enfermedad y a la forma en que estos se ven empeorados por la ignorancia de la población que ha estigmatizado a los

enfermos como homosexuales o promiscuos.

Muchas mujeres en nuestro país viven diariamente subyugadas en sus hogares por altos niveles de violencia física y síquica, los cuales limitan su voluntad y su actuar.⁹¹ Estudios de las Naciones Unidas han hecho especial énfasis en la injusticia de imponer sanciones penales a mujeres que transmitan o pongan en riesgo de contagio del VIH a otra persona, debido a las circunstancias en que generalmente se encuentran nuestras mujeres:

...en circunstancias en que las opciones que tiene la persona VIH-positiva para evitar el perjuicio, o el riesgo de perjuicio, sea revelando su estado a la pareja y/o tomando precauciones para reducir el riesgo de transmisión, son limitadas.

(...)

Algunas investigaciones han puesto de manifiesto unos niveles de violencia física preocupante contra personas que viven con el VIH/SIDA tras haber revelado su estado, incluidas mujeres VIH-positivas víctimas de violencia por partes de sus parejas.⁹²

Investigaciones hechas en diferentes partes del mundo donde se presentan escenarios sociales parecidos, llegan a las mismas conclusiones:

“En casi todas las sociedades, la condición social y económica de inferioridad de las mujeres reduce su capacidad para insistir en la fidelidad sexual masculina y para negociar unas relaciones sexuales seguras (...) En algunos casos, la simple insinuación de una mujer de que su esposo utilice un preservativo puede provocar

⁹¹ ONUSIDA, “*Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*”, Op cit., p. 47

⁹² Ibid., p. 49

abusos físicos”⁹³

Así las cosas, no sería de extrañar que no sean pocas las mujeres que oculten su estado de seropositividad a sus parejas o no tomen las medidas preventivas necesarias para evitar el contagio, debido al miedo a ser maltratadas físicamente y discriminadas socialmente. Frente al delito de propagación del VIH/SIDA, el miedo insuperable podría llegar a ser una eximente de responsabilidad bastante común para algunas mujeres, dadas las circunstancias descritas.

d) Estado de Necesidad

De acuerdo con el Código Penal, no habrá lugar a responsabilidad penal cuando el agente obre con la necesidad de proteger un derecho ajeno o propio de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, siempre y cuando los hechos que originaron la situación no hayan sido causados por el agente intencionalmente o por imprudencia y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontarlos.

Así las cosas, la figura del Estado de Necesidad, puede entenderse en general, como la situación de conflicto entre dos bienes, en la cual, la salvación de uno exige el sacrificio del otro. Esta circunstancia podrá ser invocada como justificante cuando el agente realiza una conducta típica con la finalidad de proteger un

⁹³ DHALIWAL M, *Creation of an Enabling and gender Just Legal Enviroment as a Prevention Strategy for HIV/AIDS amongst Women in India*, Canadian HIV/AIDS Policy and law Newsletter, 1999

derecho propio o ajeno de una amenaza o daño actual o inminente, produciendo en tal empeño una lesión de menor gravedad que la impedida, sobre los bienes jurídicos a proteger.⁹⁴

El estado de necesidad, requiere de ciertos requisitos para que pueda constituirse como causal de exclusión de la responsabilidad, los cuales son:

- Es indispensable que exista una amenaza **real** para el bien jurídico, o la posibilidad de que este pueda terminar lesionado, ya sea que el peligro provenga de fuerzas de la naturaleza, como por ejemplo un terremoto o un animal, o de un comportamiento humano.
- El peligro debe ser **actual**, es decir, que ya haya comenzado y no haya concluido aun, o **inminente**, que represente una amenaza inmediata para el bien jurídico, lo cual lleva al sujeto inequívocamente a tomar medidas dirigidas a protegerlo.
- El agente debe actuar bajo la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, dando cabida al estado de necesidad a favor de un tercero frente a un mal o daño que los amenace. Puede haber ocasiones en que la amenaza represente peligro simultáneamente para el agente y para el tercero o terceros que se pretende proteger.

⁹⁴ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pp. 405 y ss

- El daño no debe ser evitable a través de otro procedimiento menos perjudicial. El agente debe verse obligado a actuar por no encontrarse a su alcance ningún otro medio legítimo que evite el daño ajeno; su actuación debe siempre ser proporcional al peligro que se afronta.

- El daño causado debe ser menor al derecho o bien jurídico que se trata de proteger. Para esto, se deben tener en cuenta los bienes jurídicos en juego y la jerarquía de los mismos, junto con la acción de salvamento utilizada por el agente y su meta perseguida.⁹⁵

- El agente no debe tener el deber jurídico de afrontar el peligro. Existen profesionales, como por ejemplo los policías o bomberos, a quienes el desempeño de su profesión muchas veces los pone en situaciones de peligro que deben afrontar como un deber jurídico, las cuales no pueden ser contrarrestadas con acciones que puedan lesionar a terceros inocentes. De esta manera, un bombero no podrá alegar estado de necesidad por haber dejado morir a un niño dentro de una casa en llamas por que decidió no tratar de salvarlo ya que el mismo podría ser consumido por el fuego.

- Que el agente no haya causado el daño o peligro de manera intencional, es decir, que no haya surgido como resultado de su comportamiento orientado a producirlo, o por su imprudencia, en otras palabras, que no haya sido

⁹⁵ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pp. 405 y ss

producido por haber actuado sin la cautela necesaria. Un ejemplo del peligro ocasionado intencionalmente puede ser el de una persona que prende fuego a una montaña de basura enfrente a su casa, pero cuando las llamas se extienden, destecha la casa de su vecino con el fin de evitar que las llamas lleguen a su propiedad. De la misma manera, un peligro ocasionado por imprudencia se presentaría cuando una persona en una visita a un zoológico penetra a la jaula de las panteras y posteriormente les da muerte por que éstas se avalanzaron contra el.⁹⁶

Frente al tipo de propagación del VIH puede presentarse la posibilidad de que el agente actúe encontrándose en estado de necesidad, excluyendo de esta manera su responsabilidad penal. Tal es el caso de la mujer portadora del virus que vive en un país pobre y en guerra, a quien le han asesinado a su esposo y es responsable de 4 hijos, los cuales se encuentran enfermos por las condiciones en las que viven, razón por la cual esta mujer no tiene otra opción, con el fin de salvar la vida de sus hijos y la suya propia, que vender su cuerpo a los soldados a cambio de comida y algo de medicinas, sin dar aviso de su condición, ni usar protección dadas las precarias condiciones sanitarias por las que se atraviesa en un estado de guerra. En una circunstancia como la descrita, no podría imputarse responsabilidad penal, a quien ha actuado bajo un estado de necesidad tan apremiante como el descrito.

⁹⁶ REYES, Alfonso. Op. Cit., pp. 160 y ss

e) Error de Tipo

Cuando el autor no es consciente de que sus acciones están desarrollando el aspecto objetivo de un tipo penal, su conducta deviene atípica, presentándose lo que la doctrina conoce como el error de tipo. Así, por ejemplo, si una persona dispara convencida de que se defiende de un animal, cuando en realidad le está disparando a una persona, se presenta una discordancia entre lo representado y lo realmente ocurrido, toda vez que el autor actúa con el fin de interceptar al animal y no a un ser humano, presentándose así un error sobre un elemento del tipo objetivo, que excluye el dolo de matar y por lo tanto, la tipicidad dolosa de la conducta.⁹⁷

El error de tipo elimina el elemento del dolo de la conducta del agente. Sin embargo, este tipo de error puede presentarse de dos formas diferentes, y es necesario hacer la distinción. En primer lugar tenemos el error de tipo superable, que es aquel en el cual el agente no hubiera incurrido si hubiera aplicado la diligencia necesaria. Contrario a éste, encontramos el error de tipo insuperable, que es aquel en el cual se incurre pese a haber actuado con toda la diligencia debida.

El error de tipo inevitable o insuperable descarta tanto la tipicidad dolosa como la culposa, razón por la cual el comportamiento del agente no podrá ser imputado

⁹⁷ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. Cit., pp. 290 y ss

como punible; en el error de tipo superable en cambio, si bien se excluye también la tipicidad dolosa, la culposa subsiste cuando el delito haya sido tipificado con la modalidad de culposo por el legislador.

Un típico ejemplo de la presencia de un error de tipo inevitable frente al tipo penal de propagación del VIH, es el de una persona portadora del virus que tiene relaciones sexuales con otra sin protección, pero que no sabe que es portador del virus. La simple intuición o sospecha de estar infectado no basta para la acción penal, toda vez que el tipo limita la responsabilidad a la certeza de ser portador de la enfermedad, es decir, a aquellos que “**después de haber sido informados** de estar infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana” realicen prácticas que pongan en peligro a terceros. [negrilla y subraya fuera del texto]

Como ya hemos visto, algunas de las formas de transmisión del VIH/SIDA se dan durante el desarrollo de actos de la vida íntima y cotidiana de las personas, como por ejemplo en las relaciones sexuales, actos en los cuales, en un estado de normalidad, es decir, cuando la persona no cuenta con una característica que constituya una amenaza para los terceros, no tendrían porque contar con ningún tipo de prohibición o prevención por parte del estado. Es debido a esto, que una persona que no conozca que está infectada por la enfermedad, no tendría porque actuar con especial prevención, y no podría imputarse culpabilidad a sus actos, pues no es consciente de que con su obrar vulnera o pone en peligro un bien jurídico tutelado.

Otro ejemplo de error de tipo que podría presentarse frente al artículo 370 del Código penal, hace referencia a las prácticas de riesgo. Bastante hemos hablado ya sobre la desinformación que existe entorno al tema del VIH/SIDA, y la carencia de campañas educativas adecuadas que den a la gente un completo conocimiento sobre las formas de transmisión y las prácticas que pueden poner en peligro de contagio a otros. Así las cosas, podría presentarse el caso de un enfermo de VIH/SIDA, que conociendo su estado, realice una de las prácticas consideradas como riesgosas y ponga en peligro de contagio a terceros, sin saber que con su comportamiento está incurriendo en las conductas descritas por el tipo penal. Una persona de bajos niveles de educación puede no saber que la donación de esperma o algún otro fluido constituye una práctica de riesgo, puede tener velado su conocimiento por los tabús y los diferentes mitos culturales que rodean a la enfermedad, y así, podría llegar a incurrir en el supuesto descrito en el artículo 370 exento de dolo, al no saber que su comportamiento pone en peligro a otros o vulnera un bien jurídico tutelado, razón por la cual no podría imputársele responsabilidad penal debido al error de tipo en que ha incurrido.

f) Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal, o en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

Desde el punto de vista de el tipo penal de propagación del VIH, y tal como se ha venido planteando a través de esta tesis, consideramos que esta causal de exclusión de la responsabilidad no podría fundamentarse bajo ninguna

circunstancia frente a este tipo, en la medida en que un deber legal o un mandato siempre serán relevados en virtud del riesgo que implica poner a otra persona en peligro de contagio.

Tal es el caso del médico que conoce su calidad de VIH positivo, al encontrarse en una emergencia, podrá dejar de cumplir el deber que le asiste, en la medida que prima el principio de solidaridad y el bien general sobre el particular, razón por la cual y dada su condición, su deber ante todo es evitar poner en riesgo de contagio a las demás personas, por encima de su deber profesional.

El mismo caso se presenta frente a aquella persona que pretenda excluir su responsabilidad bajo el argumento de que se encontraba cumpliendo un mandato Legal, en la medida que un mandato legal aunque sea emitida por autoridad competente, nunca podrá ir en contra de los derechos colectivos y en este caso de la salubridad pública.

Tal es el caso de un soldado quien conoce su calidad de VIH positivo, a quien su superior obliga a donar sangre. Su deber, por encima de cumplir un mandato legal, es el de advertir su condición y evitar la posibilidad de contagio de los demás soldados.

g) Legítima defensa

Cosa parecido sucede con esta causal de exclusión de la responsabilidad, en la

medida en que no sostiene argumento alguno que considere que poner en peligro de contagio de VIH a otra persona, sea una forma de evitar un daño inminente.

Si una persona esta siendo violentamente atacada, poner en peligro de contagio a su plagiario no constituye respuesta proporcional frente a dicho ataque ni va a evitarlo de ninguna forma, razón por la cual consideramos que frente al tipo penal de propagación del VIH, nunca podrá ser causal de exclusión de responsabilidad el argumento de que la persona se encontraba actuando bajo legítima defensa.

3. SOLUCIONES ALTERNATIVAS A LA PENALIZACIÓN

Como hemos visto a través de este trabajo de tesis, el VIH/SIDA más allá de ser un problema de salud pública, es un complejo problema social lleno de matices. En busca de una solución efectiva a la rápida propagación de la enfermedad, el legislador decidió penalizar la conducta de los portadores del virus que pongan en riesgo de contagio a terceros. El tipo penal es novedoso y aún no sabemos su verdadera eficacia, pero lo cierto es, que ante una epidemia de esa magnitud, la penalización no puede ser más que una solución parcial al problema.

El artículo 4 del Código Penal nos señala claramente las funciones de la pena: "prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado". Así mismo, la doctrina también se ha ocupado ampliamente sobre el tema:

"Un enfoque político permite aseverar que la pena busca restablecer el orden jurídico turbado por el desorden del delito, a tiempo que actúa como mecanismo de control social.

Y en el plano criminológico la pena pretende ser un instrumento de prevención de

delincuencia futura.”⁹⁸

El derecho Penal cumple con tres funciones primordiales. La primera de ellas es la de la prevención especial;⁹⁹ la finalidad de privar de la libertad al autor de un delito, es la de evitar que éste pueda seguir causando perjuicios a la sociedad en tanto es rehabilitado, y la de desalentarlo de cometer más delitos en el futuro. Sin embargo, esta función en el caso específico de la propagación del VIH/SIDA no parece ser muy efectiva. Cuando una persona es recluida en un centro de detención, no se encuentra aislada del resto de la humanidad, y no hay forma de controlar que esa persona allí adentro no siga realizando prácticas de riesgo; Por el contrario, se encuentra en constante contacto con los demás reclusos y adicionalmente por lo general cuenta con un día en que le son permitidas las visitas conyugales.¹⁰⁰

Diversos estudios han demostrado, que las cárceles, antes que ser un entorno en el que disminuye el factor de riesgo de transmisión, son un lugar en el que los comportamientos de alto riesgo son un fenómeno habitual. Los reclusos de nuestras cárceles se encuentran en precarias situaciones de higiene y hacinamiento, y el consumo de drogas es bastante alto en este entorno. La mayoría de los presos no cuentan con medios para comprar agujas desechables cada vez y es frecuente que las compartan con otros. Así mismo, durante las visitas conyugales, si la pareja no trae consigo un preservativo, será muy difícil

⁹⁸ REYES Alfonso. Op cit., p. 45.

⁹⁹ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pp. 486 y ss.

¹⁰⁰ ONUSIDA, “*Derecho Penal, Salud Pública y transmisión del VIH*”, Suiza, 2002, p. 17

que el recluso lo consiga dentro del centro penitenciario y lo más probable es que practiquen relaciones sexuales sin protección.

Así las cosas, la privación de la libertad puede llegar a tener el efecto contrario al que se esperaría. Al ser los centros penitenciarios (sobretudo los Colombianos) entornos donde se da con tanta frecuencia prácticas de riesgo, es probable que el virus se esparza entre los reclusos con facilidad, y considerando que la mayoría de éstos vuelven tarde o temprano a la vida en comunidad, esto significaría un mayor riesgo de una potencial transmisión ulterior al resto del grupo social.

La segunda función con que cumple la penalización, es la de la prevención general, es decir, la pena debe actuar a manera de ejemplo sobre la comunidad, amenazándola con la imposición de un castigo para aquellos que no respeten los mandatos y prohibiciones legales, logrando así disuadir a los futuros infractores mediante la intimidación;¹⁰¹ la pena debe ser un medio para hacer reflexionar a los potenciales delincuentes y alejarlos de sus objetivos criminales.

Sin embargo, esta función puede no ser tan efectiva en todos los casos de propagación del VIH/SIDA. Tal como mencionábamos en el párrafo anterior, algunos de los comportamientos que envuelven el peligro de transmisión del VIH/SIDA son conductas íntimamente ligadas con fuentes de placer para el hombre. Así las cosas, la disuasión sólo tendrá efecto en aquellos casos en que el comportamiento racional de las personas pueda ser más fuerte que otras

¹⁰¹ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit., pp. 487 y ss

consideraciones menos racionales, como por ejemplo, el deseo o la adicción.¹⁰² Un individuo con un síndrome de abstinencia no dejará de consumir drogas sin importar cuales sean las consecuencias de sus actos, no habrá en su mente casi nunca la claridad suficiente para ver más allá de la necesidad física inmediata a que le insta su organismo adicto; similar circunstancia puede darse en el caso de las relaciones sexuales. ¿Que tanto va a tener en cuenta una prohibición legal un ser humano en un momento de deseo o bajo la angustia de la abstinencia? No creemos que la simple prohibición legal logre modificar sus comportamientos y disuadirlos de sus acciones; probablemente, el tipo penal del artículo 370 del Código Penal, así sea conocido por ellos, no pase ni siquiera fugazmente por su cabeza en esos momentos.

La tercera de las funciones del derecho penal es la reinserción social del autor del delito, su readaptación a la sociedad, la cual ocurre como una consecuencia de la función de la prevención especial, mediante la cual se espera haber logrado disuadir al individuo de volver a cometer delitos en el futuro. Así, después de pagar la pena que la sociedad le ha impuesto por su deslealtad al ordenamiento jurídico, el autor de la conducta debe volver al grupo social convencido del grave error que cometió con sus actos y dispuesto a no reincidir en ello.

No obstante lo anterior, los comportamientos humanos relacionados con prácticas sexuales o el consumo de drogas, son problemas muy complejos, razón por la

¹⁰² ONUSIDA, *Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*, Suiza, 2002, p. 19

cual son difíciles de modificar por medio de sanciones. Dichos comportamientos pertenecen a esferas íntimas y muy arraigadas en cada ser humano, y probablemente sólo podrán ser modificadas con un tratamiento a largo plazo, de tipo psicológico más que sancionatorio. Si bien es cierto que el derecho penal fue creado como un instrumento de control del Estado sobre la conducta de los individuos, también es cierto que esa capacidad de control tiene un límite, sobretodo en lo referente en materia de comportamientos sexuales o adictivos debido a que estos comportamientos hacen parte de conductas importantes para la identidad de los individuos y de las cuales estos obtienen placer. El legislador debe ser consciente de las limitaciones de la ley para controlar comportamientos humanos tan básicos y placenteros como las actividades sexuales o el consumo de drogas.

El consumo de drogas y el sexo son actividades que han existido en todas las sociedades desde los tiempos más antiguos y es muy poco probable que vayan a desaparecer sin importar que medidas se tomen al respecto; la naturaleza humana busca el sexo y le gusta experimentar con drogas que alteren su percepción, aún si esto envuelve un riesgo contra su libertad o incluso contra sus propias vidas pues hay instintos más fuertes que la razón envueltos en estas prácticas.¹⁰³ Es por este motivo que no se ve claro que tanto pueda la privación de la libertad rehabilitar a una persona seropositiva que realice prácticas de riesgo relacionadas con su vida sexual o con consumo de drogas, sobretodo cuando, como hemos

¹⁰³ KIRBY, Michael, *Aids and the Law - A New Challenge for Human Rights*. Op cit., 1999.

dicho anteriormente, la reclusión no va a impedir que el individuo siga teniendo comportamientos de riesgo con los otros reclusos, más aún en las condiciones en que se encuentran los presos en Colombia.

Tal vez en el caso de un infectado que realizó una donación de un fluido o un órgano, la privación de la libertad puede llegar a tener un efecto rehabilitador, debido a que su conducta no proviene de hábitos fuertemente arraigados en el individuo. Sin embargo, es bastante cuestionable el papel de la rehabilitación por medio de la reclusión, para aquellas personas que incurrieron en el supuesto del artículo 370 mediante conductas sexuales o de adicción a las drogas, por las razones ya expuestas. Lograr una modificación de este tipo de comportamientos es una tarea bastante compleja, que va mucho más allá de la reclusión del individuo en un centro penitenciario; es necesario llegar a la mente y la conciencia de estas personas con campañas de educación y sanitarias e incluso un tratamiento psicológico puede llegar a ser necesario en muchos casos.

La cuarta función de la pena es la de la retribución justa, la cual encuentra sus orígenes en los antiguos ordenamientos jurídicos, la denominada Ley del Talión “ojo por ojo, diente por diente”, mediante la cual la sociedad hace pagar al delincuente con un daño igual o similar en gravedad, al que éste le ha causado al conglomerado social. Sin embargo, esta función de la pena hoy en día es muy cuestionada. Las leyes internacionales de derechos humanos y los principios de nuestro ordenamiento penal, dejan atrás el concepto de la pena como una venganza social. Hoy en día la pena es el medio por el cual la sociedad protege

sus bienes jurídicos tutelados a fin de asegurar la pacífica coexistencia humana, para así restaurar el orden jurídico quebrantado por el autor del delito.¹⁰⁴ De esta manera, tenemos que la pena cumple una función principalmente preventiva y ejemplarizante, más que una venganza social hacia el delincuente.

Así las cosas, y ante una figura legal tan novedosa en el mundo entero, no podemos tener certeza sobre la efectividad de la penalización en este particular problema. Puede ser que la solución a la difusión de la enfermedad no deba ser sólo buscada en las medidas que pueda tomar el Estado con posterioridad a que se haya infectado o se haya puesto en peligro a alguien -situaciones en las cuales el daño ya estará causado- sino también, y tal vez principalmente, en las medidas PREVENTIVAS. Es cierto que el estado debe castigar de alguna forma a aquellos que faltando a su deber de solidaridad vulneran la salud pública propagando el VIH/SIDA o poniendo en riesgo de contraerla a otros, no hay duda, pero esto es sólo una medida de control posterior ejemplarizante. La verdadera solución a esta pandemia se encuentra en la prevención, la cual se logra básicamente a través de dos tipos de políticas: las educativas y las sanitarias.

Las Políticas Educativas:

Queda claro entonces que la única manera para obtener un control efectivo de la epidemia del virus del VIH/SIDA, es logrando una movilización social a todo nivel;

¹⁰⁴ VELÁSQUEZ, Op. Cit., pp. 486 y ss.

es aquí, donde las políticas de educación vienen a jugar un papel fundamental, ya que es por medio de ellas que se puede lograr que la sociedad en general conozca sobre la enfermedad, sus medios de transmisión y control, etc., al mismo tiempo que podrían contribuir a disminuir el estigma que gira alrededor de los contagiados, evitando así la discriminación de las personas enfermas mediante la creación de una conciencia social donde sean esenciales los conceptos de igualdad y solidaridad.

De acuerdo con las estadísticas, se calcula que los jóvenes entre los 10 y 24 años representan el 60% de nuevas infecciones de VIH en el mundo. Esta alarmante cifra nos pone de manifiesto la urgencia de llegar a este segmento social, y claro, a todos los demás, a través de programas de educación que abarquen todo el ámbito escolar, en el cual se incluyan estudiantes, profesores, empleados y padres de familia. Sólo mediante el trabajo de todos estos como comunidad, en familia y desde una temprana edad, podrá llegarse a una real concientización sobre el virus del VIH/SIDA, sus implicaciones, y la responsabilidad social a cargo de todos de evitar el alarmante crecimiento de la epidemia.

Los programas de educación, deben tratar de forma directa temas como la sexualidad, el consumo de alcohol y de drogas, además de temas específicos que se acomoden al ámbito social de la comunidad. De la misma manera, se hace indispensable el cultivar la autoestima de los jóvenes y reforzar en ellos la

capacidad de tomar decisiones y de hacer frente a las situaciones de riesgo.¹⁰⁵

Sin embargo, y teniendo en cuenta que en Colombia las posibilidades que tienen los jóvenes de acceder a las instituciones educativas son escasas, la educación preventiva tiene que dirigirse no solo a los colegios y universidades si no directamente a las comunidades que demuestran un mayor índice de contagio, como por ejemplo los desplazados, los habitantes de barrios de estratos bajos, y las prostitutas. Las campañas de educación a través de medios masivos de comunicación juegan también un importante papel para llegar a los hogares de todos los Colombianos, sobretodo teniendo en cuenta como ya hemos mencionado, que son muchas las personas que no tienen acceso a planteles educativos en nuestro país. Estas campañas no deben sólo concentrarse en el uso de los preservativos, es necesario crear una conciencia que vaya más allá, por medio de campañas de carácter informativo, en donde se hable directamente de la enfermedad, sus medios de transmisión y las formas de evitar el contagio.

Desde el año de 1993, existe en Colombia el Proyecto Nacional de Educación Sexual (PNES), fundamentado en la Ley General de Educación, el Plan decenal de Educación y La Ley de la juventud; su finalidad es que este plan de educación sea implementado en todos los centros educativos de nivel primario y secundario, a través del proyecto educativo Institucional (PEI) que es propio para cada Institución Escolar. De la misma manera, existen otros proyectos como por

¹⁰⁵ ONUSIDA, “*Integración de la prevención del VIH y de las ETS en el medio escolar : Documento de posición*”, 2001.

ejemplo el Plan Educativo Intersectorial de Prevención del VIH y las ITS, que dio inicio en Marzo de 1999 y que abarca los 15 departamentos con mas alto índice de incidencia; mediante este proyecto, se pretende capacitar líderes escolares, para que éstos, a través de sus instituciones, presten ayuda a la comunidad y la instruyan en estos temas.

Así mismo, también se vienen desarrollando proyectos a nivel regional por medio de las ONG y de la ONUSIDA, dirigidos a jóvenes, madres y en general a toda la población afectada por el virus. Adicionalmente, estas organizaciones no sólo se limitan a desarrollar programas de educación sobre el tema, sino que además se dedican a la realización de investigaciones epidemiológicas y a prestar capacitación a Instituciones Médicas.

Sin Embargo, y a pesar de todos los esfuerzos que se han hecho a nivel educativo, se nota una falta en la implementación del Plan Nacional de Educación Sexual. Esto lo demuestra el aumento en el número de casos de infectados por el Virus del VIH sobre todo en la población joven, frente a quienes parecen no haber sido eficaces las campañas de prevención.¹⁰⁶

Las políticas educativas de prevención en la actualidad dejan mucho que desear, toda vez que tal como lo hemos mencionado a lo largo de este estudio, para lograr una efectiva disminución en el número de contagiados por el virus del VIH/SIDA,

¹⁰⁶ ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, Congreso de Enfermedades Infecciosas, "Consenso VIH/SIDA", Cartagena, 2003

es primordial lograr un fuerte impacto sobre la población más vulnerable al riesgo. Es importante tener en cuenta que factores tales como la extrema pobreza, el desplazamiento por violencia, la falta de oportunidad en educación, etc., los cuales son una constante en Colombia, y son un caldo de cultivo para la transmisión del virus, razón por la cual el Estado, en conjunto con el sector privado y las entidades de salud, deben crear una estrategia conjunta a nivel de educación, que abarque todos los estratos de la población y que logre detener eficazmente los índices de crecimiento del número de personas infectadas por el virus, mediante el uso de campañas de alto impacto que crean una conciencia de la gravedad del problema no sólo en los grupos más vulnerables, sino en toda la población, desde los niños hasta los más viejos, porque precisamente lo que está haciendo falta es que todos seamos conscientes de que cualquiera puede ser la próxima víctima de esta epidemia. Si las campañas educativas no se dirigen a hacer entender a las personas quien el VIH/SIDA es un problema de todos y no sólo de unos cuantos como piensa la mayoría, los esfuerzos serán inútiles.

Las Políticas Sanitarias

Si bien, a través de la educación es posible prevenir a gran escala el despliegue de la epidemia del virus del VIH, el Estado a su vez debe llevar a cabo políticas sanitarias que vayan de la mano con las educativas, mediante las cuales se logre el acceso a los tratamientos médicos y a los medicamentos antiretrovirales de las personas infectadas, además de brindarles la información pertinente sobre el virus, para que o sean los nuevos infectados, potenciales propagadores de la

enfermedad. Así mismo, a través de las políticas sanitarias se puede facilitar a la población la realización de la prueba Elisa o también llamada prueba para conocer el estado de seropositividad, y el acceso a medios preventivos como los preservativos.

No debemos olvidar que Colombia es un Estado Social de Derecho, razón por la cual el gobierno tiene la obligación de:

“...organizar, dirigir y reglamentar la presentación de servicios de salud a todos los habitantes, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo mismo que establecer políticas para la prestación de servicios de salud por medio de entidades públicas y privadas y ejercer su vigilancia y control”¹⁰⁷.

Frente circunstancias especiales como lo es la esparcimiento de una epidemia, en este caso la del virus del VIH/SIDA, se hace indispensable que el Estado destine recursos para este fin, sin importar la capacidad que tenga el infectado de dar una contraprestación a cambio de estos servicios. No puede la ayuda del Estado en el ámbito sanitario atenerse a la capacidad de pago de las personas, puesto que se encuentran involucrados bienes jurídicos esenciales como la vida y la salud pública, razón por la cual el Estado, si es necesario, debe asumir el costo de evitar que esta enfermedad cobre cada vez más víctimas y más vidas.

¹⁰⁷ ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, Op. Cit.

Los ciudadanos Colombianos infectados por el virus del VIH deben gozar de los mismos Derechos en el ámbito de salud que las demás personas; más aún, dadas las características de esta enfermedad, merecen una protección especial, puesto que no se trata sólo de la salud de uno o unos cuantos sino de la de toda la sociedad. Ya hemos dicho anteriormente que un infectado que sufre discriminación por su estado, se aislara del grupo social y será un elemento de mayor peligro en la transmisión del virus, puesto que no llegaran a éste los mensajes y campañas preventivas del Estado.¹⁰⁸

Sin embargo, y pese a los esfuerzos hechos por el Estado con la creación de los planes de Beneficio, aquellas personas no aseguradas atraviesan grandes dificultades debido al incipiente Sistema de Seguridad Social, el cual se encuentra aun en crecimiento, y que dada la limitación de sus recursos, aun no está en condiciones de atender debidamente las necesidades de un enfermo de VIH/SIDA. La escasez de los recursos destinados para la cobertura del tratamiento de la enfermedad en el Sistema de Seguridad Social, son una clara muestra de la lentitud en el proceso de respuesta del Gobierno a la epidemia.

En la actualidad, la mitad de las personas que viven con el VIH/SIDA en nuestro país no se encuentran cubiertos por el sistema de salud, y si bien, en principio, tienen el Derecho de acceder a éste gracias a los Planes de Beneficio, mediante los cuales aquellas personas enfermas son vinculadas a través de un régimen de

¹⁰⁸Supra, Capítulo I, El VIH y los Derechos Humanos, pp. 27 y ss

transición, mientras se logra sean beneficiarios de un régimen subsidiado o contributivo, debido a la falta de recursos económicos de las entidades encargadas de prestar el servicio médico a estas personas, se hace imposible suministrar los medicamentos antiretrovirales de forma continua.

Por su parte, aquellas personas VIH positivas que han tenido la posibilidad de acceder al sistema de salud, han tenido que acceder a éste por medio de las acciones de tutela, toda vez que de acuerdo con la Carta Política, el derecho a la salud tiene carácter de fundamental cuando se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la vida, razón por la cual la Jurisprudencia existente ha ordenado a las aseguradoras reiteradamente la obligación de suministrar al paciente los medicamentos antiretrovirales que el médico tratante indique, sin importar que las semanas cotizadas no sean las establecidas por su reglamento.

Queda claro entonces, que en el ámbito de atención médica existen actualmente diversos vacíos, y que las políticas adoptadas no son suficientes, sobre todo cuando se trata de favorecer a las personas de bajos recursos. El Estado debe entonces, adoptar medidas sanitarias mediante las cuales garantice el acceso a medicamentos antiretrovirales a todo el que lo necesite, independiente de si se encuentra o no vinculado al sistema y sin importar su tiempo de afiliación, adoptando estrategias que permitan acceder al tratamiento a un menor costo, ya sea incentivando la producción de estos medicamentos en varias compañías farmacéuticas, o celebrando acuerdos arancelarios sobre las materias primas,

entre otros.¹⁰⁹ Así mismo, es necesario que el Estado evite a toda costa las barreras que interponen las entidades de aseguramiento a las personas portadoras del VIH, en donde se les niega el acceso a los sistemas por ser esta una enfermedad ruinosa, negándoles así el acceso a la atención integral.

Por otra parte, los medios de comunicación masiva juegan un papel importante a la hora de implementar las políticas sanitarias. Según las encuestas, hasta el momento las campañas adoptadas por la Secretaría de Salud promocionando el uso de preservativos han dado buenos resultados. Aún así, se debe tener en cuenta que el VIH/SIDA es un tema delicado que toca fibras muy sensibles a nivel social, razón por la cual es necesario que estas campañas manejen lenguajes que no estigmaticen a las personas seropositivas y que a su vez arrojen una información actualizada y verás sobre el virus y sus incidencias.

Es importante también que a nivel preventivo, se incremente el campo de acción de entidades u ONG que cuenten con personal capacitado, para que se encarguen de suministrar a los jóvenes toda la información sobre como planificar, y como evitar la transmisión de la enfermedad, a la vez que presten ayudas médicas y suministren preservativos a un mínimo costo.

La guerra contra el VIH/SIDA tiene su batalla más importante en el campo de la prevención. De nada nos sirve procesar penalmente a cientos de personas que

¹⁰⁹ ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, Op. Cit.

han puesto en peligro a otras, si el daño ya ha sido causado y la enfermedad sigue esparciéndose. He ahí la importancia de tomar medidas suplementarias o complementarias a la penalización. Como alternativa a un tipo penal que implica privación de la libertad de las personas VIH positivas, respecto al cual no es claro aún si logre el objetivo por el cual fue creado, que es la prevención, el Estado debe implementar medidas a nivel de salud, que logren detener la propagación del virus a través del tratamiento y el control de los portadores actuales.

Sin la posibilidad para las personas seropositivas de un completo acceso al sistema de salud y sus beneficios, no habrá forma de detener eficazmente la epidemia. Es poca la información que la gente tiene sobre el virus del VIH y muchos los tabús y las mentiras que rodean el conocimiento popular. El facilitar el acceso de los infectados al sistema de salud hará no sólo que éstos tengan una vida más digna (lo cual es un derecho fundamental de todos) sino que además permitirá tener un poco más de control sobre estas personas, dándoles la información necesaria para que no contagien a otros, lo cual se traduce en una mayor salubridad para todos.

Tal y como ha sido considerado por la Asociación Colombiana de Infectología:

La falta de información sobre la enfermedad por parte del equipo de salud lleva a diagnósticos tardíos, registros deficientes, mal manejo medio de la infección con la consecuente presentación de complicaciones, e incremento en los costos de la atención y de la morbi-mortalidad.

El desconocimiento por parte de la población general y vulnerable, de conceptos claros sobre esta patología,

incrementan los porcentajes de casos y retardan su consulta al equipo de salud capacitado para su manejo. La educación como estrategia de promoción y prevención, con la que finalmente se pretende modificar conductas de riesgo, y la adopción de estilos de vida saludable, donde el autocuidado es la piedra angular, no se llevan a cabo o se hacen en forma muy deficiente.¹¹⁰

La legislación sanitaria coactiva como alternativa a la penalización

Dado el panorama actual de la epidemia a nivel global, Instituciones como la ONUSIDA¹¹¹, han llegado a analizar la posibilidad de implementar la Legislación Sanitaria como alternativa excluyente a la penalización, ya que ésta, si es llevada a su límite más coercitivo, puede adquirir un carácter casi penal, a través de las sanciones impuestas por los funcionarios de la salud.

De acuerdo con los análisis realizados por esta entidad, los objetivos buscados por el Derecho penal como el castigo, la rehabilitación, la incapacitación y la disuasión, pueden lograrse de una manera más eficaz a través de normas sanitarias, si se tiene en cuenta que las normas penales pueden llegar a tener un impacto negativo sobre los derechos humanos del infectado. Se afirma que dada la especialidad de los funcionarios de la salud, su intervención a la hora de rehabilitar puede ajustarse mejor a las circunstancias específicas de cada individuo, a diferencia del Derecho Penal, que daría un trato igual al de un delincuente a los sindicados por el delito de propagación del VIH, sin importar cual fue el medio por el cual la persona puso en peligro a terceros. De la misma

¹¹⁰ ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, Op. Cit.

¹¹¹ ONUSIDA, “*Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*”, Suiza, 2002, p. 40

manera, la legislación sanitaria ofrecería intervenciones coercitivas mas eficaces que el mismo procesamiento penal, ya que como ha sido mencionado, el encarcelamiento de una persona seropositiva, en vez de inhabilitarla para contagiar a otros, puede por el contrario introducirla en un ámbito donde debido a las precarias circunstancias en las que se encuentra, puede aumentar el riesgo para que los rodean, cosa que no sucedería en una entidad de salud especialmente equipada para tratar a personas con la enfermedad. En relación al objetivo de la disuasión del sujeto activo, teniendo en cuenta que lo que se busca es prevenir la transmisión del virus, las intervenciones en materia de salud pública podrían tener un mayor impacto en la conciencia de los individuos, mediante el trato de las circunstancias que rodean al implicado y las cuales lo llevaron a poner en riesgo de contagio a otros.

Sin embargo, después de muchas vueltas, estos estudios han llegado a la conclusión de que la legislación sanitaria llevada a sus límites mas coercitivos, incurriría en los mismos errores criticados en la legislación penal, a su vez que al querer imponer medidas coercitivas, terminaría convirtiéndose en un proceso similar al penal con todos su trámites y formalidades. Es por esto que, y frente al caso Colombiano, en donde ya se implementó un tipo penal doloso específico sobre la propagación del VIH, la legislación sanitaria que se cree mas que darle a las autoridades de salud la capacidad de utilizar medidas coercitivas que constituirían un mayor costo para el Estado el cual tendría que incurrir en procesos a nivel tanto penal como sanitario, debe buscar implementar a toda costa el estilo de vida de los ciudadanos tanto portadores como no portadores, a través del

cumplimiento de normas, que implementen las campañas educativas a todo nivel dirigidas a la prevención y las líneas de ayuda, así como exigir el cumplimiento de aquellas normas que buscan garantizar el acceso a la salud y al tratamiento adecuado para aquellas personas que carecen de recursos económicos.

4. CONCLUSIONES

A pesar de los enormes e incansables esfuerzos de la medicina, no se ha logrado encontrar una cura realmente efectiva contra el VIH/SIDA, ni se espera lograrlo en el futuro cercano; es más, es posible que esa cura no exista, debido a la forma en que le virus se encapsula en el ADN de las células. La única y real vacuna que existe en la actualidad contra la expansión de esta epidemia es el lograr una modificación en el comportamiento de las personas, hacia una conducta más solidaria y preventiva. Es esto tal vez en lo que estaba pensando el legislador al crear la figura legal del artículo 370 de nuestro Código, pero debido a la complejidad social del problema, no va a ser una sola norma la que logre los resultados. El tipo penal no es perfecto, eso ha quedado claro a través de nuestro estudio, y habrá muchos aspectos sobre los cuales el legislador deberá reconsiderar y sobre los cuales el juez deberá fallar llenando los vacíos existentes.

El virus del VIH/SIDA presenta un gran reto para nuestro sistema legal, no sólo en el ámbito penal. No podemos pensar que el simple hecho de haber consagrado un artículo que penaliza los comportamientos riesgosos actuará por si mismo. Nos ha quedado claro después de este estudio, que un tipo penal puede contribuir a la solución del problema, más no es la solución misma. Podemos ver la penalización como necesaria para castigar a aquellos que por falta de solidaridad y de conciencia, actúen desconsideradamente y pongan en riesgo de contagio a otros;

en el estado actual de la epidemia a nivel mundial no se puede ya dejar que la única responsabilidad que recaiga sobre los seres irresponsables sea la de la voz de su conciencia, es claro que el Estado debe intervenir y la penalización puede ser de ayuda en algunos casos.

Sin embargo, hay que reconsiderar la norma y sus alcances, para dotarla de una mayor eficiencia. Tal y como ha sido consagrado por nuestro ordenamiento, el delito de propagación del VIH/SIDA sólo puede ser llevado a cabo por un sujeto con unas características determinadas, es decir, un sujeto calificado; el legislador, ha limitado la responsabilidad penal a las personas infectadas por la enfermedad que conocen su condición de seropositivos, como si fueran estas las únicas posibles transmisoras del virus. Olvidó tener en cuenta al crear el artículo 370, tal vez por negligencia, tal vez por falta de información, que no sólo las personas portadoras del virus pueden realizar conductas que ponen en peligro de contagios a terceros; existen también personas que en el desarrollo de su profesión manejan conductas de alto riesgo, debido a la utilización de implementos como agujas, bisturíes, etc y su contacto con fluidos corporales, tal como ocurre en las actividades de personal médico, tatuadores, perforadores corporales, entre otros, que de no tener las medidas de higiene suficientes, pueden llegar a transmitir el virus ¿Por qué no consideró el legislador que estas personas debieran asumir responsabilidad penal en caso de poner en peligro a terceros? Si lo que pretende la ley es que unos no pongan a otros en riesgo de ser contagiados, no debe ser determinante que el sujeto activo del tipo penal esté infectado por la enfermedad,

sino simplemente que su conducta, siendo o no portador del virus, ponga en peligro de contagio a otros.

El tipo penal del artículo 370 del Código Penal, presentará en su práctica complejos problemas probatorios. La norma determina que el sujeto activo de la conducta debe conocer previamente su estado de seropositividad. Ya hemos comentado que ese "conocimiento" implica una certeza, que sólo puede ser dada por la práctica de un examen de sangre, y ¿cómo podrá el juez en un proceso saber con certeza si el infectado conocía o no su estado de portador del virus? Si no se encuentra una solución a esta interrogante, serán muchos los casos que queden en la impunidad ¿Cómo probar que una persona ya se había hecho la prueba del VIH/SIDA y sabía que estaba contagiado? Entraríamos en el campo de las negaciones indefinidas, tan complejas en el campo probatorio.

No sólo aquel que conozca con certeza mediante una prueba Elisa su estado de infectado debe ser responsable penalmente; existen también casos en los que la presentación de síntomas característicos de la enfermedad (Ej. sarcoma de Kaposki), hacen muy difícil que una persona no tenga serias sospechas de haber sido contagiado, y la realización de prácticas de riesgo por una persona en esas condiciones debería también generar algún tipo de responsabilidad, puesto que estamos ante una epidemia casi incontrolable, donde el principio de solidaridad nos obliga a todos a que la precaución vaya más allá de un resultado médico. La inserción del ingrediente del conocimiento al tipo subjetivo, conocimiento que debe estar acompañado por la certeza (la cual sólo se obtiene por medio de un examen

de laboratorio), limita demasiado la responsabilidad, quedando por fuera de la acción penal casos de sospecha grave como el ya descrito, que podrían considerarse como episodios de dolo eventual que deberían en determinadas circunstancias ser sancionados. Claro está que esto presentaría problemas probatorios también, y habría que tratarlo con extremo cuidado, pues de ampliar la responsabilidad de los portadores del VIH demasiado, hasta el punto en donde cualquier sospecha causara imputación, caeríamos en los terrenos de la responsabilidad objetiva en donde el simple hecho de estar infectado parecería un delito, todo lo cual va totalmente en contra de los principios de nuestro ordenamiento penal. Aún así, si se incluyeran en el tipo subjetivo los casos de sospechas muy graves (casos en los que la presencia de la enfermedad es visible), contemplando la posibilidad del dolo eventual como mencionamos, podría ayudar a reducir un poco más la impunidad que introduce la limitación de responsabilidad a sólo aquellos que conozcan con certeza su estado.

Así las cosas, la ley penal puede llegar a ser una herramienta que colabore en el proceso de ponerle un fin o al menos un reductor de velocidad a la transmisión de la epidemia, siempre y cuando sea utilizada de la manera correcta, sin abusar de ella, ni esperar que ella sola de toda la solución al problema. Ya hemos hecho evidente a lo largo de este trabajo los complejos problemas sociales y legales que rodean el VIH/SIDA, y las razones por las cuales la ley penal no se basta así misma para frenar la expansión de la epidemia o para modificar comportamientos humanos tan arraigados como las practicas sexuales o de adicción. La ley penal puede ayudar a prevenir que el comportamiento negligente y desconsiderado de

unos quede impune, castigando y dando ejemplo a otros, pero debe ser prudente en sus castigos y no estigmatizar a los portadores del virus. Debemos evitar que la ley penal recaiga en lo que se ha denominado como la segunda epidemia, “la epidemia del prejuicio y el miedo irracional y el tratamiento inequitativo que ha sido injustamente adherido a las personas que viven con el VIH, a sus familias y a sus carreras”¹¹²

La penalización tiene muchos detractores. Se teme que este tipo de medidas aumenten el esparcimiento de la epidemia en vez de detenerla, toda vez que ante la posibilidad de un posible procesamiento las personas podrían llevar aún más a la clandestinidad las prácticas más riesgosas (consumo de drogas, actividad sexual, etc.), lo cual entorpece la prevención del VIH y la atención y tratamiento adecuados para la enfermedad. Adicionalmente, se cree que al penalizar el comportamiento de riesgo de los infectados, se mina la confianza de estos en sus posibles asesores, puesto que la consagración de la transmisión como un delito puede poner en peligro la confidencialidad de la información, lo cual puede disminuir la voluntad de buscar ayuda e información adecuada sobre el tema, aumentando así las posibilidades de que el ya infectado, siga transmitiendo la enfermedad por falta de educación sobre el tema.

Esta enfermedad nos presenta lo que se ha denominado como la “Paradoja del SIDA”, ampliamente explicada por el Juez Australiano Michael Kirby: la única forma de conseguir una modificación del comportamiento de las personas viviendo

¹¹²KIRBY Michael, “*Aids and the Law – A New Challenge for Human Rights*”. Op cit., 2001

con VIH/SIDA, para lograr que éstas no pongan en peligro de contagio a terceros, es protegiendo sus derechos, para así evitar su aislamiento y de esta manera lograr que los mensajes educativos y sanitarios los alcancen. La paradoja está en que para lograr una eficaz prevención de la propagación de la enfermedad, la ley debe proteger con mayor ahínco a aquellos infectados por el virus, en vez de a las personas sanas.

La ONUSIDA ha advertido también que el “uso demasiado amplio e inapropiado del derecho penal también corre el riesgo de diseminar información errónea sobre como se transmite el VIH”,¹¹³ lo cual, como ha de suponerse, traería como resultado un aumento en el esparcimiento de la epidemia, en vez de una disminución como se pretende. La falta de información es el mayor enemigo de este problema; la gran lucha contra esta enfermedad deberá librarse en el campo educativo, derribando los tabús y leyendas culturales que se han creado alrededor de este virus, y que son una gran muralla que impide la efectividad de cualquier política del Estado para prevenir el aumento del problema.

No está claro aún si la privación de la libertad de los sindicados por nuestro tipo en estudio, vaya a ser una verdadera solución al problema de la epidemia. Las precarias condiciones en que se encuentran los reclusos en las cárceles de nuestro país, no son una buena garantía de que las personas infectadas vayan a dejar de realizar conductas de riesgo dentro de estos establecimientos. De hecho, el estado de necesidad, puede llevar a que las conductas de riesgo presenten aún

¹¹³ ONUSIDA, *“Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH”*, Ginebra, 2002, p. 7

más frecuentemente en estos centros, debido a la falta de acceso a medios de prevención como preservativos y agujas esterilizadas. Así las cosas, deberán crearse mecanismos de control dentro de los centros de reclusión, tales como proveer a los reclusos preservativos y agujas estériles, además de ofrecer gratuitamente la práctica de exámenes de VIH/SIDA, para así evitar que estos lugares se vuelvan unos focos de propagación de la enfermedad.

El VIH/SIDA presenta un gran reto para nuestro sistema legal. Son muchos los aspectos que aún se encuentran en la oscuridad y que sólo podrán ser iluminados si el legislador se compromete a conciencia con la causa, y deja de ver a los enfermos del VIH/SIDA como personas ajenas a su mundo; es necesario que aquellos que crean las leyes, tengan en cuenta que todos somos potenciales víctimas del virus. Es de vital importancia también empezar a educar a la gente, esa es la única salida efectiva. La penalización será inútil si no está acompañada de campañas educativas de fuerte impacto, que ayuden a modificar el comportamiento de las personas, sólo la educación puede llegar a modificar los hábitos de la gente. El freno a la epidemia se encuentra en la prevención más que en el castigo, razón por la cual la penalización no tendrá sentido si no va acompañada de políticas educativas de todo tipo; en otras palabras: el castigo penal debiera ser sólo la última opción en el modo de prevenir.

Es aquí donde los que estamos vinculados con el mundo de las leyes tenemos que poner de nuestra parte. Es preciso que el legislador reconsidere el tema de la propagación del VIH/SIDA y cree un tipo penal y unas normas sanitarias realmente

eficientes, basadas en estudios sociales y epidemiológicos serios sobre las implicaciones del problema:

Las buenas leyes, como la buena ética, estarán fundadas en buenos datos. Debido a que esto es una crisis de alto rango en la salud pública, lo mínimo que podemos esperar de nuestros políticos, burócratas y funcionarios judiciales es que estos se informen a si mismos sobre las características de esta epidemia antes de crear leyes y políticas y tomar decisiones definitivas sobre el tema. Nada menos que esto servirá. Esta es un área de la ley en la que las vidas de las personas están en riesgo y millones pueden morir. Lo mínimo que nosotros los abogados podemos hacer es ofrecer una útil contribución y no permitir que más insulsas medidas expandan los prejuicios y la ignorancia. Esta es verdaderamente un área donde la ley puede ayudar a moldear el futuro de la salud humana. Uno de los verdaderos peligros del VIH/SIDA es que puede producir un nuevo virus de LAI – Leyes Altamente Ineficientes.¹¹⁴

¹¹⁴KIRBY, Michael, “*HIV and law – A Paradoxical Relationship of Mutual Interest*”. Op cit., 2001

BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, “*Consenso sobre VIH/SIDA*”, www.acin.org/concenso.asp, 2002

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, Congreso de Enfermedades Infecciosas, “*Consenso VIH/SIDA*”, Cartagena, 2003

BUSTOS, Juan. “*Manual de Derecho Penal*”, Barcelona: Editorial Ariel.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 488 de 10 de septiembre de 1998. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala Penal, Sentencia de diciembre 12 de 2002, Rad. 18983., Magistrado Ponente: Jorge Anibal Gómez Gallego

Decreto 1543 de 1997.

DHALIWAL M, *Creation of an Enabling and gender Just Legal Enviroment as a Prevention Strategy for HIV/AIDS amongst Women in India*, Canadian HIV/AIDS Policy and law Newsletter, 1999

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. “*Tratado de Derecho Penal*”, Bogotá: Editorial Ediciones, Doctrina y Ley, Capítulo.3

IBARRA, Javier. “*Prevención de la Transmisión Perinatal del VIH*”,

Infra, Capitulo II, Causales de exclusión de la responsabilidad, pp. 135 y ss.

INSTITUTO Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, “*Responsabilidad por la Transmisión de Enfermedades*”, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Colombia, 1995, p. 96

JEAN, Antonio. *The Aids Coverup*, Capítulo Primero, Ignatius Press, San Francisco, EE.UU.

KIRBY, Michael. “*HIV and law – A Paradoxical Relationship of Mutual Interest*”. Op cit., 1995, 2000 2001

----- . *Aids and the Law - A New Challenge for Human Rights*. Op cit., 1999.

------. *"Why is Governance so Critical? Partherrships across borders aganist HIV – AIDS"*, 1997, p. 2

LAMVERTINI, Poggioli Arianna. *"La Historia del Origen del Sida"*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Odontología, Servicio de atención a Pacientes con enfermedades infecto contagiosas

LOZANO, Carlos. *"El Delito Imperfecto"* Edit, Jurídica Colombiana, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General, Tomo 1.* Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1993.

ONUSIDA, *"Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH"*, Ginebra, 2002.

------. *"Integración de la prevención del VIH y de las ETS en el medio escolar : Documento de posición"*, 2001.

------. *Derecho Penal, Salud Pública y Transmisión del VIH*, Suiza, 2002, p. 19

------. *"El VIH/SIDA y los factores laborales y económicos, diciembre de 2002"*, www.unaids.org.com

------. *Estadísticas a Diciembre de 2002*, www.unaids.org.com

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *"Directrices sobre VIH/SIDA y los Derechos Humanos"*, <http://www.muevamueva.com/social/sida/derechos/t>.

PABON PARRA, Pedro Alfonso, *"Comentarios al Nuevo Código penal Sustancial: Análisis Comparado de la Ley 599 de 2000 y legislación anterior"*, Bogotá, 2001

PÉREZ, Luis Carlos. *"Tratado de Derecho Penal"*, Bogotá: Editorial Temis, 1971.

PORTNOY, Fabian Dr., *"La Transmisión Perinatal"*, En Revista Infosida, Año 1 – No. 1, Septiembre de 2001.

REYES ALFONSO, *"Derecho Penal"*, Bogota: Editorial Temis, 1998, p.154

SCHUNEMANN, Bernd, *"Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio"*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pp. 225-237.

Supra, Capítulos I y II.

TOCORA, Luis Fernando. *"Derecho Penal Especial"*. Editorial Librería del Profesional. pp.10 y ss

VELÁSQUEZ, Fernando. *"Manual de Derecho Penal"*, Bogotá: Editorial Temis.

PAGINAS WEB

www.geocities.com/smhrrb/go/sidaperi.html

www.sidalava.org

