



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

CONTAGIO VENÉREO Y SIDA. CONSIDERACIONES PARA CONSTRUIR UNA
FIGURA DE DELITO, EN CHILE

MABEL BAUTISTA GALLEGUILLOS
PROFESOR: JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO
2015

RESUMEN.

La presente investigación constituye un trabajo de tipo AFET que pretende un análisis en profundidad de un tema que reviste importancia para nuestra sociedad y que ha escapado de la regulación jurídico penal, permaneciendo impune, me refiero al contagio venéreo y SIDA, el cual no ha sido abordado como delito o circunstancia agravante en nuestro Código Penal.

Es así que, este trabajo tiene por finalidad, efectuar un estudio sobre el contagio de infecciones de transmisión sexual y SIDA, analizar críticamente cuál ha sido la evolución jurídica hasta el momento en Chile, realizar un estudio de aquellas legislaciones extranjeras que contemplen el delito en mención y análisis de jurisprudencia extranjera que pueda resultar útil para los fines del trabajo, a fin de verificar su posible aplicación en nuestro país. Relevante resulta dilucidar el bien jurídico afectado por este delito, que constituirá la base de lo que se busca crear. A su vez, se pretende determinar si es posible en Chile incluir este delito en el catálogo de delitos contemplados en nuestro Código punitivo, según consideraciones de política criminal, y en tal caso, bajo qué modalidad, frente a qué concursos nos enfrentaríamos, cuál sería la sanción aplicable, proponiendo una construcción concreta de tipo penal.

Palabras claves: INFECCIONES DE TRANSMISIÓN SEXUAL- CONTAGIO VENEREO-SIDA- BIEN JURÍDICO- DELITO CONTAGIO VENEREO Y SIDA.

INDICE.

CAPÍTULO I.- LAS INFECCIONES VENÉREAS. MARCO JURÍDICO.	1
1. BIEN JURÍDICO AFECTADO POR EL CONTAGIO VENÉREO. CLASE DE DELITO.	1
1.1. GENERALIDADES.	1
1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	4
2. DELITO DE PELIGRO O DELITO DE LESIÓN.	13
CAPÍTULO II.- INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL.	20
1.- EVOLUCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.	21
1.1. DERECHO COMPARADO.	21
1.1.2. Brasil.	28
1.1.3. Estados Unidos.	28
1.1.4. España.	32
1.1.5. Alemania.	36
2.- EVOLUCIÓN JURÍDICA EN CHILE.	38
2.1. ESTADO JURIDICO ACTUAL.	44
2.2. EL DELITO DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO Y LA FIGURA DE CONTAGIO VENÉREO.	46
CAPÍTULO III.- CONTAGIO VENÉREO COMO DELITO.	57
1.- CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y CRIMINOLÓGICAS PARA CONSIDERAR EL CONTAGIO VENÉREO COMO DELITO.	57
2. MODALIDAD DEL CONTAGIO E INTERVENCIÓN DEL SUJETO LESIONADO.	59
2.1. PUNIBILIDAD DE LA MERA ACTIVIDAD IDÓNEA DE CONTAGIO. CONTAGIO SIN MANIFESTACIÓN DE LA ENFERMEDAD TRANSMITIDA.	59
2.2. CONTAGIO CON RESULTADO LESIVO Y/O MUERTE.	60
2.3. INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA.	66
3. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN TIPO PENAL.	74
3.1. ELEMENTOS DEL DELITO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN ACERCA DE TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.	74
3.2. SANCIÓN PENAL.	93

3.3. CONCURSO DE DELITOS.....	95
4. CONSIDERACIONES PROCESALES.	96
5. CONSIDERACIONES <i>DE LEGE FERENDA</i>. CONSTRUCCIÓN DE UN TIPO PENAL PARA EL CONTAGIO VENÉREO.....	103
CONCLUSIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	110

CAPÍTULO I.- LAS INFECCIONES VENÉREAS. MARCO JURÍDICO.

1. BIEN JURÍDICO AFECTADO POR EL CONTAGIO VENÉREO. CLASE DE DELITO.

1.1. GENERALIDADES.

El Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual¹, Decreto N° 206, publicado en el Diario Oficial el 8 de mayo del año 2007, parte definiendo las infecciones de transmisión sexual, como un grupo de enfermedades transmisibles que se caracterizan porque su principal modalidad de transmisión es la vía sexual. Enseguida, en el artículo 2°, describe qué infecciones se consideran para el Reglamento como de transmisión sexual: Sífilis en todas sus formas, infecciones por *Neisseria gonorrhoeae*, infecciones genitales por clamidias, infecciones genitales por microplasmas, condilomas acuminados, herpes genital, linfogranuloma venéreo, chancroide e infección por virus de la inmunodeficiencia humana.

Un concepto bastante adecuado de las infecciones de transmisión sexual, es el que elaboró el médico chileno Aurelio Salvo, al señalar que: “Son infecciones causadas por diversos agentes (bacterias, virus, parásitos, protozoos, etc.) y cuyo mecanismo de transmisión es el contacto sexual genital, oral, anal, condición que es de su principal característica y que tiene implicancias en la prevención, pues se relaciona

¹ Desde el año 1998, la denominación de estas enfermedades, fue sustituida por la Organización Mundial de la Salud, que acuñó el término “Infecciones de transmisión sexual”, por considerar que el término “Enfermedades de transmisión sexual”, es inapropiado para designar aquellas infecciones asintomáticas y que pasan desapercibidas para las personas. Santander, Ester y otros. *Normas de manejo y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual*. Primera Parte. Comité normas infecciones de transmisión sexual. Ministerio de Salud de Chile. 2007.

directamente con el comportamiento sexual del ser humano, y por lo tanto con un acto de decisión persona². Esta definición termina con una frase muy importante, pues efectivamente el contagio de estas infecciones es un acto que depende de la voluntad de la persona que lo padece, ya sea de un acto doloso o culposo de su parte, al fin y al cabo de una decisión humana, constituyendo esta característica el principal fundamento para su punición.

Es nuestro Servicio Nacional de Salud, el que está a cargo de la lucha antivenérea, por todos los medios educacionales, preventivos o de otro orden que estime necesarios. Se consideran, entonces, como infecciones venéreas:

- La Sífilis.
- La Gonorrea.
- Condiloma acuminado.
- Herpes genital
- El chancro blando.
- Linfogramulomatosis.
- Virus de la inmunodeficiencia humana.

Existen otras infecciones genitales, como la tricomoniasis, vaginosis bacteriana y candidiasis genital, que no podrían considerarse exclusivamente infecciones de transmisión sexual, debido a que son infecciones que pueden tener su origen en alteraciones de las condiciones fisiológicas del equilibrio microbiológico de la vagina, como PH e integridad de la flora bacteriana comensal, entre otros factores que determinan la patogenicidad.

En Chile, son 4 las principales y más frecuentes infecciones de transmisión sexual: Sífilis, gonorrea, herpes genital e infección por virus papiloma humano. Tomando en consideración los casos y tasas de sífilis entre los años 1980 a 2010, según estadísticas del Ministerio de Salud, se observa que ha variado de un 73,6 en 1980

² SALVO, Aurelio. *Infecciones de transmisión sexual (ITS) Chile*. Revista médica Clínica Las Condes-2011; 22 (6) pp. 813-824.

hasta llegar a 19,7 por 100.000 habitantes en el año 2010, correspondiendo al mayor número de casos al año 1981, con 10.039 casos, para luego ir descendiendo, y alcanzar en el año 2010, 3.376 casos. En general la tasa en mujeres es mayor que en los hombres. La tasa de sífilis en embarazadas, ha sido oscilante, aunque más bien ha ido aumentando. En el año 2001, de un universo de 100.000 habitantes, con 86 casos, aumentó en el año 2010 a 321 casos. Los casos y tasas de gonorrea, han disminuido significativamente, existe una curva descendente entre 1981 con 113,4 por 100.000 habitantes a 7,5 por 100.000 habitantes en el 2010³.

El virus de la inmunodeficiencia humana, debe tener un tratamiento diferenciado ya que si bien es, por lo general, una infección de transmisión sexual, no es ésta la única vía por la cual se puede adquirir, distinguiéndose también de las demás infecciones por no ser una infección del tracto reproductivo.

En Chile, los primeros casos de SIDA, se notificaron en 1984, desde esa fecha hasta el año 2011, las notificaciones alcanzan a 26.740 casos de VIH o SIDA, afectando a un grupo de la población mayoritariamente masculina entre los 20 y 49 años. Las regiones que concentran las mayores tasas de VIH/SIDA, son Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Valparaíso y la Región Metropolitana. La principal vía de exposición al virus en Chile es la sexual, representando un 99% en el periodo 2007-2011, siendo la vía más declarada la homobisexualidad, con un 59% de los casos en el mismo quinquenio. El 98% de personas notificadas en el último quinquenio son chilenas. Hasta el año 2010, fallecieron 7.370 personas a causa del SIDA, el 87% de ellos corresponden a hombres, mostrando la región de Arica y Parinacota la tasa más elevada a nivel nacional. En Chile hay un incremento sostenido de nuevas infecciones de VIH entre los años 1984 y 2011, lo preocupante es que más del 70% de los infectados continúan sexualmente activos después de ser diagnosticados,

³MINISTERIO DE SALUD (CHILE). Gobierno de Chile. [En línea] <http://intradeis.minsal.cl/webeno2011/seriehistorica.aspx?ano_inicial=2000&ano_final=2010> [consulta: 30 de octubre de 2014].

manteniendo las mismas conductas de riesgo y la mayoría sin informar a su pareja sexual⁴.

1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El bien jurídico constituye la universalidad de derechos propios de los individuos, ya sea en forma individual o colectiva, de tal importancia, que el Derecho debe otorgarles protección.

En palabras del profesor Enrique Cury, “el Derecho Penal está constituido por un conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociado a ciertos hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”⁵. Se entiende entonces que tanto la salud como la vida, sí se comprenden dentro de este significado. Se puede complementar esta definición con lo señalado por don José Luis Díez Ripollés, quien menciona que “el Derecho Penal, sólo ha de proteger los bienes más fundamentales para el individuo y la sociedad, y aun éstos frente a los ataques más intolerables” “han de quedar excluidas de consideración por el Derecho Penal, por un lado, aquellas conductas inmorales que no poseen una repercusión social, o lo que, en mi opinión y pese a ciertas afirmaciones doctrinales confusas, es la moral individual, y por otro lado, aquellas conductas con repercusión

⁴ MINISTERIO DE SALUD (CHILE). Guía Clínica AUGE. Síndrome de la inmunodeficiencia adquirida VIH/SIDA. Serie guías clínicas Minsal, año 2013. Gobierno de Chile, Subsecretaría de Salud Pública, División de prevención y control de enfermedades.

⁵ CURY URZUA. E. *Derecho Penal, parte general*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 38.

social que sólo merecen el calificativo de inmorales en función de ciertas creencias religiosas, lo que vendría a ser una moral religiosa”⁶.

El bien jurídico viene a ser un límite para el legislador, evitando el uso desmedido del *ius Puniendi*, debiendo las conductas punibles ser socialmente relevantes y valoradas por la sociedad. De manera que no cualquier pretensión, será considerada bien jurídico, pues debe reunir elementos fundantes que le otorguen la relevancia necesaria para ser considerado tal.

El determinar cuál es el bien jurídico afectado por el delito de contagio venéreo, es fundamental para dirigir la construcción del tipo penal que se pretende. Según las formas de contagio, lesiones que provocan las patologías, periodo de transmisibilidad y tiempo de recuperación de las infecciones en estudio, es un hecho que las infecciones venéreas y la causada por el virus de la inmunodeficiencia humana, generan evidentes lesiones en la salud del ser humano, y que constituye un bien jurídico que el Derecho protege.

Debemos preguntarnos ahora, si el bien jurídico afectado es la libertad sexual y por tanto se enmarcaría dentro de los delitos sexuales o si afecta la vida y la salud individual o incluso colectiva.

Si entendemos que el bien jurídico es la libertad sexual, debemos tener especial cuidado con el fondo de la cuestión, Oxman define este bien jurídico como “un derecho subjetivo para quien puede ejercitar una plena capacidad volitiva y cognitiva, de modo responsable en el ámbito de la libertad individual. Entendida de ese modo, se conecta exclusivamente con la facultad de las personas de decidir y consentir sin limitaciones, coacciones o amenazas con quién, cómo y cuándo se quiere tener relaciones sexuales, como también con la facultad de elegir las referencias circunstanciales o la clase de comportamiento sexual que se desea”⁷. Este autor advierte en el ámbito de la

⁶ DIEZ RIPOLLES, José Luis. *El Derecho penal ante el sexo*. Barcelona, España: Editorial Casa Bosch, 1981, p. 78-79, 83-84

⁷ OXMAN VILCHES, Nicolás. *Libertad sexual y estado de Derecho en Chile*. Santiago de Chile,

libertad sexual un aspecto positivo y otro negativo, el primero que consiste en el derecho de toda persona de ejercer la sexualidad en libertad con otra persona que consiente en ello o bien en solitario y; en el segundo aspecto negativo como el derecho a no verse involucrado sin consentimiento en un ámbito sexual⁸. Por su parte, Vivian Bullemore, propone un interesante concepto del bien jurídico de libertad sexual, como “El derecho de toda persona de determinar libremente el uso de las funciones sexuales, con las limitaciones que dicen relación con el sentimiento ético de la comunidad o con los derechos de los demás”⁹, dejando entrever la importancia en esta clase de libertad, del respeto no sólo del otro cuyo derecho se conculca, sino de la sociedad toda, así explicado, podemos encuadrar fácilmente este bien jurídico en el contagio venéreo, en particular cuando el sujeto pasivo no sabe que la persona con quien yace, se encuentra contagiada por una infección de transmisión sexual y de haberlo sabido se habría abstenido de mantener relaciones sexuales. En el mismo sentido el concepto entregado por Cristian Aguilar Araneda, quien define estos delitos como “la posibilidad que tiene una persona de disponer sexualmente de su cuerpo, sin ser forzado, engañado o abusado por otro”¹⁰.

Pues bien, qué libertad sexual es la que se vería afectada en estos delitos, la víctima que es contagiada por una infección de transmisión sexual, ve afectado, sin lugar a dudas, su capacidad de autodeterminarse sexualmente, ve limitado su derecho a elegir sobre el curso de su propia sexualidad, siempre en el entendido que el contagiado no sabía que su pareja sexual padecía la enfermedad, porque de lo contrario, no se vería afectada su libertad de decidir. Viendo en perspectiva la situación, cuando una persona es contagiada de una infección de transmisión sexual, ve limitado enormemente el desarrollo normal de su vida, le impide seguir manteniendo relaciones sexuales normales debido a las lesiones que padece, muchas de ellas dolorosas, le podría ocasionar consecuencias graves como la imposibilidad de concebir

Editorial Librotecnia, primera edición, 2007, p.152.

⁸ Ibid., p, 153.

⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo III, parte especial, segunda edición, Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, p.144.

¹⁰ AGUILAR ARANEDA, Cristián. *Manual de delitos sexuales. Legislación chilena, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Metropolitana, Primera edición, Santiago de Chile, 2006, p 8.

o según el avance de la enfermedad incluso ocasionar lesiones irreversibles en su vista, piel o en su propia capacidad mental, lo que redundará en la calidad de vida que tenía este individuo y en ese aspecto, su libertad sexual se ve gravemente afectada.

Sin embargo, esta premisa pugna con que hay infecciones que no sólo se transmiten por vía sexual, si bien es la forma de contagio más común, el modo de contagio es más amplio, puede ser también por un mal procedimiento higiénico, contacto con la sangre infectada, contacto directo de la piel o por vía congénita, entre otros, en cuyo caso no dice relación con la libertad de autodeterminarse sexualmente, salvo en las consecuencias, por lo tanto, a mi entender, podría aceptarse como el bien jurídico afectado junto a la salud individual en el contagio de infecciones de transmisión sexual, pero no lo será para muchos casos de contagio de SIDA o sífilis.

Podemos afirmar, en cambio, que este delito afecta el bien jurídico de la salud, pues causa evidentes efectos nocivos en el funcionamiento normal de los órganos del cuerpo, tales como infertilidad, inflamaciones pelvianas, lesiones en la piel, entre otros padecimientos físicos y orgánicos, también patologías congénitas, abortos espontáneos, partos prematuros, entre otros. Incluso algunas con consecuencias graves como daño neurológico severo o muerte. Sin perjuicio, de mencionar las secuelas psicológicas y de victimización sexual, ya que complica una de las funciones vitales del ser humano, sin las cuales no puede desarrollarse en plenitud, salud sexual que fue definida por la Conferencia Internacional sobre población y desarrollo (El Cairo 1994) y ratificado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer (Beijing 1995), como “la posibilidad del ser humano de tener relaciones sexuales gratificantes y enriquecedoras, sin coerción y sin temor de una infección ni de un embarazo no deseado, de poder regular la fecundidad sin riesgos de efectos secundarios desagradables o peligrosos, de tener un embarazo y partos seguros, de tener y criar hijos saludables”¹¹.

¹¹ Naciones Unidas. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. [En línea]. <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.> [Consulta:

Según definición realizada por la Organización Mundial de la Salud, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹². La cita procede del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria internacional celebrada en Nueva York y que entró en vigor el 7 de abril de 1948, fecha desde la cual no ha sido modificada.

La salud es comprensiva también del grado en que una persona puede llevar a cabo sus aspiraciones, satisfacer sus necesidades y relacionarse adecuadamente con su ambiente y constituye objeto de protección de nuestra carta fundamental en el artículo 19 N° 9.

En nuestro Código Penal, la salud individual está tratada en el título VIII, párrafo tercero del libro II del Código Penal, en tanto, que la salud pública está protegida en el título VI, párrafo décimo cuarto, del libro II del Código Penal. Existe en la doctrina chilena división en cuanto a la forma en que se ve la distinción que hace el Código tratándose de la salud individual, entre delitos que afectan la integridad física o corporal y la salud, para algunos autores como Etcheberry, existiría diferencia en ambos conceptos ya que entiende que la integridad física o corporal sería la cantidad, estructura y disposición de las partes del cuerpo anatómicamente consideradas y la salud, la concibe como el funcionamiento normal de los órganos del cuerpo humano que comprendería además la salud mental, en cuanto equilibrio de las funciones psíquicas¹³. Hay otro grupo de autores como Vivian Bullemore, Jhon Mackinnon, Politoff, Grisolia y Bustos, que al contrario, estiman que el bien jurídico debería ser singular aunque multifacético o pluridimensional, siendo la integridad corporal sólo uno de los múltiples aspectos de la salud individual.

16 de noviembre de 2015].

¹² Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. <http://apps.who.int/gb/DGNP/pdf_files/constitucion-sp.pdf> [consulta: 15 de noviembre de 2014].

¹³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal, parte especial*, tomo III. Tercera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.112.

En palabras de Rodríguez Mourullo, lo protegido es el derecho a la integridad física (a no ser privado de ningún miembro u órgano), a la salud corporal y mental (a no sufrir enfermedad), al bienestar físico y psíquico (a no padecer dolor y sufrimiento), a la apariencia personal (a no sufrir deformación corporal)¹⁴.

Habiendo concluido que el bien jurídico afectado en estos contagios es principalmente la salud, nos queda centrar la discusión en determinar si se trata de un delito que atentaría contra la salud individual o pública, y en el primer caso, si debe ser considerado como un delito de lesiones o un delito *sui generis*.

Entre este grupo de delitos, una de las diferencias fundamentales es que los delitos contra la salud individual son de resultado, en tanto que los delitos que atentan contra la salud colectiva, son delitos de peligro.

Si se considera que sería un delito contra la salud pública, como bien jurídico se refiere a la salud de aquel sector de la población que puede verse en el futuro afectado por el efecto de difusión incontrolable del contagio generalizado de infecciones de transmisión sexual o SIDA, extendiéndose al peligro que supone este delito para la libertad sexual de los individuos afectados.

Un visión integradora de la salud individual y pública, es entregada por el autor Rey Huidobro, quien señala que, “el término salud pública es un vocablo que indica la salud de los individuos que compone la sociedad, no es menos cierto que no da la idea de una salud genérica y sin portadores, sino que ha de considerarse la suma de cada una de los pertenecientes a una comunidad de ciudadanos, por eso es por lo que pienso que la defensa de la salud colectiva lleva consigo la individual de cada persona en particular. No se puede pretender que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual, ya que ello implicaría pensar que la comunidad social posee una salud distinta que aquella de los individuos que la componen, en cuyo caso, podría ser dañada sin que la de aquellos se resistiera. Por el contrario en estos casos la

¹⁴ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Citado en: GARRIDO MONTT, Mario (dir). *Derecho Penal, parte especial*, tomo III, Tercera Edición, Santiago de Chile, 2007, p. 146.

colectividad se yuxtapone a la persona, y frente al individuo concreto que es lesionado, aparece en conjunto como sujeto pasivo de una conducta delictiva”¹⁵.

Si consideramos que sería un delito que afecta la integridad física y/o la salud individual, entonces se insertaría en el párrafo 3 del título VIII del Código Penal, cuyos tipos se diferencian según el resultado que causen y su punibilidad está regulada por la gravedad de ese resultado.

En este punto, me parece que lo primero será distinguir sobre las consecuencias de los delitos que se pretende crear.

Tratándose de una infección de transmisión sexual que no sea el SIDA, sin perjuicio de las secuelas que puedan provocar, son eminentemente recuperables bajo la supervisión de un tratamiento precoz, vemos, por tanto, que no hay peligro de expansión de la enfermedad, me parece entonces, que el bien jurídico afectará únicamente al sujeto pasivo que lo padece, máxime si se tiene presente los adelantos de la tecnología, que han permitido que éstas enfermedades en el transcurso de los años, presenten un descenso notorio en la estadística mundial.

En el caso de la transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana, se puede convenir en que el resultado es o puede ser distinto, se trata de una enfermedad sin cura hasta el día de hoy, a pesar de los adelantos en la medicina sólo se ha logrado mejorar la calidad de vida de los enfermos y alargar un poco más su vida, mediante el uso de medicamentos antirretrovirales que no eliminan el virus, pues sólo impiden la multiplicación de éste en el organismo al ayudar a evitar el debilitamiento del sistema inmunitario, son medicamentos de un alto costo, que para tener efectos en los pacientes requieren ser consumidos todos los días, y que si se dejan de tomar, el virus rebrota en poco tiempo y vuelve a infectar las células inmunes, haciendo vulnerable al enfermo a distintos microbios, algunos de ellos mortales. Y a pesar, de que los estudios

¹⁵ REY HUIDOBRO, Luis. *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. Bosh casa editorial, Primera Edición, Barcelona, España, año 1987, p 130.

en esta materia continúan, no ha sido posible encontrar el remedio para combatir al virus de la inmunodeficiencia humana o al menos la real efectividad de la profilaxis antirretrovírica. Por otro lado, es una enfermedad que no sólo se contagia por la vía sexual, sino también por el contacto con la sangre, lo que deja particularmente expuesto a cualquier persona de contraer la enfermedad, incluso por negligencia en procedimientos administrativos de manipulación sanguínea.

De ahí que, la salud individual no sería el único bien jurídico afectado, sino también la vida, pues está se ve afectada seriamente y es claro que en el resultado existe una posibilidad de exposición y expansión del virus de la inmunodeficiencia humana, pues trasunta más allá de éste, a una sociedad que de alguna manera pasa a ser potencial víctima de la enfermedad, y por tanto, la salud pública se vería afectada también en la medida de ese concreto o abstracto peligro. Bien podría entonces, tener una categorización propia, *sui generis*, separada de los epígrafes de estos bienes jurídicos, que contenga una figura de lesión y de peligro.

Sin embargo, una categorización tajante en estos términos en casos de contagio de SIDA, como aquel que afecta la salud pública, trae consecuencias difíciles de soslayar. En primer término, pasaría a constituir necesariamente una figura de peligro, que como tal, se vuelve difícil de caracterizar y pugna con la protección de otros derechos fundamentales. Analicemos el siguiente caso: Un hombre mantiene un relación amorosa con una mujer, a quien antes de mantener relaciones sexuales le cuenta que es portador del virus de la inmunodeficiencia humana, no obstante, la mujer le señala que no le importa, que le ama, y que desea de todas formas mantener relaciones sexuales con él, incluso prescindiendo de protección. La mujer resulta contagiada, posteriormente, sopesa las consecuencias de su aceptación del riesgo y ejerce acciones penales en contra de quien la contagió. En este hipotético caso, quien contagió la enfermedad, ¿será susceptible de ser castigado por un delito de contagio venéreo, atendido, no ya las lesiones de esta particular víctima, sino por el bien superior de la sociedad toda, ya que esa "víctima" se ha vuelto una potencial contagiadora? Este caso es más complejo de lo que puede pensarse en principio, pues

incluso esa “víctima” ha sido prácticamente coautora del delito, ella misma se ha autopuesto en peligro, haciendo que la imputación objetiva única al “autor”, se caiga estrepitosamente, tema que se retomará en profundidad en el capítulo III. Aun así, ¿sería conveniente, seguir en contra del autor, en pos de la protección de la salud colectiva de la población?, pues entonces, ¿deberían ser ambos castigados? Y si esa “víctima”, en sus futuras relaciones sexuales se protege invariablemente de contagiar a otros de la enfermedad, no contagiando a persona alguna, ¿qué riesgo concreto se habría producido para la sociedad?, ninguno. Debido a este razonamiento es que llego a la conclusión de que sólo se trataría de un peligro abstracto, con las consiguientes consecuencias que de ello derivan, vistas en el próximo subcapítulo, que no hacen aconsejable crear un tipo penal basado en esta clase de peligro.

Finalmente, y en relación a lo indicado en la transmisión del SIDA, me inclino por concluir que se trata, ante todo, de un delito que afectaría la salud individual y la vida, al que, no obstante, no le desconozco tintes de afectación a la salud pública, afirmación que me llevará a concluir particulares soluciones en el tipo penal que dicen relación con el consentimiento como causal de atipicidad y con la clase de acción de que se trata.

2. DELITO DE PELIGRO O DELITO DE LESIÓN.

Por la intensidad del ataque al bien jurídico protegido podemos distinguir entre delitos de lesión y delitos de peligro, debiendo subclasificarse estos últimos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

El delito de lesión es “aquel que para su perfeccionamiento, o sea su consumación, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger”¹⁶.

El delito de peligro es “aquel que se satisface con la creación de un riesgo o amenaza de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión”¹⁷.

Los delitos de peligro concreto se caracterizan porque la conducta debe realmente haber creado un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido y se debe establecer dicho riesgo. Los delitos de peligro abstracto, no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí peligrosa y por ello su prohibición se conmina con una sanción penal¹⁸.

Si consideramos que el contagio venéreo es un delito de lesión, se consumaría con el contagio efectivo a la víctima, independientemente de que se exterioricen las manifestaciones de la enfermedad. En cambio, si se entiende que es un delito de peligro, sea éste concreto o abstracto, se consumaría por el solo hecho del riesgo de transmisión, aun y pese a que el acto sexual no transmita la enfermedad, pero en cuyo

¹⁶ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, parte general*, Tomo II. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2005, p.329.

¹⁷ *Ibid*, p.329.

¹⁸ *Ibid*, p.330.

peligro objetivo y futuro va envuelto un efectivo riesgo para la salud ya sea individual o colectiva.

Luis Jiménez de Asúa indicaba que la conducta típica consistía en practicar relaciones sexuales a sabiendas de que se adolece de una enfermedad venérea, añadiendo la figura culposa con menor pena, es decir, sin saber que se adolece de la enfermedad, pero debiendo saberlo. Tratándolo como un delito de peligro, de acción peligrosa para el bien jurídico de la salud individual de otro y de la colectiva o pública. Renunciaba a requerir el contagio para evitar las complicaciones de la prueba del dolo sobre el contagio así como de la relación de causalidad¹⁹. Esta posición no la comparto ya que de aceptarla estaríamos afirmando que las personas que padecen de una infección de transmisión sexual prácticamente no podrían mantener relaciones sexuales y además se les impone sanción aun cuando no exista certeza de que ocurrió un efectivo riesgo de contagio, haciéndolos responsable de futuros contagios de los cuales el agente pierde total control, circunstancias que a mi parecer atentan contra principios fundamentales que fundan nuestro ordenamiento jurídico.

El profesor don José Luis Guzmán Dálbora señala que en caso de estimarlo también como delito de peligro concreto, la ley redoblaría la protección del bien jurídico salud mediante el castigo de quienes, sabiéndose portadores de enfermedades transmisibles por vía genital, practiquen la cópula con otra persona, estimando indispensable esta figura de peligro tomando en cuenta la pandemia del SIDA, aunque en su concepto debe comportar un riesgo eficaz que tiene que acreditarse fehacientemente en el proceso y por lo que concierne a la culpabilidad, debe admitir solo la dolosa, solo de este modo no rompería con los requerimientos del principio de ofensividad. Con ello, la ley penal sirve “como un llamado de atención a los enfermos, para que éstos se abstengan de mantener relaciones sexuales bajo circunstancias que su patología hace peligrosas y mientras de ello no tenga noticias aquel sujeto que

¹⁹ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Citado en: ARROYO ZAPATERO, Luis, *La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA*. Derecho y salud, vol. 4, num.2, julio-diciembre de 1996, pp.210 y ss.

puede resultar afectado, caso que el concúbito se consume”²⁰. Rescata así la misión educativa que el Derecho Penal debe desplegar sobre la población.

Adhiero a la idea de que el Derecho penal debe tener también una misión educativa, lo que responde a la función política del bien jurídico, pero creo que este objetivo no puede pasar por sobre el principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, o anteponerse a otros principios jurídicos que nos rigen y que nos protegen de la arbitrariedad, en particular el de legalidad, de otra manera estimo que sí se vería afectado el principio de ofensividad, que dice relación con que una conducta, para ser considerada punible, debe, además de cumplir los restantes requisitos de la teoría del delito, ocasionar una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de cierta relevancia²¹, pues, ese riesgo exigido en el peligro concreto, para esta clase de delitos, se desarma de inmediato, considerando el medio comisivo y lo incierto del resultado, que podría alejar el peligro concreto dejándolo como abstracto, y por tanto sin riesgo eficaz, ya que se basa en una presunción de Derecho *iuris et de iure*, que no requiere la verificación del peligro. Ofensividad que en todo caso, no dice relación con la exigencia de una conducta dolosa, ya que en los delitos culposos del mismo modo este principio rige.

Refiriéndose al delito de peligro, el autor Juan Bustos Ramírez, ha dicho que “del mismo modo que la ausencia de una experiencia universal sobre las leyes físicas no impide negarles su valor como leyes asentadas en la experiencia sobre la probabilidad, es legítimo reconocer la realidad objetiva de la situación de peligro, también como una relación de probabilidad”²², con la cual da cierta credibilidad a la situación de peligro que se enmarca dentro de una relación de valor y probabilidad. Sin embargo, se debe

²⁰ GUZMAN DALBORA, José Luis, *El derecho penal chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual. Doctrina, estudios, notas y comentarios* N° 180, año 1995. Doctrinas esenciales, Gaceta Jurídica Derecho Penal, Tomo II, año 1976-2010, p.637.

²¹ CABEZAS CABEZAS, Carlos. *El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado*. Revista de Derecho, RDUCN Coquimbo, 2013, vol 20, N° 2, pp. 85-120. [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000200004&script=sci_arttext>

[Consulta: 20 de mayo de 2015].

²² BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas, control social y otros estudios*. Tomo II. Ara Editores, 2005, Perú, p. 306.

tener especial cuidado respecto a qué delitos permitimos validar en las circunstancias comisivas u omisivas que puedan verificarse.

Particularmente en el contagio venéreo, tengamos presente tres figuras en las cuales podría darse un delito de peligro:

1. Una persona que padece de una infección venérea, por ejemplo, SIDA, practica una o más relaciones sexuales con otra, sin indicarle que es portador de la enfermedad, ocasión en la que no contagia la enfermedad, pero que al descubrir esta situación el que estuvo en la potencial situación de ser infectado, se siente afectado como posible víctima.
2. Un individuo mantiene relaciones sexuales con otro a quien pone en conocimiento de que padece la enfermedad; sin embargo, esta situación de riesgo es aceptada por dicha persona, quien finalmente se contagia y se convierte en potencial transmisora del mal.
3. Persona que disemina agentes patógenos con intención de producir la enfermedad en otros.

En el primer caso, corresponde al clásico delito de peligro concreto y que varios ordenamientos jurídicos contemplan, algunos de ellos: Argentina, Brasil, Ecuador, Guatemala, Perú, entre otros.

Es evidente que no hubo un resultado de daño a la salud individual ni a la integridad física y que justamente los delitos de peligro no consisten en la lesión de un bien jurídico. El peligro podría calificarse de concreto, en la medida de la cercana relación probable de desvalor que significó una amenaza y un riesgo en la integridad del otro. Urs Kindhäuser coloca el énfasis de esta clase de peligro en la casualidad de que el bien sea menoscabado en su sustancia, conceptualizando estos delitos como “la

descripción en un tipo penal de un daño inminente cuya producción solamente, depende, desde la perspectiva del bien de la casualidad”²³.

De aceptar de *lege ferenda* una figura de peligro concreto para estos casos, se aprecia una figura muy similar a la de una tentativa idónea de lesión. Claus Roxin en la discusión acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa, afirma que la punibilidad de la tentativa ha de explicarse a partir de su comprensión como a) una puesta en peligro cercana al tipo o como, b) una infracción de la norma cercana al tipo que causa una conmoción jurídica²⁴; tentativa que en mi opinión, contrasta con su dudosa aceptación desde el ámbito de la culpabilidad para los delitos de lesión, pues bien podría suceder que el agente hubiere tomado todo tipo de providencias para evitar el resultado, razón por la que no se produjo el contagio, y aun así podría ser susceptible de sanción por el sólo hecho de haber mantenido relaciones sexuales siendo portador de la infección, en efecto, el énfasis del tipo penal en los ordenamientos que lo contemplan recae en la acción de yacer con otro sabiendo que se padece de una enfermedad transmisible mediante relación genital poniendo en peligro su vida o su salud; faltaría entonces la constatación de la imputación subjetiva. En el proceso penal, sería la palabra de uno contra el otro, respecto a si se utilizó o no preservativo u otro medio de protección en el acto sexual, bien podría usarse esta norma por personas inescrupulosas para obtener indemnizaciones injustas o buscar sanción con otros móviles ocultos.

Cierto es, en todo caso, que no puede confundirse el injusto de la tentativa con el de los delitos de peligro concreto, en efecto, esta conclusión queda de manifiesto en lo previsto por el profesor Juan Pablo Mañalich, cuando indica que “primero, si se afirma la impunidad de toda tentativa que no alcance a producir una puesta en peligro concreto en el sentido de un resultado de peligro, tendría que concluirse que difícilmente una tentativa inacabada podría ser punible. Y segundo, en la medida en

²³ KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*. [En línea] Indret, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Febrero 2009, p.13. <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>.> [consulta: 8 de Julio de 2015].

²⁴ ROXIN, Claus. *Acerca del fundamento penal de la tentativa*, en *Dogmática Penal y Política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, p. 258 y 259.

que se exija un resultado de puesta en peligro para la punibilidad de una conducta a título de tentativa, la tesis parecería incompatible con la posibilidad de imputación por una tentativa de delito de peligro concreto”²⁵.

A la luz de la inseguridad que provoca el simple hecho de si el agente intentó evitar o no el contagio y por tanto, el peligro de lesión del bien jurídico, el establecimiento de este delito de peligro albergaría “una especie de presunción de existencia del peligro, que por lo mismo priva a la noción de peligro de toda función en la estructura del tipo”²⁶. Esto no ocurre si se opta por un delito de lesión en que al exigirse el contagio como resultado se puede apreciar una secuencia causal que otorga validez a la sanción.

En cuanto al segundo caso propuesto, la víctima se ha expuesto voluntariamente al daño, con lo cual y como se verá más adelante, según una amplia posición doctrinaria transforma en atípico el hecho. Podría considerarse que subyace en este evento un delito de peligro en el sentido de que el contagiado se vuelve un potencial contagiador. No obstante, esta tesis colisiona con problemas de adecuación en la fase de la culpabilidad del autor, pues no podría haberse representado una posibilidad que escapa totalmente de su control. Bien podría suceder que la “víctima”, una vez que tome conocimiento de que ha sido contagiada de la enfermedad, tome todas y cada una de las precauciones que su médico le indique, que incluso deje de tener relaciones sexuales para evitar un contagio posterior, no revistiendo en tales casos, peligro alguno para otros. Pareciera que en esta situación la protección del Derecho se extendería más allá de lo racionalmente comprobable.

²⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. *La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales*. REJ Revista de Estudios de Justicia N°4. Centro de Estudios de la justicia, Universidad de Chile, 2004. P.151.

²⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas, Tomo II. Control social y otros estudios*. Ara Editores, 2005, Perú, p. 309.

En el tercer caso, esta figura se contiene en nuestro Código Penal en el artículo 316, artículo criticable por su escasa precisión en la redacción. Se trata de un delito de peligro abstracto que incluye un elemento subjetivo del tipo, constituido por el propósito de afectar el bien jurídico de la salud pública, sin embargo, es tan difusa su redacción, tan amplia su interpretación que, puede dar lugar a incluir cualquier conducta de contagio, no solo casos graves como los venéreos, sino también el contagio de una gripe, aunque se impugne esta conclusión señalando que el objetivo del legislador fue otro, ya que no podemos obviar que la categoría de gérmenes patógenos abarca cualquier virus, bacteria capaz de provocar enfermedad y el tipo penal tampoco restringió o señaló de qué forma se pueden diseminar. Tal parece que, se intenta castigar sólo la desobediencia, desprovisto de sustrato jurídico, “con los consecuentes peligros para la vigencia del principio de legalidad, delitos que caen bajo la sospecha de un escaso índice de lesividad, de ser presunciones de responsabilidad o, peor aún, delitos de mera desobediencia”²⁷, mayor fundamento tendría la figura si “la presunción de existencia del peligro se vinculara a la omisión por parte del autor de adoptar unas medidas de precaución predeterminadas por la ley”²⁸, conocido en Alemania como “delitos de peligro de nuevo cuño”, que en Chile, no existe.

Finalmente, se debe tener especial cuidado con los delitos de peligro abstracto, según mi apreciación pocos vienen a ser realmente justificables de sanción, salvo cuando el bien jurídico no se materializa en una sustancia sino que es “generado institucionalmente de forma permanente”, teoría de Urs Kindhäuser, que comparto y que explica indicando que “esos bienes, que en el momento del hecho todavía no existen, sino que se han de crear, no pueden ser protegidos con sentido- o, por lo menos, no solamente-frente a lesiones. Más bien, han de ser protegidos ante todo

²⁷ CABEZAS CABEZAS, Carlos. *El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado*. Revista de Derecho,. RDUCN Coquimbo, 2013, vol 20, N° 2, pp. 85-120. [En línea]<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532013000200004&script=sci_arttext> [Consulta: 20 de mayo de 2015]

²⁸ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición, 2005, Santiago, p. 293.

asegurando suficientemente las condiciones bajo las cuales son creados”²⁹, señalando como ejemplo la protección del bien jurídico de administración de justicia, así en el caso del falso testimonio sería errado configurarlo como delito de resultado, es decir, considerarlo contrario a la norma sólo cuando lleva efectivamente a un fallo incorrecto, pues el fundamento de establecer este delito como figura de peligro, es que es idóneo para originar fallos incorrectos haciendo peligrar la correcta administración de justicia.

Desde un punto de vista político criminal, se asoma la pregunta de si es necesario disuadir a una persona para que no contagie a otro de una infección de transmisión sexual conminándola con una sanción penal en un estadio previo a la lesión del bien, si acaso, ya no fuera de *lege ferenda*, suficiente para la prevención que se contemple una sanción para estos delitos, de lesiones graves; tal parece que bastaría. Aunque para el autor Kindhäuser, la justificación del establecimiento de los delitos de peligro, se base en la falta de seguridad en la utilización del bien jurídico en su función como medio del libre desarrollo del individuo³⁰.

Razones por las que en este caso, me decido por escoger una figura penal para el contagio venéreo de resultado, sin contemplar figura de peligro alguna.

CAPÍTULO II.- INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL.

²⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*. [En línea] Indret, Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Febrero 2009, p.16. <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>.> [consulta: 8 de Julio de 2015].

³⁰ Ibid, p.15.

1.- EVOLUCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

Los sistemas legales que han incorporado la lucha antivenérea, tienen varios elementos en común, a saber: tratamiento médico obligatorio para el portador de la infección cuyo incumplimiento se sanciona, deber de denuncia por parte del médico del sujeto infectado, levantando el secreto profesional, sancionando la omisión de denuncia; y la penalidad del contagio venéreo. Son muchos los códigos y leyes penales que elevan la categoría de delito el contagio venéreo, siendo Chile uno de los pocos países que hasta el día de hoy, no lo ha hecho.

1.1. DERECHO COMPARADO.

En el panorama comparativo, los delitos de contagio venéreo y nutricio, han sido objeto de estudios y motivo de distintas disposiciones, tanto penales como administrativas, ha ya varias décadas. La preocupación jurídica por las infecciones de transmisión sexual se comenzó a manifestar con mayor fuerza en el año 1889, cuando se celebró la Conferencia Internacional de profilaxis en Bruselas, a la que siguió una segunda conferencia en 1902, en la misma sede, aunque a esa fecha ya existían disposiciones al respecto en códigos penales como leyes especiales, como por ejemplo, el Código Penal de Dinamarca. Otros códigos penales pioneros en establecer como delito el contagio venéreo fueron los códigos penales ruso y noruego. De acuerdo con el Registro Global de Criminalización del VIH, en el 2010, 56 países en el mundo tenían leyes que castigaban explícitamente la transmisión o exposición al virus,

11 de los cuales se ubican en América Latina y el Caribe³¹.

A continuación, se describen algunos de estos modelos.

1.1.1. Argentina³².

El Código Penal argentino, penalizó en el capítulo IV, titulado: “Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas”, específicamente en el artículo 202, la siguiente figura:

Artículo 202.- Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

Se trata de un delito de peligro contra la salud pública, que alcanza un abanico amplio de enfermedades, especificando como único requisito que sea peligrosa y contagiosa, lo que redundaría en la amplitud del tipo penal, sin entregar elementos para considerar cuándo una infección cumple con esas cualidades.

Enseguida, en el artículo 203, se refiere al mismo hecho cuando fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, imponiéndose una pena de multa o de prisión si tuviere como resultado enfermedad o muerte. Este último artículo, alcanza a los médicos o personal paramédico en su práctica profesional, cuando se incurre en una violación del deber de cuidado, previsiblemente a título de culpa.

La redacción del artículo 202 del Código Argentino, es similar a la redacción del artículo 316 del Código Penal chileno, que prescribe: “El que diseminare gérmenes patógenos con el propósito de producir una enfermedad, será penado con presidio

³¹ Centro latino-americano en sexualidad y derechos humanos. [En línea] <<http://www.clam.org.br>.> [consulta:20 de enero de 2015]

³² Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [En línea] <www.iberred.org/sites/default/files/codigopenalarentino.pdf.> [consulta:20 de enero de 2015]

mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales”. Esta figura adolece de la misma deficiencia legislativa del artículo 202 del Código Penal argentino, es poco específico y podría entenderse comprendido en él, desde el contagio de un simple resfrío, hasta incluso un delito terrorista, en efecto, según se contempla en el artículo primero del proyecto de ley que se encuentra en actual tramitación en el Congreso Nacional, es uno de los delitos que se puede cometer mediante una asociación criminal terrorista³³.

El término diseminar, pareciera que se refiere a un acto único mediante el cual se propaga, esparce, reparte una enfermedad, y no varios actos con distintos peligros en sí mismos. El dolo es directo y abarca el conocimiento de querer contagiar a muchas personas, y no a una determinada. Esta figura se vuelve una quimera, ya que probar el dolo directo en el agente, su pretensión de contagiar a un número indeterminado de personas será prácticamente imposible, nos enfrentamos a un serio problema de culpabilidad. Partamos señalando que este individuo para cumplir con el tipo penal, deberá mantener relaciones sexuales con distintas personas, respecto de las cuales es difícil ya, que no contagie por lo menos a algunas, porque si tiene intención de contagiar como se exige, no tomará las precauciones para evitar el contagio, en cuyo caso se vuelve un delito de resultado, luego, la interrogante sería cómo comprobar esa intención detrás de las acciones del agente, ya que el hecho que mantenga relaciones sexuales con varias personas no es indicativo suficiente de que tenga como finalidad contagiarlas a todas.

El artículo 317 del Código Penal chileno, agrava las penas del artículo 316 del C.P, al elevar las penas en uno o dos grados, si a consecuencia de este delito, se produjere la muerte o enfermedad grave de alguna persona, según la naturaleza y número de las consecuencias, elevando incluso la multa al doble del máximo. No se entiende cómo una misma figura que en principio es de peligro, pasa a ser el presupuesto de uno de resultado, y en términos prácticos, para que se concrete esta agravación, un sujeto

³³ Senado República de Chile. Tramitación de proyectos. [En línea]. <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9692-07.> [consultado: 21 de enero de 2015].

debe contagiar a varias personas a la vez, lo cual en este particular caso de contagio por la vía sexual, se hace difícil de configurar. Este artículo deja, además, en la impunidad aquellos casos en que el resultado sea una enfermedad categorizada como lesión menos grave o de menor entidad, como podría ser en aquellas infecciones de transmisión sexual tratada precozmente cuyas consecuencias sean precisamente de esa gravedad, ya que exige que el resultado sea una enfermedad grave o la muerte.

En el Código Penal argentino, cuando de resultados del contagio, resultaran lesiones, las normas aplicables se encuentran en el capítulo I, título II, titulado: “Lesiones”.

Así, el artículo 89 de este código, dispone que: “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.”

Nótese que este artículo si bien, al igual que nuestro código distingue entre integridad corporal y salud, dejando libres las formas comisivas, no las restringe como el nuestro a “herir, golpear o maltratar de obra”, con lo cual deja abierta la posibilidad de encuadrar el delito de contagio venéreo en el delito de lesiones con la única exigencia que cause un daño, como asimismo, cualquier tipo de daño corporal o en la salud.

A su vez, se gradúa la pena según la lesión provocada. El artículo 90, prescribe: “Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro”.

Este artículo es confuso, ya que mezcla delitos de resultado con delitos de peligro, perfectamente podríamos encontrar un concurso de leyes penales entre este artículo y el artículo 202 del Código Penal argentino, artículo éste último que contempla una pena bastante más severa que el primero. En cuanto a los resultados es poco claro, ya que

indica que se debe provocar una debilitación permanente en la salud, sentido, órgano o miembro, lo que llevará a que necesariamente se deba probar esta debilidad, que puede dar lugar a conclusiones subjetivas y muy disímiles, también exige permanencia de esta debilitación, lo que constituye una merma sin parámetros que permitan establecerla. Finalmente, restringe el resultado deformación únicamente al rostro, en circunstancias que podría verse deformado otra parte del cuerpo, incluso, los propios genitales en caso de algunas infecciones venéreas sin tratamiento y con proliferación de sus efectos como en el herpes.

Este delito se ve agravado con los resultados señalados en el artículo 91, que indica: "Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir". Será este último artículo en el cual se encuadrará en ocasiones el delito de contagio venéreo que dependerá en todo caso de la enfermedad transmitida, cuando genere en la víctima una enfermedad corporal cierta y/o probablemente incurable o incluso cuando ocasione la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

En los delitos establecidos en los artículos 89, 90 y 91, se contempla una agravación de la pena: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años, en el evento en que se cometa el delito con algunas de las circunstancias agravantes del homicidio, contempladas en el artículo 80, a saber, al que lesione:

1° A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3° Por precio o promesa remuneratoria.

4° Por placer, codicia, odio racial o religioso.

5° Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6° Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8° A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición.

9° Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

10° A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.

Particular aplicación tiene para estos delitos la primera agravante, ya que muchas veces estas infecciones de transmisión sexual se contagian al interior de la familia, también el numeral quinto por constituir el resultado del delito un peligro común.

Finalmente, establece una figura culposa del delito en el mismo apartado de las lesiones, y en el artículo 94: “Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud. Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses.”

Es interesante como en el capítulo I, título I, sobre el delito de homicidio, se castiga el delito preterintencional con una atenuación de la pena de la figura básica, en el artículo 81, al señalar que baja la pena al que, con el propósito de causar un daño en

el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte. Esta figura origina otra interrogante, a saber, qué pasa en el caso en que a raíz del contagio, la persona finalmente muere. En este punto, creo que la única situación que podría dar lugar a dudas sería el contagio del VIH, por tener consecuencias fatales al no encontrarse a la fecha una cura a esta enfermedad, pero de todas maneras, se debe reflexionar en que no es el virus de la inmunodeficiencia humana el que mata a la víctima, sino, las otras enfermedades que no son de transmisión sexual que el contagiado adquiere producto del debilitamiento de sus defensas, por lo cual y sería de muy difícil aplicación en cuanto a probar el nexo causal.

Para el caso del Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) existe una ley especial la número 23.798, que regula todo lo que se refiere a esta enfermedad desde los puntos de vista ético, médico, sanitario, social y jurídico, teniendo presente que en su primer artículo se declara de interés nacional la lucha contra la enfermedad.

Finalmente, el Código Penal argentino, en el título III, capítulo II, sobre delitos contra la integridad sexual, en el inciso cuarto del mismo artículo 119, establece circunstancias agravantes de responsabilidad penal para el delito de abuso y violación, y para el caso que nos ocupa, constituye circunstancia agravante en la letra c), “si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio”, aumentando la pena de 8 a 20 años de reclusión o prisión. La agravante constituye una figura de peligro, considerablemente severa, por tratarse sólo de una agravante que no exige el contagio efectivo.

1.1.2. Brasil³⁴.

El Código Penal brasileño, le da tal relevancia a este tema que contiene un capítulo sobre el delito de contagio venéreo. Es en el título I, sobre “Los crímenes contra las personas”, capítulo III, “Del peligro de la vida y la salud”, donde se refiere al peligro de contagio venéreo, junto a otros delitos como el abandono de personas, omisión de socorro y malos tratos.

El artículo 130 del Código, dispone que se castiga el contagio de enfermedades venéreas a través de las relaciones sexuales o acto lascivo, al que sabe o debía saber que está contaminado, dependiendo la pena, del dolo con el que se actúa.

También contempla una figura de peligro, en los artículos 131 y 132, se refiere al peligro de contagio de enfermedad grave, así en el artículo 131, castiga con una pena de reclusión de 1 a 4 años y multa a quien con el fin de contagiar una enfermedad grave de la cual está contaminado es capaz de producir el contagio. El artículo 132, castiga a quien expone la vida o la salud de otras personas para ocasionar un peligro inminente, con la pena de prisión de tres meses a un año, si el hecho no constituye un delito más grave.

1.1.3. Estados Unidos³⁵.

Por lo menos 32 estados tienen leyes específicas que penalizan la conducta de las personas que viven con el VIH. Los siguientes Estados tienen leyes que persiguen a las personas por el contagio del virus de la inmunodeficiencia humana: Alabama, Alaska, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, Mississippi, Missouri,

³⁴ Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [En línea]. <www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf> [consulta: 23 de enero de 2015]

³⁵ Estatutos criminales sobre transmisión del VIH en los Estados de U.S.A. [En línea]. <<http://www.thebody.com/content/art6936.html>> [consulta: 23 de febrero de 2015]

Montana, Nevada, New Jersey, Nueva York, Carolina del norte, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Pensilvania, Carolina del Sur, Dakota del sur, Tennessee, Texas, Utah, Virginia y Washington.

Minnesota tiene una ley que criminaliza la transmisión de determinadas enfermedades transmisibles, como el VIH.

Iowa, contempló la ley más grave de transmisión de VIH en el país hasta el 1 de mayo de 2014. Desde hace 16 años que castigaba a cualquiera que se encontrara contagiado con el VIH y que expusiera a otra persona sin revelar su estado positivo, si la infección se produjo o no, para ser condenado de un delito de clase B, es decir, hasta 25 años de prisión y la inscripción obligatoria como un delincuente sexual. Se le ha llamado "draconiana", por la severidad de las penas. De acuerdo con el Departamento de Salud Pública de Iowa, Iowa ocupa el segundo lugar en cantidad de juicios después de Tennessee en estos casos, a pesar de tener un número relativamente pequeño de personas que viven con el VIH / SIDA. Los esfuerzos para modernizar, habían estado en marcha desde al menos el año 2009, dirigido por defensores de la comunidad VIH/ Hepatitis de Iowa Red y 12 otros profesionales de la medicina de Iowa, la salud pública, los derechos civiles y las organizaciones interesadas. El archivo N° 2297 del Senado, redefine los delitos para la transmisión del VIH, también de la hepatitis, la tuberculosis y la enfermedad meningocócica e introduce un sistema escalonado de la sentencia con variantes según si hay o no intención y transmisión. También incluye la defensa en los tribunales, después de un régimen de tratamiento y asesoramiento de un médico y ya no requiere registro de delincuentes sexuales.

En julio de 2010, la Casa Blanca anunció un cambio importante en su política sobre el VIH / SIDA; la "Estrategia Nacional de VIH / SIDA para los Estados Unidos", afirmó que la persistencia y la ejecución de este tipo de leyes (de criminalizar la infección del VIH) es ir en contra de la evidencia científica sobre las vías de transmisión del VIH y pueden socavar los objetivos de promoción de la salud pública. Respecto a la prueba del VIH y el tratamiento, la estrategia de la administración citó un documento del año

2008, escrito por Scott Burris y Edwin Cameron, juez sudafricano, que señalaba: "El uso del Derecho penal para hacer frente a la infección por VIH es inadecuado, excepto en raros casos en que una persona actúa con intención consciente de transmitir el VIH y lo hace".

En septiembre de 2010, el Centro de Derecho y Política de VIH puso en marcha el Proyecto de Justicia positiva, una campaña para combatir el estigma relacionado con el VIH y la discriminación contra las personas con VIH en el sistema de justicia penal de Estados Unidos. En noviembre, el proyecto lanzó un manual de 293 páginas, detallando las leyes y los procesamientos específicos del VIH en los 50 Estados, el Distrito de Columbia, territorios de Estados Unidos, el gobierno federal y el ejército de Estados Unidos.

El 15 de marzo de 2014, el Departamento de Justicia (DOJ), junto con los Centros para el Control de Enfermedades publicó un estudio de las leyes estatales específicas para el VIH llamado "Prevalencia y Salud Pública implicaciones de las leyes estatales que criminalizan la exposición potencial del VIH en los Estados Unidos" .

El 15 de julio de 2014, el Departamento de Justicia publicó un documento denominado "Guía de prácticas recomendadas para reformar las leyes penales específicas del VIH para alinearse con Factores respaldados científicamente", diseñado para guiar a los Estados en la actualización de sus estatutos para "reflejar la comprensión contemporánea de las vías de transmisión del VIH y beneficios asociados de tratamiento y para establecer políticas que no ponen cargas innecesarias a las personas que viven con el VIH / SIDA".

A continuación, se analizan algunas normas de los Estados que contemplan sanciones al contagio venéreo:

En Arkansas en el Ark. Code Ann. § 5-14-123, establece el contagio venéreo como delito de peligro y es llamativo que las formas de comisión del delito sean tan detalladas, en efecto, esta norma prescribe como formas de cometer el delito las

siguientes: a través de la transferencia de sangre o productos de sangre o por tener relaciones sexuales, cunnilingus, felación, el coito anal, o cualquier otra intrusión, por insignificante que sea, de cualquier parte del cuerpo de una persona o de cualquier objeto en las aberturas genitales o anales del cuerpo de otra persona, sin antes haber informado a la otra persona de la presencia del VIH.

En el Estado de California, además de castigar el peligro de contagio, se especifica en la norma que éste se da por el no uso de protección, el agente debe saber que se encontraba infectado y debe actuar con la intención específica de contagiar a otro, sin revelar su estado de VIH positivo. El contagio de otra enfermedad contagiosa, recibe una pena menor. Particular importancia reviste, que sin perjuicio de estas modalidades de comisión, contempla una circunstancia agravante en el Código Penal, para toda persona que cometa un delito sexual con el conocimiento de que él o ella está infectado con el VIH en el momento de la comisión, recibiendo una agravación de tres años por cada violación, además de la pena prevista para el delito sexual en sí.

En Florida, derechamente en el tipo penal se indica que está prohibido para el portador de VIH tener relaciones sexuales con otra persona, salvo que le haya informado a ésta su situación y a su vez ésta hubiere dado el consentimiento al acto sexual.

Finalmente, se puede concluir que en la mayoría de los Estados norteamericanos que contemplan legislación que penaliza el contagio de VIH, exige que el agente lo haga a sabiendas, es decir, obrando con dolo directo, con una tendencia a especificar los modos de comisión. Asimismo, contemplan agravación a la pena cuando la persona infectada es un agente de la ley, como ocurre en Indiana.

1.1.4. España³⁶.

El Código Penal de 1822, en el artículo 378, previó el castigo como delito contra la salud pública, a quien introdujera o propagare enfermedades contagiosas o efectos contagiosos, quebrantaren las cuarentenas o se evadieran de los lazaretos (hospitales). Pero esta cláusula desapareció en los códigos posteriores. La acción legislativa contra las enfermedades contagiosas comunes solamente fue abordada más tarde y como asunto administrativo. La primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al código la transmisión de infecciones contagiosas en general, y entre ellas también las venéreas fue obra de Francos Rodríguez en su conferencia y opúsculo de 1920 sobre delito sanitario.

Se debe la preocupación desde el Derecho penal por las enfermedades de transmisión, específicamente sexual, en Luis Jiménez de Asúa, con su programa eugenésico, quien resaltaba la preocupación jurídica por las enfermedades venéreas, al señalar que “la profilaxis de la sífilis y otras enfermedades venéreas no se refiere puramente al campo de la higiene y la medicina...sino que trasvasa ese recinto y entra de lleno en las meditaciones del sociólogo y hasta del jurista”.

Al decir de Luis Arroyo Zapatero, lo que singulariza la preocupación de los juristas por las infecciones de transmisión sexual frente a otras es que el contagio es plasmación directa de una conducta humana consciente que produce en otro la enfermedad.

Fue el Código de 1928, el que introdujo el delito de propagación maliciosa de enfermedad en general y, por vez primera, el delito de contagio venéreo. El primero entre los delitos contra la salud pública y el segundo entre los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas.

Posteriormente el gobierno republicano preparó un proyecto para la lucha

³⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis, *La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA*. Derecho y salud, vol. 4, num.2, julio-diciembre de 1996, pp.210 y ss.

antivenérea en los años 1931-1932 cuyo precepto punitivo fundamental era el siguiente:

Artículo 30: “El que practique relaciones sexuales sabiéndose afecto de una enfermedad venérea en periodo contagioso será castigado con las penas de presidio menor en su grado mínimo (seis meses a dos años) y multa, a no ser que el Código Penal imponga a los hechos sanción más alta. Si el delito se perpetrase por culpa las penas serán de arresto mayor (de un mes a seis) y multa, cuando los hechos no estuvieren castigados más severamente en el Código Penal...” Este precepto se completaba con la incriminación del incumplimiento malicioso del tratamiento obligatorio impuesto, así como de la omisión de cuidado de los padres o tutores sobre hijos o pupilos enfermos y de las variantes del contagio nutricional. La omisión de denuncia a la autoridad sanitaria del abandono de tratamiento por parte del enfermo se configuraba como infracción administrativa y se autorizaba la hospitalización forzosa para los refractarios al tratamiento.

En la reforma del código, por la Ley de 24 de abril de 1958, se introdujo el artículo 348 bis, que contemplaba el delito de propagación maliciosa de enfermedades. Este artículo se ubicaba entre los últimos de los delitos contra la salud pública, y se redactaba al siguiente tenor: “el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor (seis meses a seis años). No obstante, los Tribunales teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare podrá imponer la pena superior inmediata (seis años a doce), sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave”. Este artículo fue objeto de muchas críticas por parte de la doctrina y no tuvo aplicación por los Tribunales, debido a su defectuosa construcción técnica, por la exigencia de propagación de la enfermedad, la cual debía ser además maliciosa.

Tratándose de la transmisión dolosa o imprudente del SIDA, constituía delito de lesiones graves, ya que con la reforma de 1989, se eliminó la limitación de los medios típicos de causación.

Actualmente³⁷, en España, no existe un delito específico de puesta en peligro de contagio, la incriminación de conductas que supongan la transmisión del SIDA hay que ubicarla en el delito de lesiones. Es el título tercero del libro segundo del Código Penal español, en sus artículos 147 y siguientes, el que trata del delito de lesiones, describiendo con tal amplitud los modos comisivos que hace perfectamente encuadrable el contagio venéreo dentro de sus normas. En efecto, en el artículo 147 señala que comete el delito de lesiones:

1.- El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de 6 meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2.- No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado y el resultado producido. Es dable resaltar que en el caso del N° 1 de este artículo, la pena aumenta de 2 a 5 años de prisión atendido el resultado causado o riesgo producido, si N° 4: si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

Luego, en el artículo 149, establece unas lesiones agravadas al señalar que:

1.- El que causara a otro por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años.

³⁷ Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [En línea]. <www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-en-vigor.pdf> [consulta: 18 de noviembre de 2014]

2.- El que causara a otro una mutación genital en cualquiera de sus manifestaciones, será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento, por tiempo de 4 a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz

Finalmente, el artículo 152, se refiere al que comete estos delitos con imprudencia grave, castigando:

1.- Con la pena de prisión de 3 a 6 meses, si se tratare de la lesiones del artículo 147 N° 1.

2.- Con la pena de prisión de 1 a 3 años, si se tratare de las lesiones el artículo 149.

3.- Con la pena de prisión de seis meses a 2 años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Los Tribunales españoles, han venido resolviendo en cuanto a la culpabilidad del autor, que ésta se determina según si éste utilizó o no, algún medio de protección con el fin de evitar el contagio, es decir, el uso del preservativo viene a ser decisivo para establecer si el agente actuó con dolo o culpa³⁸. Si no se usó preservativo, se estima

³⁸ En sentencia de fecha 8 de noviembre de 2011, dictada por el Tribunal Supremo de España que recayó sobre recurso de casación N° 1218/2011, se pronunció por estimar que se configuraba en los hechos, un delito de lesiones graves dolosas, teniendo en consideración, que el acusado, “tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativos. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran el contagio cuya representación resultaba obligada para su agresor, como lo evidencia el hecho de que conscientemente, y para seguir manteniendo esas relaciones, omitió informar a su víctima de que era portador de una enfermedad que se contagia con ese tipo de relaciones, como así sucedió.” Roj: 7857/2011, (2011): Supremo Tribunal de

por lo general, que concurre dolo eventual y no culpa. La culpa es considerada en la mayoría de los casos en que habiendo utilizado preservativo éste se rompe en el acto sexual³⁹.

1.1.5. Alemania⁴⁰.

El parágrafo 223 del Código Penal alemán, contempla el delito de “Lesión corporal”, a quien inflija a otro, malos tratos corporales o dañe su salud, con el castigo de una pena privativa de la libertad de hasta cinco años o multa. La tentativa es punible.

El parágrafo 224 del Código Penal, sanciona las llamadas lesiones corporales peligrosas, del siguiente modo: “Quien cometa la lesión corporal: 1. Por medio de la administración de veneno u otras sustancias nocivas para la salud, 2. Por medio de un arma u otras herramientas peligrosas, 3. Por medio de un atraco aleve, 4. Con otro partícipe conjuntamente, y 5. Por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida, estará sujeto a la pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años; en casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. La

Madrid, sala de lo penal 4 junio 2004, [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>> [consulta: 19 de abril 2015].

³⁹ En sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España, sala en lo penal de fecha 6 de junio de 2011, se señala que la utilización de preservativos, “no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado. No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1 2º del Código Penal, por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida), respecto de la conducta descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por el acusado, era no sólo evitable sino sin duda también previsible.” Roj:3527/2011, (2011): Supremo Tribunal de Madrid, sala de lo penal 6 junio 2011. [En línea]. <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>> [consulta: 19 de abril 2015]

⁴⁰ LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Traducción Código Penal Alemán. Universidad Externado de Colombia. [En línea]. <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf> [consulta: 3 de marzo de 2015].

tentativa es punible”.

El párrafo 226, sanciona las figuras agravadas, así, “Lesión corporal grave. Si la lesión corporal tiene como consecuencia que la persona lesionada 1. Pierda la visión de uno o de los dos ojos, el oído, el habla o la capacidad reproductora, 2. Pierda un miembro importante del cuerpo o no lo pueda utilizar permanentemente, o 3. Quede desfigurado permanentemente de manera considerable o caiga en padecimiento físico habitual, paralización o enfermedad mental o discapacidad, entonces la pena será de uno a diez años de prisión. Si el autor causa intencional y deliberadamente una de las consecuencias señaladas en el inciso 1, entonces la pena privativa de la libertad no será inferior a tres años.

En casos menos graves del inciso primero, deberá imponerse pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años; en casos menos graves del inciso segundo, la pena privativa de la libertad es de uno hasta diez años.

En el párrafo 227, contempla el delito de lesión corporal con consecuencia de muerte: “Si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal (§ 223-226), entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años. En casos menos graves se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta diez años”.

Particular relevancia tiene el párrafo 228, que incorpora el consentimiento como causal de atipicidad en estos delitos, pero deja a salvo la posibilidad de sancionarlo de todas formas si a pesar del consentimiento, el delito es contrario a las buenas costumbres. “Consentimiento. Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces solo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres”⁴¹.

⁴¹ ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. *Indret*, revista para el análisis del Derecho, año 2013, p.16. En relación a la autopuesta en peligro, teoría de Claus Roxin, el Tribunal Supremo de Baviera, Alemania, en sentencia de fecha 15 de septiembre de 1989, en un caso de contagio de SIDA, dictó sentencia absolutoria, argumentando que se habría tratado de “una autopuesta en peligro libre y responsable” poniendo énfasis en que la

Finalmente, el artículo 229, se refiere a las lesiones culposas: “Quien por imprudencia cause la lesión corporal de otra persona, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa”.

2.- EVOLUCIÓN JURÍDICA EN CHILE.

En nuestro Derecho no existe la figura criminosa del delito de contagio de infecciones de transmisión sexual, SIDA o nutricio.

El primer proyecto de Código Penal, que incluyó el delito de contagio venéreo y nutricio, fue el de Erazo-Fontecilla de 1929, que lo incorporaba como una verdadera novedad, en el libro II, de la parte especial, artículos 96 a 99. Posteriormente, también lo incorporaba el proyecto de código de Silva-Labatut, de 1938⁴².

Como reforma parcial, a la fecha se conocen 2 proyectos que han pretendido tipificar el delito antedicho como independiente y distinto de las lesiones.

El primero fue presentado por el senador Florencio Durán, en el año 1938 y se llamó “Proyecto sobre transmisión de enfermedades de trascendencia social”. Posteriormente, con fecha 10 de noviembre de 1939, ingresa al Congreso Nacional un

mujer que mantuvo relaciones sexuales sin protección con un portador del virus habría “sido advertida varias veces por el acusado acerca de su infección, de los peligros de tener relaciones sexuales no protegidas, de las consecuencias posiblemente mortales de una infección y de la ausencia de posibilidades de curación”, “La mujer se habría impuesto, con su deseo de mantener esa relación sexual sin protección, a la voluntad del acusado, que inicialmente se había opuesto decididamente a tal solicitud”. En este caso, para el autor Claus Roxin, se trataría de una heteropuesta en peligro consentida equiparable a una autopuesta en peligro, cuya solución en todo caso comparte.

⁴² RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel. *Evolución histórica del Derecho Penal Chileno*. Edeval, Valparaíso, 1991, p. 85 y ss.

proyecto denominado “Proyecto de ley de contagio venéreo y de certificado prenupcial”, cuya autoría pertenece al médico y ex presidente de la República, Salvador Allende Gossens.

Pasaron varios años hasta que, el día 17 de noviembre 1992 se presentó el proyecto N° 864/07⁴³, por parte de los senadores Laura Soto González y Hernán Vodanovic Schnake, que proponía lo siguiente:

“Artículo primero.- Reemplácese el artículo 397 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 397.- El que de cualquier forma o por cualquier medio produjere a otro un daño en su integridad corporal o en su salud física o mental, será castigado como reo de lesiones graves:

1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o totalmente deforme.

2º Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Cuando las lesiones se produjeren por contagio venéreo, el delito, sólo podrá ser perseguido por querrela del perjudicado y quien haya contagiado a otro, quedará exento de responsabilidad criminal si hubiere obrado con conocimiento y anuencia de éste.

Artículo segundo.- Reemplácese el artículo 398 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 398.- El que, sabiendo que padece de una enfermedad transmisible mediante relación genital y que se encuentra en período en el que pueda

⁴³ Cámara de Diputados de la República de Chile. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1669&prmBL=864-07>. [consulta 26 Abril de 2015]

efectivamente transmitirla, yaciere con otro, poniendo en peligro su vida o su salud, y sin el conocimiento o anuencia de éste, será castigado con una pena de presidio menor en su grado mínimo.”

El día 7 de junio de 1995, el proyecto fue rechazado y enviado al archivo.

Posteriormente, en el año 2007 se gestó otro proyecto de ley N° 4364-07⁴⁴, de mano de las diputadas Laura Soto González y Denise Pascal Allende, que proponía la modificación de los artículos 397 y 398 del Código Penal, incluyendo el contagio de enfermedades venéreas como una de las formas de comisión del delito de lesiones, lo que permitiría castigar el contagio venéreo como delito doloso o culposo. Este proyecto le da importancia al consentimiento como eximente de responsabilidad penal, basado en la libertad individual en orden al ejercicio de la actividad sexual y la intimidad de la pareja humana. Finalmente, deja la acción penal como privada. Actualmente, este proyecto figura en trámite, sin embargo, no ha tenido movimiento desde el año 2009.

El proyecto de ley, en lo medular, queda muy similar, sino, prácticamente igual al anterior, de la siguiente forma:

“Artículo primero.- Reemplácese el artículo 397 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 397.- El que de cualquier forma o por cualquier medio produjere a otro un daño en su integridad corporal o en su salud física o mental, será castigado por el delito de lesiones graves:

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o totalmente deforme.

⁴⁴ Cámara de Diputados de la República de Chile. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4753&prmBL=4364-07>.[consulta 26 Abril de 2015).

2º Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Cuando las lesiones se produjeren por contagio venéreo, el delito, sólo podrá ser perseguido por querrela del perjudicado y quien haya contagiado a otro, quedará exento de responsabilidad criminal si hubiere obrado con conocimiento y anuencia de éste.

Artículo segundo.- Reemplácese el artículo 398 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 398.- El que, sabiendo que padece de una enfermedad transmisible mediante relación genital y que se encuentra en período en el que pueda efectivamente transmitirla, yaciere con otro, poniendo en peligro su vida o su salud, y sin el conocimiento o anuencia de éste, será castigado con una pena de presidio menor en su grado mínimo.”

El profesor don José Luis Guzmán Dálbora es de la idea que esta redacción de la norma del proyecto es todo un acierto, “pues entendemos que se trata de que la ley penal sirva como un llamado de atención a los enfermos, para que éstos se abstengan de mantener relaciones sexuales bajo circunstancias que su patología hace peligrosas y mientras de ello no tenga noticia aquel sujeto que puede resultar afectado, caso que el concúbite se consume”⁴⁵. El profesor Guzmán Dálbora le reconoce también a este proyecto dos virtudes, configurar las lesiones como tipos de formulación libre y en segundo término, sancionar el contagio venéreo.

Estos últimos proyectos tan similares en su redacción, me parece que parten de un enfoque totalmente ambiguo y contradictorio, en efecto, en primer lugar, se indica en el mensaje del proyecto que una de las motivaciones para erigir la acción de contagiar el SIDA, como delito, es que, más que un problema de salud individual, representa un problema político que interesa a la sociedad toda, siendo una enfermedad

⁴⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *El Derecho penal chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual*. Doctrinas esenciales. Gaceta jurídica. Derecho penal. Tomo II 1976-2010, p.637.

necesariamente mortal y que hasta el momento la ciencia médica nada puede hacer ante los efectos últimos del mal en el enfermo y por evitar su propagación, sin embargo, concluye que el bien jurídico protegido es la salud y la integridad corporal individual, por tanto un delito de resultado. Ello se ve reafirmado con la incorporación que hace en el tipo penal, eximiendo de responsabilidad al autor cuando hubiere obrado con el consentimiento del sujeto pasivo.

En el artículo 398, se crea específicamente un delito de contagio de infecciones de transmisión sexual como delito de peligro concreto, con “el objeto de corregir la actitud de la ciudadanía en el sentido de contener sus deseos si padece de alguna enfermedad transmisible, obligándola a ponerla en conocimiento de su pareja y esperar su anuencia”⁴⁶. Me parece que el objetivo más allá de la corrección de los ciudadanos o su educación, el énfasis de la norma debe estar relacionado con su objeto de protección, que es la salud, ya que el peligro no es que los ciudadanos no se eduquen frente al tema y eviten el contagio por educación, sino que su conducta trae graves consecuencias para la salud propia y de los demás. El hecho que se castigue el mero acto de poner en peligro, sin perjuicio alguno, encuadrado dentro del delito de lesiones, que exige un resultado me parece una contradicción. Considero que en un sistema tan garantista como el nuestro, es difícil dar rienda a un delito de peligro como éste, en que se condene a una persona por el hecho de poner en riesgo de contagio venéreo a otro, sin verificarse un perjuicio, un daño; que sumado al medio de comisión, haría la prueba de suyo, difícil de encontrar.

Este proyecto del artículo 398, complica aún más las cosas cuando exige que el agente se encuentre en período en el que pueda efectivamente transmitir la enfermedad, imponiendo una carga de prueba adicional y además restringe el contagio sólo a aquél que se produce por la vía de mantener relaciones sexuales, cuando sabemos que pueden verificarse otros modos de contagio. Finalmente, este proyecto no se hace cargo del actual artículo 316 del Código Penal, que puede resultar

⁴⁶Cámara de Diputados de la República de Chile. [En línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4753&prmBL=4364-07> [consulta 26 Abril de 2015)

contradictorio con el artículo 398 que se propone, ya que un mismo hecho podría encuadrarse en dos normas, que tienen penas totalmente disímiles, provocándose en la práctica un concurso de delitos desproporcionado en la pena.

En relación a la redacción del artículo 397 del Código Penal, que deja amplias las formas comisivas y que se ve reforzado por la frase “de cualquier forma o por cualquier medio”, la disposición absorbe formas irrisorias de comisión, como sería por ejemplo, el contagio de enfermedades en las que el agente tuvo nula capacidad del control infeccioso, y además, no advierte lo complejo de agregar el daño mental al catálogo de resultados del delito de lesión, pudiendo abarcar un extenso abanico de enfermedades mentales con sus ineludibles dificultades probatorias.

En cuanto a incorporar el consentimiento como causa de atipicidad, mi postura difiere de esta opción. Sostengo que si en el delito de contagio venéreo, el bien jurídico protegido es principalmente la salud individual, de tal manera que una infección de transmisión sexual causa serias lesiones en el organismo, que incluso pueden derivar en la muerte del enfermo como en el caso del SIDA, entonces sin lugar a dudas, pasa a considerarse base del libre desarrollo del ser humano y porque además la función sexual que se ve afectada es considerada de las más elementales en toda persona, por tanto, no podría disponerse de estos bienes con tanta liviandad y libertad.

Günther Jakobs, refiriéndose al fundamento del consentimiento como causa de justificación, señaló que puede tener valor respecto de “bienes de los cuales se puede disponer libremente, que son intercambiables, sobre todo, la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física, ésta última, sin embargo, sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente, por ejemplo, lesiones leves en prácticas sexuales, pero no base de ese libre desarrollo”⁴⁷.

Eventualmente podría considerarse como válido el consentimiento en infecciones

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A, Segunda edición, Madrid, 1997, p. 294.

de transmisión sexual con resultado de lesiones leves o menos graves, pero no en el contagio de resultados más graves, aun así, no se puede obviar que la naturaleza particular de estas infecciones es ser contagiosas, de manera que de no tratarse oportunamente podrían potencialmente extender sus efectos a otros, lo que deriva en que no sea tan fácil admitirlo. De este tema me refiero en el capítulo tercero.

2.1. ESTADO JURIDICO ACTUAL.

Como ya se adelantó, actualmente, en nuestro Código Penal, el delito de lesiones no abarca la figura de transmisión de infección sexual como delito y hace imposible encuadrarla dentro de ésta, habida consideración de la formulación de los núcleos típicos alternativos: herir, golpear o maltratar de obra a otro.

En Chile, la única normativa vigente que se refiere a las infecciones de transmisión sexual, se encuentra en el Código Sanitario, que en el libro I, título II, contiene el párrafo I, titulado “De las enfermedades transmisibles”, con normas de disposiciones generales en los artículos 20 al 37 y en el párrafo II de este título en que se hace referencia a las infecciones venéreas, en los artículos 38 a 41. Se trata de normas de orden administrativas. Artículos que, a continuación, serán analizados.

El artículo 20, establece la obligación de comunicar por escrito el diagnóstico cierto o probable de una enfermedad transmisible sujeta a declaración obligatoria al Servicio de Salud, a: 1) El médico-cirujano, que asista a persona que padezca la enfermedad; 2) Persona que en su casa o establecimiento tuviere uno de dichos enfermos si no hubiere sido éste atendido por un médico cirujano; 3) Directores técnicos de las farmacias que despachen recetas destinadas al tratamiento de estas enfermedades y; 4) A quienes dirigen técnicamente los laboratorios clínicos que realicen los exámenes

para su confirmación diagnóstica.

Las infecciones transmisibles que deben ser comunicadas se encuentran indicadas en el Reglamento.

Con fecha 28 de septiembre de 1983, se dictó el Decreto Supremo N° 362, del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual, publicado en el diario oficial con fecha 7 de mayo de 1984, derogado por el decreto N° 206/05, publicado en el diario oficial el 8 de mayo del año 2007⁴⁸. Como se adelantó, en el artículo 2° del Reglamento, se indica qué infecciones considera de transmisión sexual para los efectos del Reglamento. A su vez, hace de cargo del Ministerio de Salud el manejo y control de las infecciones de transmisión sexual en la población.

En el artículo 5 de este Reglamento, dispone que “Todo médico cirujano está obligado a notificar a la autoridad sanitaria correspondiente, los casos de infecciones de transmisión sexual que, en el ejercicio profesional, diagnostique como tales, en la forma y plazo que se establecen en la reglamentación vigente sobre notificación de enfermedades transmisibles”.

El Ministerio de Salud dictará la norma técnica para el manejo y tratamiento de estas infecciones, la que será readeuada y actualizada periódicamente.

La atención que presten los servicios de salud en sus establecimientos respecto de estas infecciones será totalmente gratuita.

A estas disposiciones complementarias hay que agregar el Decreto 158, de fecha 22 de octubre de 2004, que establece normas sobre notificación de infecciones transmisibles de declaración obligatoria. Asimismo, el decreto N° 446, de fecha 12 de junio de 1987, que imparte normas para la aplicación de un programa de vigilancia epidemiológica del SIDA y la resolución exenta 371, promulgada el 2 de febrero del año

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional. [En línea]. < www.bcn.cl >. [consulta: 20 de diciembre de 2014].

2001, que regula el procedimiento de examen para la detección del virus de la inmunodeficiencia humana.

También encontramos la Ley 19.779, que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas.

2.2. EL DELITO DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO Y LA FIGURA DE CONTAGIO VENÉREO.

Como es sabido, el título VIII, del libro II de nuestro Código Penal, sobre crímenes y simples delitos contra las personas, en su párrafo 3, trata de las lesiones corporales.

El artículo 397 de nuestro Código Penal, contempla las lesiones gravísimas y las simplemente graves. Esta norma parte indicando las formas de cometer este delito, restringiéndolas a: herir, golpear o maltratar de obra a otro, y la sanción dependerá de la gravedad del resultado que se cause.

Pues bien, con estas formas comisivas, se deja inmediatamente excluido, al contagio venéreo u otras formas de contagio como formas comisivas del delito en cuestión.

Por su parte, el artículo 398, hace aplicables las penas del artículo 397 del Código Penal al que causare a otro alguna lesión grave, ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu. En esta redacción no se incluye el contagio como medio comisivo, sin embargo, algunos autores como Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, estiman que podría castigarse el contagio de infecciones de transmisión sexual por la vía de

administrar, a sabiendas, sustancias o bebidas nocivas. Así, “quien se sabe portador de una grave enfermedad (VIH), no comunica este hecho a su pareja sexual y no adopta las medidas de precaución médicamente indicadas (condones), administraría (con dolo eventual o al menos culposamente) sustancias nocivas que causan una enfermedad a una persona que quizás no habría consentido libremente de conocer dicha enfermedad”⁴⁹. Por su parte, don Mario Garrido Montt, comparte esta tesis al manifestar que los “virus transmisibles” del contagio venéreo, “podrían asimilarse a las sustancias nocivas y si son suministrados dolosamente y causan una enfermedad grave o gravísima, quedarían comprendidos en este tipo penal”⁵⁰.

Los citados autores parten de la premisa de que lo transmitido en la infección de transmisión sexual, es una sustancia nociva, lo que dista mucho de lo que verdaderamente ocurre. Descarto esta tesis, del solo tenor literal de la norma, ya que, según la definición que da el diccionario de la Real Academia Española, el término “sustancia”, tiene varios significados, a saber: “ser, esencia o naturaleza de algo; jugo que se extrae de ciertas materias alimenticias, o caldo que con ellas se hace; Aquello que permanece en algo que cambia; Aquello que constituye lo más importante de algo; valor y estimación que tiene las cosas; hacienda, causal bienes; componentes nutritivos de los alimentos; juicio madurez; Realidad que existe por sí misma y es soporte de sus cualidades o accidente; consomé; alimento elaborado con leche, huevo, azúcar, que se da a personas convalecientes.”⁵¹ Y “nocivo”: “dañoso, pernicioso, perjudicial”⁵². Es decir, sustancia podría ser comprensivo de muchas cosas, pero el agente causante de una enfermedad de este tipo, no es cualquier sustancia, tiene una configuración determinada. Lo que se contagia en las infecciones de transmisión sexual es concretamente una bacteria en la mayoría de los casos o un virus y en el

⁴⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Editorial Jurídica, Santiago, año 2004, pp.139 - 141.

⁵⁰ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, parte especial*, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, año 2007, p. 165.

⁵¹ Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=Cad4vsTI5DXX2FAvv9MN>> [consulta 3 de marzo de 2015]

⁵² Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=nocivo>> [consulta 3 de marzo de 2015].

SIDA se transmite específicamente el virus de la inmunodeficiencia humana, ergo, estructuras vivas que no pueden ser consideradas meras sustancias. La sangre u otros fluidos son sólo el medio de transporte de estos virus y bacterias, que no es nociva en sí misma, sino en cuanto susceptible de producir el contagio a través de estos microorganismos patógenos.

Teniendo en cuenta estas consideraciones estimo que, cuando la norma del artículo 398 del Código Penal se refiere a sustancias nocivas, no comprende los virus o bacterias de estas infecciones, sino más bien hace alusión al veneno o aquellas sustancias que según la situación particular del caso y la víctima, puedan ocasionar lesiones graves. Aunque el autor Bullemore, sostenga que sustancia nociva se refiere más bien a “sobredosis de medicamentos o medicinas contraindicadas así como al suministro de alimentos en mal estado”⁵³.

Por otra parte y no menos relevante, el verbo rector del tipo consiste en “administrar”, que según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “Gobernar, ejercer la autoridad, o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan; Dirigir una institución, ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes; Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad; Suministrar, proporcionar o distribuir algo; Conferir o dar un sacramento; Aplicar, dar o hacer tomar un medicamento; Graduar o dosificar el uso de algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto”⁵⁴, de ello se sigue que no se trata de un verbo aplicable para el caso del contagio de las infecciones que se analizan, pues el medio de contagio es primordialmente la vía sexual, además de ésta, otras bien específicas, que dicen relación con el contacto con la sangre del infectado, mucosas o heridas abiertas, por tanto, no es que la bacteria o virus se proporcione, distribuya o suministre como quien confiere o entrega algo. Sin embargo, para autores como Sergio Politoff, Francisco Grisóla y Juan Bustos, el concepto de este término “no puede

⁵³ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte especial*, Tomo III, Editorial Lexis Nexis, Segunda Edición, 2007, p. 62.

⁵⁴ Diccionario de la Real Academia Española. <<http://lema.rae.es/drae/?val=administrar>> [consulta 3 de marzo de 2015]

subordinarse a los significados que ofrece el Diccionario” “el sentido no puede ser otro que el que impone la lógica del texto” y consistiría en “la acción de introducir en el organismo de la víctima, aun usándola a ella como autor inmediato o material, por cualquier vía, la sustancia nociva, sea que se emplee violencia, engaño y aun con el conocimiento y hasta el consentimiento expreso del paciente”⁵⁵, posición que me parece criticable, pues el concepto de las palabras las da el Diccionario y no la lógica, los vocablos se definen formalmente y aun se interpretan conforme a su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Si el objetivo de la norma era que se introdujera de cualquier forma la sustancia nociva debió señalarlo con tal claridad, ya que el concepto introducir no es sinónimo de administrar y atienden ambos a conceptos totalmente disímiles.

Hay autores que van más lejos, que estando de acuerdo con incluir dentro de esta figura del artículo 398 del C.P, el contagio venéreo, manifiestan no estar de acuerdo con que incluya la figura culposa, por lo que proponen en casos de contagio con culpa castigarlo a título de abuso de credulidad o flaqueza de espíritu⁵⁶.

Debemos precisar ante todo, el significado de la palabra “abusar”, que puede ser definido como “Usar, excesiva, injusta o indebidamente de alguna cosa”⁵⁷, Garrido Montt, aclara que “el agente tiene que aprovecharse de la situación psíquica especial que afecta a la víctima (en eso consiste el abuso)”⁵⁸.

En palabras del penalista Garrido Montt, “Crédulo es aquel que confía en plenitud en otra persona, le tiene fe, lo que es frecuente tratándose de personas que son parroquianos de individuos que actúan como curanderos, adivinos o astrólogos. La

⁵⁵ POLITOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco; BUSTOS, Juan. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2001. p.222.

⁵⁶ POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan y GRISOLIA, Francisco. *Derecho Penal Chileno. Parte especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Segunda Edición, Santiago, 1993, p 225

⁵⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena S.A, Barcelona, España, 1967, p 34.

⁵⁸ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, parte especial*, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, 2007, p. 166.

flaqueza de espíritu hace referencia a una persona débil de entendimiento, ingenua”⁵⁹.

En mi opinión, esta segunda parte del artículo 398 del Código Penal, exige una especie de subordinación psicológica que no se dará en el caso del contagio venéreo, el sujeto pasivo en este delito, por lo general, será un sujeto sin una situación psíquica especial ni débil de entendimiento, por lo que difícilmente podría configurarse el abuso de una condición de la víctima inexistente, salvo cuando la víctima sea menor de edad o tenga algún tipo de discapacidad mental de tal manera que esa particular condición nuble su capacidad de razonar, de otro modo podría darse restringidamente en casos que haga plausible que la víctima se encuentre en una relación de confianza y credibilidad respecto a lo que le manifiesta el agente. Lo que generalmente ocurre en el contagio venéreo es que el agente engaña a la víctima sobre la existencia de la enfermedad, creando una situación falsa de la realidad al ocultarlo y no un abuso, que tiene una connotación de aprovecharse de algo o alguien, por tanto, exige una “posición de dependencia o superioridad psíquica de la víctima respecto del ofensor”⁶⁰.

Del mismo modo, la expresión “flaqueza de espíritu” se refiere a una debilidad de fuerza interior, una disminución emotiva, pero no a un desconocimiento de un hecho fáctico como ocurre en la víctima de un contagio de Infección de transmisión sexual, por lo tanto, se descarta de inmediato la posibilidad de admitirla como vía de causar estas lesiones graves.

Para el autor Joaquín Pacheco haciendo alusión al artículo 335 del Código Penal Español de 1848, que era muy similar en su redacción al actual artículo 398 del Código Penal Chileno, que prescribía: “Las penas del artículo anterior, son aplicables, respectivamente, al que sin ánimo de matar causare a otro alguna de las lesiones graves, administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu”, haría alusión a “supercherías, filtros y brujerías de todo género, ejecutadas por cualquier interés y por una persona que abusa de la

⁵⁹ Ibid, p. 166.

⁶⁰ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, 2012, p.141.

inferioridad de otros”⁶¹. Este autor ofrece como hipótesis aplicable de este artículo, la de “quien ha llevado a un hombre de poco espíritu a casa de una hechicera y los fantasmas que allí ve, le determinan un arrebató al cerebro o le hacen perder la razón”⁶², ejemplo que aun siendo anacrónico, en su sustrato hace referencia a que mediante esta forma comisiva el agente provoca en el ofendido una conmoción tal que le determina a reaccionar de un modo que culmina ocasionándole lesiones graves, medio que dista mucho de lo ocurre en las lesiones por contagio de una infección venérea como ya se ha venido señalando.

Para Bullemore⁶³ en esta hipótesis “las lesiones deben ocasionarse a través de medios morales, restringiendo el abuso al dolo directo y la conducta a la comisión, debe apuntar al hecho de lograr que la víctima resulte lesionada por una conducta propia explicable en su credulidad excesiva en su falta de capacidad para oponerse a los designios de otro”. Consideraciones, que vienen a reafirmar la conclusión de que en estos casos, debe existir una especial condición del sujeto pasivo en el delito, que generalmente no se dará en el contagio venéreo.

El artículo 398, segunda parte, hace clara alusión a un medio comisivo de índole psicológico y no por medios materiales, como ocurre en el contagio venéreo, en que se verificará mediante el contagio, con lo cual se suprime *ipso facto* la posibilidad de que pueda ser aplicable este artículo para los delitos de contagio venéreo.

Tratándose de las lesiones menos graves, éstas constituyen la figura básica de las lesiones, este artículo comienza su redacción, así: “las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves..”, ligando el resultado de una lesión menos grave a la forma de comisión de los artículos anteriores, ya que a ellos

⁶¹ PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III. Imprenta de Santiago Saunaque, 1849, España, pp. 58-59.

⁶² *Ibid*, p. 59.

⁶³ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte especial*, Tomo III, Editorial Lexis Nexis, Segunda Edición, año 2007, p. 62

hace referencia. De ello se puede concluir que serían lesiones menos graves, las que produzcan incapacidad para el trabajo de hasta 30 días; las mutilaciones de parte de un miembro importante o menos importante y que no puedan calificarse de graves atendidos sus efectos y; las cometidas por omisión.

Nuestra doctrina nacional, está conteste en esta posición, entre los que se puede mencionar a Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez⁶⁴. Alfredo Etcheberry, ha definido las lesiones menos graves como aquellas que consisten en “herir, golpear o maltratar de obra a otro, sin que se produzcan resultados constitutivos de lesiones graves y sin que concurren las circunstancias propias de las lesiones leves.”⁶⁵ Este autor agrega que las lesiones menos graves constituyen la regla general y que las otras figuras constituyen situaciones de excepción, que requieren circunstancias especiales para sustraerse al ámbito de las lesiones menos graves. Me parece en este punto que no sólo debe restringirse la remisión a las lesiones graves o las leves, sino, también podría abarcar la castración o las mutilaciones, en el caso que no se cumpla con todos sus requisitos o cuando las lesiones tengan como resultado una incapacidad o enfermedad menor a los 30 días, tesis compartida por el penalista Vivian Bullemore⁶⁶ y porque además ha habido jurisprudencia que así lo confirma.

Esta posición es la dominante en la jurisprudencia.

En relación a la figura residual de las lesiones contemplada en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, se entiende por tales “las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho”. Es necesario tener claridad de cuándo nos encontramos ante éste tipo de lesiones y cuándo ante lesiones menos graves, siendo el criterio

⁶⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, año 2012, p.118.

⁶⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, parte especial*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 2005, p. 128

⁶⁶ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte especial*, Tomo III, Editorial Lexis Nexis, Segunda Edición, año 2007, p. 62.

valorativo-normativo seguido el que “responde a un modelo típico que solo negativamente tiene en cuenta los resultados, pero que positivamente se basa en otros criterios valorativos”⁶⁷, los que deberán ser ponderados por el juez en el caso concreto, y que se refieren específicamente a las circunstancias del hecho, como por ejemplo cuando se añade ignominia a la lesión, y la calidad de las personas, como cuando se lesiona a una persona en desventaja física.

Este criterio valorativo se ha preferido al criterio cuantitativo para definir las lesiones leves, establecido en el artículo 196 de la ley de tránsito, que prescribe: “Se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días”, ya que esta norma restringe este concepto únicamente a los casos previstos en la ley N° 18.290 y su aplicación analógica sólo sería legalmente admisible “cuando se realiza *in bonam partem*. No obstante, en las hipótesis que justificarían dicha integración analógica se trata precisamente de exasperar la penalidad”⁶⁸.

Gustavo Labatut Gléna, es de la tesis que el contagio venéreo puede encuadrarse como “lesiones graves o menos graves, según sean las consecuencias, porque representan daños causados a la salud de las personas por medios virulentos, significan un maltrato de obra y se traducen en enfermedades o incapacidades para el trabajo que pueden durar más o menos 30 días”⁶⁹, sin embargo, estimo que no se puede concluir que se trate de maltrato de obra en la medida que las lesiones provocadas por el contagio venéreo, dejan señales ciertas en el cuerpo, produciendo manifestaciones evidentes de la enfermedad.

⁶⁷ VAN WEEZEL, Alex. *La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar*. Revista Chilena de Derecho, v.35, n. 2, Santiago de Chile, Agosto de 2008. [En línea] <<http://www.dpp.cl/resources/upload/58eca25dfb4ec2db6c3e7d4027979d79.pdf>> [Consulta: 7 de Julio de 2015], p.4.

⁶⁸ Ibid, p.7.

⁶⁹ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal, parte especial*, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago de Chile, 1983, pp. 126 y 127.

Posición diferente es la sostenida por don Mario Garrido Montt⁷⁰, para quien las lesiones menos graves tiene una naturaleza subsidiaria, pudiendo ser causada con modalidades distintas y no sólo por la que se desprende de los verbos rectores señalados en el artículo 397, comprendería incluso, “aquellas que consistan en ingerir sustancias nocivas y aun en el contagio doloso de enfermedades (contagio venéreo y otros)”, añade que en todo caso, deben causar enfermedad o incapacidad para el trabajo que no puede sobrepasar los 30 días, y siempre que no sean calificadas como lesiones leves.

Me parece que, si siguiéramos esta última posición, en definitiva no podríamos considerar las lesiones ocasionadas a través de contagio venéreo como lesiones menos graves, ya que en virtud de su propio argumento quedarían fuera, en efecto, la sífilis, tiene un período de incubación de 1 a 30 días y después de esta etapa le siguen la sífilis secundaria y latente, latente tardía y sífilis terciaria, que pueden llegar a extenderse por más de un año; en el caso de la gonorrea, la incubación tiene un rango de tiempo de 12 horas a 3 meses y se puede ser portador asintomático, lo cual dificulta la detección temprana de la enfermedad y su puesta en tratamiento; en la Chlamydia, la incubación puede ser de 7 a 21 días; en el Condiloma acuminado de 1 a 6 meses; en el herpes genital de 2 a 20 días; en el linfogranuloma venéreo, de 3 a 30 días y; en el Chancroide, de 4 a 7 días. La enfermedad se padece desde que se inicia la etapa de incubación. Debemos considerar que posterior al periodo de incubación, la infección se manifestará y le seguirá el tratamiento, el cual dependerá del tiempo en que el enfermo se demore en recurrir a la asistencia médica y según la fase en la que se encuentre desarrollada la patología, piénsese por ejemplo, en la enfermedad de linfogranuloma venéreo, en que la lesión primaria pasa inadvertida en la mitad de los casos y en el Condiloma acuminado, si bien es de fácil detección para el varón, no lo es para la mujer, quien generalmente se enterará que lo padece con el examen denominado “papanicolau”, el cual es costumbre practicarlo sólo una vez al año. En todas las infecciones de transmisión sexual, el tratamiento es por lo general la administración de

⁷⁰ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, parte especial*, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, 2007, pp. 166 y ss.

antibióticos por un periodo de 14 días, y en el evento que se prescriba una sola dosis semanal, ésta debe repetirse por 1 o 2 veces, con lo cual ya nos extendemos del plazo de 30 días de la enfermedad requerido para constituir una lesión menos grave. Todavía un cuarto factor a considerar, de común ocurrencia, y es que estas infecciones se pueden mostrar resistentes al tratamiento dando paso a las llamadas recurrencias, en que a pesar de que el enfermo siguió el tratamiento puede presentar nuevamente síntomas de la infección, lo que puede llevar a serias complicaciones o con ello a un retroceso en la recuperación, como ocurre particularmente con el herpes genital, que es difícil de erradicar, las recurrencias son del 80% en pacientes, en el herpes genital recidivante, la ocurrencia puede ser de más de 6 episodios de herpes al año y puede haber complicaciones que alargan considerablemente el tiempo del tratamiento.

Respecto al contagio del Virus de la inmunodeficiencia humana, es evidente que las lesiones son graves, que duran más de 30 días y que incluso puede conducir a la muerte.

Con todas estas consideraciones biológicas y médicas a la vista, no me queda más que concluir que, por lo general, no podrían estas lesiones ser consideradas lesiones menos graves. En efecto, el artículo 399 del Código Penal que viene a ser una cláusula de subsidiariedad expresa de los artículos anteriores, señala en su encabezado que “las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes, se reputan menos graves...”, señalando con absoluta claridad que se refiere a las “lesiones” y no a las formas comisivas de las mismas, de manera que si en el artículo 397 N° 2 hace alusión a las lesiones que producen al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, es lógico concluir que si la enfermedad o incapacidad es menor a treinta días se considera lesión menos grave, y en los casos de contagio venéreo el tiempo de la enfermedad, salvo contadas excepciones, sobrepasa y en algunos casos con creces los 30 días. Son claramente enfermedades de resultado en su mayoría de lesión grave, cuya tipicidad no permite contenerlas por sus restrictivas formas comisivas. Y no sólo eso, sino que muchas de estas infecciones, según el estadio en el que se encuentren puede tener consecuencias calificadas como lesiones graves

gravísimas, efectivamente, pueden provocar impotencia, inutilidad para el trabajo, impedimento de un miembro importante o incluso puede resultar el paciente demente como ocurre con la neurosífilis.

CAPÍTULO III.- CONTAGIO VENÉREO COMO DELITO.

1.- CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y CRIMINOLÓGICAS PARA CONSIDERAR EL CONTAGIO VENÉREO COMO DELITO.

La política criminal, constituye un punto de partida para enfocar esta discusión. Esta disciplina ha recibido distintas denominaciones, para este estudio, citaré el concepto elaborado por el penalista Juan Bustos Ramírez, que lo define como: “Aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal”⁷¹. Partamos de la base que analizamos un conflicto penal, es decir, un hecho que afecta uno o más bienes jurídicos, respecto del cual el Estado debe implementar una política que lleve a su prevención o solución, y si fuere necesario llegar a establecerlo como criminal. Es la manifestación del poder del Estado en la criminalización del conflicto social, que define mediante decisiones políticas del Estado, qué objetos han de ser protegidos penalmente, en una norma que declarará punible un hecho y perseguible a su autor.

Por lo que en primer término, hemos de dilucidar si en el delito de contagio venéreo, tenemos un conflicto social. Sabemos que sí existe una afectación de bienes jurídicos, inequívocamente se ve gravemente afectada la salud de quien se contagia de alguna de estas enfermedades o incluso su vida, por tanto, se vuelve ineludiblemente un daño que la sociedad está interesada en evitar. Luego, el contagio de estas enfermedades, es controlable por quien la padece, quien sin dejar de ejercer las funciones que les son propias, puede tomar las precauciones para evitar el contagio de las mismas y sus perniciosas consecuencias.

⁷¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas. Derecho Penal, parte general*, tomo I. Ara Editores, Perú, 2005, p. 505.

De otro lado y vinculado a esto, tenemos una realidad social evidente, que nos lleva a concluir que a pesar de todos los esfuerzos que intente el Estado en orden a prevenir el contagio de estas enfermedades, no ha sido posible su erradicación, muy por el contrario existe un número elevado de contagiados hoy en Chile y en todo el mundo, que ha hecho que se exponga a gente inocente a un mal muchas veces mortal. Al no existir actualmente como delito, estos hechos quedan impunes, haciendo que sus víctimas sufran en silencio las consecuencias de sus dolencias, sin defensa alguna que haga valer sus derechos.

El profesor Luis Jiménez Asúa por el año 1928, adelantaba su visión de este tema al señalar que sin que un interés jurídicamente protegido se dañe o se haga peligrar, no hay delito posible, en su opinión, en el contagio venéreo existe un derecho violado, un interés protegido por el Derecho que sería la salud y para explicarlo citó al autor Luis Sierra, quien refiriéndose al tema, señaló: “frecuentemente el herido recobrará la salud al cabo de unas semanas o de unos meses. Podrá contraer matrimonio, fundar una familia que perpetúe su estirpe, y el trágico episodio se irá borrando poco a poco de su memoria. Pero el que fue infectado de lúes, acaso ve amargada su vida, deshechas las posibilidades de una familia, destruida la generación futura. El doloroso trance deja a menudo, una huella que nunca se olvidará”⁷².

En palabras de Waldo Cea⁷³, con el establecimiento de este delito en las legislaciones se trata de luchar contra la transmisión de los males venéreos, procurando que el temor al castigo vaya creando una responsabilidad que, desgraciadamente en sí misma no existe.

Con lo expuesto, se cumple con los requisitos de existencia de desvalor del acto y desvalor del resultado que son indispensables para configurar el injusto, ya que el

⁷² SIERRA, Luis. Citado en: JIMENEZ DE ASUA, Luis *Libertad de amar y Derecho a morir*. Madrid, Ediciones de historia nueva, 1928, p. 38.

⁷³ CEA QUIROZ, Waldo. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Artículo: *Delito de contagio venéreo*. Revista N° 79, año XX, marzo de 1952, p.33.

primero da contenido a la tipicidad y el segundo, a la antijuridicidad⁷⁴.

Tenemos fijado un objeto de protección, nos queda entonces, determinar en qué forma será tratada en la ley penal, de lo que se tratará en los apartados siguientes.

2. MODALIDAD DEL CONTAGIO E INTERVENCIÓN DEL SUJETO LESIONADO.

2.1. PUNIBILIDAD DE LA MERA ACTIVIDAD IDÓNEA DE CONTAGIO. CONTAGIO SIN MANIFESTACIÓN DE LA ENFERMEDAD TRANSMITIDA.

El objeto a determinar es si es suficiente que se produzca la transmisión de la infección o es requisito de su punición, que exista una manifestación física de la enfermedad.

Estimo al respecto, que bastaría el contagio desde su primera etapa de incubación de la infección, para que el contagio venéreo se configure como delito. Las infecciones de transmisión sexual tienen un periodo de incubación más o menos largo, más aún el SIDA, cuyo tiempo puede extenderse de 8 a 10 años, y aun cuando la infección no muestre evidencias externas en quien lo padece, no es menos cierto que desde que las bacterias o virus ingresan al organismo, se desata la proliferación de los efectos de la enfermedad, y aunque internos, no dejan de ser tales pues ya se inició un cambio en la salud del afectado. Por otro lado, si se exigiera la exteriorización de los efectos de la infección, resultaría que muy pocos casos de contagios podrían ser condenados, ya

⁷⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas. Derecho Penal, parte general*, tomo I. Ara Editores, Perú. P. 135.

que probablemente excederían el tiempo de prescripción de la acción penal.

Aun cuando la mayoría de los Códigos y leyes que contemplan estos delitos, castigan el peligro del contagio, no comparto esta decisión de política criminal, el mismo nombre del delito lo dice, lo que se castiga es el contagio y no la posibilidad de la misma, me parece que aun cuando estuviéramos de acuerdo en el celo excesivo de la ley por proteger la salud, chocaríamos con un tema de prueba incontrastable, en efecto, ya se explicó que estos delitos sólo podrían configurarse como delitos de peligro abstracto, siendo difícil, la configuración de lo concreto del peligro si la persona utiliza los mecanismos de evitación del resultado, lo contrario no podría probarse en la medida que no exista contagio efectivo, luego, en el delito de peligro abstracto, se desdibuja no sólo el bien jurídico, que se torna impreciso por su falta de afectación real, sino también la relación de causalidad, que se pierde, lo que redundaría en el desvalor del acto.

2.2. CONTAGIO CON RESULTADO LESIVO Y/O MUERTE.

Las consecuencias del contagio venéreo, son generalmente lesiones graves. Sin embargo, si la mayoría de estas infecciones se detectan a tiempo son eminentemente recuperables con tratamiento oportuno.

En efecto, la persona afectada por el contagio de sífilis, presenta diversas lesiones graves. El chancro o úlcera se ubica en los genitales masculinos y femeninos, como también en áreas extragenitales, como la boca, son frecuentes las lesiones cutáneas en tronco y extremidades, las palmas de las manos y la planta de los pies. Pueden acompañar en otros casos placas mucosas en la boca, garganta y cuello de la matriz. Se presentan lesiones en mucosas. Los condilomas planos se localizan en áreas

húmedas y calientes como la región vulvar y perianal, se presentan como pápulas húmedas con olor característicos. Los parches mucosos, en forma de placas blanquecinas húmedas, se ubican en mucosa bucal y genital. A medida que avanza la enfermedad, se presenta dolor, tumefacción nocturna, aumento de volumen e impotencia funcional, hasta llegar a la manifestación más grave que es la neurosífilis, que incluye un déficit cognitivo, motor o sensorial, síntomas oftálmicos, síntomas y signos de meningitis. En su forma precoz, esto es, en menos de un año de evolución de la enfermedad, se observa, el compromiso de las arterias cerebrales y se manifiesta como una meningitis leve, con cefalea, irritabilidad, paresia de pares craneanos y alteraciones pupilares. En su forma tardía, en más de un año de la evolución de la enfermedad, se manifiesta con dolores agudos en extremidades inferiores y por parálisis general, con sutil cambio de la personalidad, pérdida de memoria, irritabilidad y falta de concentración. Posteriormente, puede presentarse delirio de grandeza y síntomas maníacos, hasta llegar a la demencia. El examen físico puede revelar temblor en la lengua, labios, manos, desorientación. Pueden también aparecer reflejos alterados y otras formas de parálisis, tales como incontinencia de orina y heces⁷⁵.

La gonorrea, causa efectos similarmente devastadores, a saber, en hombres se inicia con leve molestia uretral, seguida de disuria y urgencia miccional, se presenta eritema y edema del meato urinario y salida de material purulento por él. Puede complicarse con epididimitis, prostatitis, tromboflebitis, absceso periuretral o fístulas, vesiculitis seminal, estenosis uretral y esterilidad. En las mujeres los síntomas consisten en disuria, descarga vaginal y a veces fiebre. El útero, las trompas de falopio, los ovarios, la uretra y el recto pueden comprometerse y provocar dispareunia, algia pelviana, y un proceso inflamatorio pelviano que puede dejar como secuela infertilidad. Cuando la gonorrea afecta al recto puede causar malestar alrededor del ano y secreción, eritema, ulceración, y eliminación de heces cubiertas de sangre y mucosidad. El sexo oral es un factor de riesgo para gonorrea orofaríngea. El contacto de las secreciones infectadas con los ojos puede producir una conjuntivitis gonorreica,

⁷⁵ MINISTERIO DE SALUD (CHILE). Normas de manejo y tratamiento de infecciones de transmisión sexual. Gobierno de Chile. Norma general técnica N° 103 del. Editorial Atenas Ltda, Santiago Chile, 2008.

de no tratarse se puede llegar a la opacidad y úlcera corneal, con alto riesgo de ceguera.

En la infección por Chlamydia y mycoplasma, la consecuencia más grave es la infertilidad y en el caso del Condiloma acuminado o verrugas genitales, se asocia al cáncer del cuello uterino.

Tratándose del herpes genital, en mujeres produce una vulvovaginitis con fiebre, compromiso del estado general, linfadenopatías y disuria. Las vesículas se pueden desarrollar en vulva, cérvix, uretra, vagina, piel perianal, glúteo, muslos y periné. Puede haber edema perineal y de labios mayores y menores. La duración del cuadro clínico va de 2 a 3 semanas. Las mujeres tienen una primera infección más grave y una mayor tasa de complicaciones que el hombre, entre las que destacan un síndrome de retención urinaria, meningitis aséptica y neuralgia. Los hombres desarrollan un cuadro agudo con fiebre, edema genital, linfadenopatías, vesículas y erosiones en el glande, prepucio, escroto o piel. También puede haber extensión extragenital. En homosexuales puede haber una infección perianal con proctitis. En la recurrencia del cuadro puede haber un pródromo caracterizado por dolor localizado, ardor, tensión, adenopatías, fiebre, anorexia, cefalea o compromiso del estado general leve. El promedio de recurrencias en sintomáticos es de 4 por año⁷⁶. La infección neonatal por virus herpes se caracteriza por lesiones muco cutáneas y enfermedad visceral cuya complicación más grave es la encefalitis, el mayor riesgo de infección es en las últimas semanas de embarazo.

Para quien se encuentre afectado por linfogranuloma venéreo, las lesiones van acompañadas con fiebre y compromiso del estado general. En caso que la infección haya ocurrido por relaciones anales, se produce una proctitis aguda hemorrágica, dolorosa, con fiebre y aparición de fístulas. Las lesiones no tratadas originan cicatrices

⁷⁶ EYMIN, Gonzalo, FICH, Félix. *Enfermedades de transmisión sexual*. Santiago, Chile, Julio 2003.

y fibrosis con obstrucción linfática que puede traducirse en elefantiasis de los genitales y en estenosis y fístulas uretrales y/o rectales⁷⁷.

En relación al SIDA, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), es provocado en el ser humano por una familia de virus denominada VIH (virus de inmunodeficiencia humana). Los VIH son retrovirus, este grupo de virus porta informaciones genéticas en forma de ácidos ribonucleicos (ARN). Los genes de las células humanas o animales están conformados sin excepción por ácido desoxirribonucleico (DNA). Para que el virus ARN pueda introducirse en el ADN humano, la información genética debe ser convertida de la clave RNS a la clave DNS, lo que es realizado por la enzima del virus, reverse transcriptase; luego de lo cual la información genética del virus puede introducirse en la sustancia genética de las células humanas. Cuando ello ocurre, la célula queda permanentemente infectada; los genes del virus son reproducidos luego por la célula miles de veces y ello constituye la característica más peligrosa del mismo, lo que dificulta desarrollar medicamentos efectivos contra el SIDA⁷⁸.

El VIH tiene un largo periodo de incubación, una capacidad de mutación permanente y gran capacidad de ataque a diversos tipos de células. Atacan preferentemente los monocitos macrófagos que se hallan en diferentes formas en todo el sistema de inmunidad, y también los linfocitos T4, que son las células asistentes del sistema de inmunidad. Cuando se integran en su sustancia genética celular, los virus aseguran su propia información genética y así la esconden para siempre en el organismo del huésped⁷⁹.

La forma de contagio es a través de la vía sexual, intravenosa y vía vertical (madre a hijo en el embarazo, parto o lactancia), ha sido comprobada en la sangre, el

⁷⁷ MINISTERIO DE SALUD (Chile). Normas de manejo y tratamiento de infecciones de transmisión sexual. Gobierno de Chile. Norma general técnica N° 103. Editorial Atenas Ltda, Santiago, Chile, 2008.

⁷⁸ ROMO PIZARRO, Osvaldo. *Medicina legal elementos de ciencias forenses*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición, 2000, p. 249.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 249-250.

esperma, la secreción vaginal, en el líquido cefalorraquídeo, en la leche materna y en casi todas las secreciones que contienen células sanguíneas. Puede tener lugar, en el acto sexual o bien a través de jeringas o agujas contaminadas entre los drogadictos; o en las transfusiones de sangre o en los trasplantes de órganos y especialmente de piel. Las heridas abiertas ofrecen condiciones ideales, aun cuando no son absolutas e imprescindibles para una infección por VIH. El período de incubación de esta enfermedad es muy variable, puede verificarse en un periodo de 2 a 6 semanas después de la exposición o extenderse de 8 a 10 años, es el tiempo de conversión al estado de cero positivo, ya sea sin ningún síntoma o con síntomas iniciales como dolor de cabeza, fiebre, escalofríos, erupciones, etcétera, los cuales pueden desaparecer o llevar de inmediato a otra sintomatología, como sangrar, pérdida de peso, sudores nocturnos, fatiga y diarrea permanente, falta de aliento, dolor de garganta, infecciones repetidas, entre otros. También se presentan manchas o pápulas violáceas indoloras en cualquier parte del cuerpo incluyendo las membranas mucosas⁸⁰.

Se define como etapa SIDA a aquella en que los linfocitos CD4 caen bajo 200 células/mm³ y/o cuando aparecen enfermedades marcadores de SIDA. En esta etapa, de no mediar tratamiento, la sobrevida no supera los 12 a 18 meses⁸¹.

En cuanto al tratamiento hasta el momento se utiliza la terapia antirretroviral, que suprime la replicación viral, permitiendo la recuperación cualitativa y cuantitativa de la respuesta inmune, evitando la progresión clínica a las etapas del SIDA, reduciendo la mortalidad asociada, pese a que no se logra la erradicación viral, sin embargo, puede ver limitada su eficacia, cuando su inicio es tardío y/o por la aparición de la toxicidad o de resistencia viral a los antirretrovirales⁸².

⁸⁰ Ibid, p. 250.

⁸¹ AFANI, Alejandro, ROESSLER, Patricia. *Bases de la medicina clínica. Unidad 9: inmunología, Tema 9.7: infección por VIH/SIDA*. Universidad de Chile, Facultad de Medicina.

⁸² Guía Clínica AUGÉ. Síndrome de la inmunodeficiencia adquirida VIH/SIDA. Serie guías clínicas Minsal, año 2013. Gobierno de Chile, Subsecretaría de Salud Pública, División de prevención y control de enfermedades.

Dado que el virus de la inmunodeficiencia humana produce un deterioro de la inmunidad, lleva al infectado a padecer diferentes enfermedades oportunistas y neoplasias (tumores). El cuadro clínico que presente el infectado, dependerá de su evolución y de la etapa en que se encuentre la misma. Se distinguen 3 fases: A, B y C⁸³.

Categoría clínica A. A las 2 a 6 semanas de exposición al virus se produce en el organismo un síndrome acompañado de fiebre, rash, faringitis, linfadenopatías, artralgias, mialgias, letargia, compromiso del estado general, anorexia y baja de peso. Presentan alta viremia (proliferación del virus en el torrente sanguíneo y una baja transitoria de los linfocitos T CD4). Luego se da un periodo de latencia clínica que varía según el paciente, comprendido desde que se detectan los anticuerpos antivirales hasta que se manifiesta el SIDA, durante el cual el paciente puede estar asintomático o presentar una linfadenopatía crónica persistente.

Categoría clínica B. Es sintomática, con pródromos como: angiomatosis bacilar (lesiones vasculares cutáneas), candidiasis vulvovaginal que persiste por más de un mes y no responde bien al tratamiento (hongos), candidiasis orofaríngea, leucoplaquia vellosa oral (placas blancas que aparecen en la boca) y displasia cervical (cambios anormales en las células del cuello del útero).

Categoría clínica C. Cuando se manifiestan enfermedades marcadoras del SIDA, las más comunes son: Neumonía por pneumocistis jiroveci; Toxoplasmosis cerebral; Infección por criptococo neoformans, la meningitis es la forma clínica más frecuente; Diarrea por cryptosporidium, que produce diarrea con o sin dolor abdominal de frecuencia, duración y volumen variables. Otras enfermedades marcadoras del SIDA, son: candidiasis esofágica, traqueal o bronquial, sarcoma de Kaposi, cáncer cervicouterino invasor, coccidiomicosis, enfermedad por citomegalovirus, encefalopatía VIH, septicemia recurrente por salmonella, linfomas, tuberculosis, enfermedad por

⁸³ AFANI, Alejandro, ROESSLER, Patricia. *Bases de la medicina clínica*. Unidad 9: inmunología, Tema 9.7: infección por VIH/SIDA. Universidad de Chile, Facultad de Medicina.

Mycobacterium avium complex, neumonía recurrente, leucoencefalopatía multifocal progresiva, herpes, histoplasmosis, isosporiasis.

2.3 INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA.

Este acápite se refiere al enjuiciamiento dogmático de la conducta de la víctima. La víctima puede adoptar posiciones frente al delito de las que incluso puede depender la sanción del autor.

Para imputar un delito a una persona es necesario que se den los presupuestos de la imputación objetiva, teoría creada por Claus Roxin, predominantemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Conocido es su razonamiento acerca de que la atribución del resultado al hechor deriva de la clase de peligro que él creó con su conducta. Esta teoría, en palabras de los autores Politoff, Matus y Ramírez, requiere de tres elementos a considerar: El carácter causal de la conducta en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones; la objetiva previsibilidad y evitabilidad del resultado y; el factor si el resultado dañoso es precisamente la realización del peligro creado por la conducta ilícita del hechor⁸⁴.

La pregunta que nos debemos hacer es si el hecho reúne los requisitos objetivos del tipo, antes de entrar al estudio de si, en su acción se realizó con culpa o dolo. Varios autores postulan que en el alcance del tipo el comportamiento de la víctima, es relevante, es decir, qué pasa cuando la víctima se pone a sí misma en la situación riesgosa, exponiéndose voluntariamente al peligro al que dio inicio otro y luego hasta qué punto es el hecho objetivamente imputable a la víctima o a su autor.

⁸⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno: parte general*. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003, pp.178-179.

El penalista Bernardo Feijoo Sánchez, señala que no existirá un hecho típico “cuando el hecho sólo se pueda interpretar objetivamente o adquiriera el significado objetivo de una puesta en peligro en la que el resultado producido es objetivamente imputable a la víctima”⁸⁵.

Si partimos de la base que la libertad es uno de los bienes más importantes de una persona, y que dentro de la jerarquía de protección constitucional se ubica en los primeros lugares de nuestra carta fundamental, lógico es pensar que el libre albedrío del sujeto pasivo del delito, juega un rol relevante al momento de determinar la sanción penal del agente.

La vida se mueve en un plano de riesgos permanentes, con cada acción que se ejecuta, con cada decisión que se toma, se asumen riesgos sean éstos positivos o negativos, así, no colocarse el cinturón de seguridad al movilizarse en un vehículo importa el riesgo de que en caso de sufrir un accidente la persona sea expulsada fuera del vehículo, sufra lesiones o fallezca, un riesgo que dicha persona pudo prever como posible si ocurrían una multiplicidad de factores que podían o no suceder, y que hacían que en todo caso el resultado no pudiera ser previsto.

Es por ello que dichas acciones o decisiones deben ir necesariamente dirigidas bajo un principio de responsabilidad que haga que cada persona se haga cargo del resultado del riesgo asumido.

La mayoría de los riesgos pueden ver cortados su curso causal por voluntad de la víctima, y para que la víctima pueda elegir con responsabilidad debe estar en conocimiento de las circunstancias concomitantes que le permitan detener o no el desenvolvimiento de los hechos que puedan devenir en un resultado que lesione sus bienes jurídicos y estar en facultad de comprenderlos.

En el delito de contagio venéreo que se propone, se puede estar de acuerdo en que

⁸⁵ FEIJOO, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Capítulo V, Imputación de la víctima e imputación objetiva. Editorial Grijley, 2002, p. 443.

cada relación sexual lleva implícito la posibilidad no solo de concebir, sino de ser contagiado de una infección de transmisión sexual, lo que no quiere decir, que se acepte *a priori* ese resultado, asimismo, sabemos que esta posibilidad no solo se puede dar por esa vía, pues existen otras formas de contagio en el caso del SIDA, como puede suceder en un procedimiento médico en el que no se hubiere cumplido con las normas de higiene y se utilizó una jeringa u otro implemento que contenía el virus de la inmunodeficiencia humana o se puede contagiar en el caso de un drogadicto con una jeringa infectada, o en una situación sumamente cotidiana como tener un accidente produciéndose un corte en la piel y a la vez ésta roce con la sangre de una persona infectada, por lo tanto, no es seguro que mediante una relación sexual necesariamente nos podamos contagiar de SIDA u otra infección de transmisión sexual, y porque además, no todos la padecen sino un grupo minoritario de la población. Lo que hace particularmente reprochable al contagio venéreo es que intervenga la voluntad de una persona que sabe que puede contagiar y que no puede menos que saber que este contagio provocará lesiones en el organismo del otro.

Como se señaló, existen teorías que vinculan estas acciones de la víctima a la tipicidad, se habla del principio victomodogmático, del principio de autorresponsabilidad, del acuerdo y el consentimiento; de la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, entre otras teorías que intentan fundarlo.

El criterio creado por Claus Roxin, de distinguir entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, ha sido de mayoritario refrendo en la doctrina y jurisprudencia española y alemana.

Este autor, señala que la autopuesta en peligro, concurre cuando alguien sufre un daño a través de su propia acción arriesgada, aunque también otro haya contribuido a producirlo, autopuesta en peligro que es penalmente irrelevante y por tanto tampoco podría ser punible tomar parte en ese suceso⁸⁶. Por su parte, respecto a la

⁸⁶ ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. Indret, revista para el análisis del Derecho, 2013, p.2. [En línea] <http://www.indret.com/pdf/958.pdf> [Consulta 12 de

heteropuesta en peligro consentida, Roxin, explica que se da cuando el sujeto pasivo no desencadena el suceso lesivo por sí mismo, sino que se expone al peligro originado por otro sometiéndose a un desarrollo imprevisible en el que no existiría aquella posibilidad de intervenir para controlarlo o cancelarlo, poniendo el énfasis de su teoría, en que quien se expone a una heteropuesta en peligro normalmente no tiene el mismo conocimiento de la capacidad del otro para dominar las situaciones arriesgadas que el que tiene para valorar la medida y los límites de su propia habilidad⁸⁷.

Según lo descrito, el dominio del riesgo parece ser el elemento determinante, para establecer cuando nos encontramos en una u otra situación. Pero no solo ello, Roxin menciona con bastante claridad que la clave de la diferenciación, vendría dada por el poder de evitación de la víctima, ligado ello al cálculo que se hará de su déficit de control y conocimiento, existiendo en la heteropuesta en peligro consentida un menor poder de evitación por no tener la misma precisión para valorar la capacidad de controlar el riesgo que quien lo genera.

Cancio Meliá, también desarrolla el tratamiento de la víctima en el sistema de imputación objetiva, partiendo su análisis desde el principio de autorresponsabilidad, en el que se encontraría en la orientación fundamental que caracteriza al ordenamiento jurídico en relación a la autonomía de los ciudadanos e intentar extraer de esta orientación pautas directivas para la configuración dogmática del tratamiento de la víctimas en actividades arriesgadas. Agrega que, “al titular de bienes jurídicos debe atribuírsele una posición especial, pues tiene la libertad de organizarlos y por ello, debe asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella”⁸⁸.

El punto central es determinar los límites de la responsabilidad de la víctima que condicionan la tipicidad de la conducta del autor⁸⁹. Para el caso que nos ocupa, creo

enero 2015].

⁸⁷ Ibid, pp. 7 y 8.

⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. JM Bosh Editor, Segunda Edición, Barcelona, 2001, p.284 y ss.

⁸⁹. En sentencia dictada por la segunda sala en lo penal del Tribunal Supremo de España, con

que tratándose de la transmisión de una infección sexual, si la víctima se ha contagiado bajo la ignorancia de que el autor padecía tal enfermedad, el autor es responsable, pero si la víctima sabía que la persona con quien yace padecía alguna de estas enfermedades, y aun así aceptó la posibilidad del contagio, hace que la figura penal de contagio se desmorone, ya que la imputación objetiva del hecho pasa a ser de ambos, permitiendo que la conducta para quien contagió sea considerada atípica.

En el caso del contagio del SIDA, la posición no es tan simple de tomar, me parece necesario distinguir las siguientes situaciones:

1.- Que la víctima tenga relaciones sexuales sin protección con una persona con quien mantiene una relación estable o bien se encuentra unida por vínculo de matrimonio.

2.- Tener relaciones sexuales ocasionales con quien no se conoce, sin protección.

3.- Tener relaciones sexuales con quien se desempeña en el comercio sexual.

4.- Tener relaciones sexuales con alguien que se sabe, padece de una infección de transmisión sexual, sin protección.

En el primer caso, me parece que nos encontraríamos en una situación que excluye la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, debido a que el sujeto pasivo, no domina el riesgo en el que se puede encontrar, en el primer supuesto, la

fecha 17 de septiembre de 1999, Resolución 1256/1999, Recurso 3759/1998, en un caso de lesiones, se declaró lo siguiente en relación a la determinación de la asunción del riesgo: “el tipo objetivo del delito de lesiones requiere que el resultado producido causalmente por la acción sea la realización del peligro generado por la misma, es decir, que el resultado producido sólo puede ser imputado al autor en la medida en que no hayan concurrido con el riesgo creado por él otros riesgos que permitan explicar el resultado. Tal situación se presentará, entre otras, cuando el afectado se introduce por sí mismo en una situación riesgosa o no se aparta de ella por su propia decisión (autopuesta en peligro), o dicho de otra manera, cuando se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro. En estos casos es preciso considerar hasta qué punto el resultado producido es imputable objetivamente a la víctima o al autor” “...hubo provocación del riesgo por el perjudicado, quien al decidir su actuación podía y pudo tener conciencia del peligro que asumía”.⁸⁹ [En línea] <www.poderjudicial.es> [Consulta: 31 de enero de 2015].

víctima mantiene relaciones sexuales con una persona que cree conocer porque lleva un tiempo de relación con ésta, una relación construida sobre confianza, no tiene motivos para imaginar que podría ser contagiada, el riesgo no nació para ella⁹⁰.

En el segundo caso, la víctima accede a una relación sexual, con una persona que no conoce, pero cuya reputación le es conocida o por lo menos puede inferirla de la conversación sostenida con esta persona, de su apariencia, o de lo que dicen de ésta, lo que la determina a decidir yacer con ella. Más allá de la irresponsabilidad del acto, de lo moralmente cuestionable que podría ser, no cuenta con elementos que le hagan pensar con meridiana seguridad que podría ser contagiada, porque la apariencia que rodeaba la situación no se lo permitía. Podríamos aun suponer el caso de esta misma persona que intenta cuidarse utilizando preservativo y éste en el acto sexual se rompe, el desenlace es el mismo. A lo más, podríamos estar ante una heteropuesta en peligro consentida, que en todo caso deja a salvo la tipicidad del acto.

El dominio del hecho pertenece, sin dudas, al agente quien sabe que padece la enfermedad y que puede contagiar, es él quien puede detener el curso causal al inicio de la actividad sexual, y aun cuando la víctima podría pensar en el riesgo, no asume ni éste ni el resultado.

En las últimos dos situaciones, cambia el escenario. En el número tres, se menciona a quien tiene relaciones sexuales con una persona que ejerce el comercio sexual, quien yace con esta persona debería saber, al menos considerando las máximas de la experiencia, sobre la alta posibilidad que tiene de contagiarse de SIDA o más ciertamente de una infección de transmisión sexual, porque es de conocimiento público que dicha persona lucra con relaciones sexuales con diversas personas y no tiene la certeza y ni aun la rayana confianza de que se trate de una persona a quien le interese proteger su salud, tampoco existe un deber de parte de quien presta el

⁹⁰ En fallo del Tribunal Supremo de España, de fecha 23 de julio de 2012⁹⁰. Declaró que, “no es correcto hablar de una voluntaria puesta en peligro por parte de la víctima, ni de una heteropuesta en peligro consentida”, cuando “el riesgo encuentra su origen precisamente en la conducta del acusado, sin que la víctima fuera libre de elegir la forma de eludir el peligro creado por el acusado”. [En línea] < www.poderjudicial.es > [Consulta: 31 de enero de 2015].

servicio sexual ni aun implícito de comunicar a la víctima su estado de salud. En este caso, creo que nos podríamos encontrar de todas formas ante una heteropuesta en peligro consentida.

En el número cuarto, la autopuesta en peligro es evidente en la víctima, conoce el riesgo y asume como absolutamente posible el resultado, aunque no lo quiera. El dominio del hecho lo tiene la víctima. Roxin⁹¹, señala que si se atiende únicamente al dominio del hecho, aun en estos casos, concurría por igual en ambos intervinientes, porque la conducta sexual se realiza de un modo conjunto, sin embargo, lo decisivo es qué acción conduce inmediatamente a la puesta en peligro típica, procediendo el peligro tan sólo de la persona infectada, aunque lo califica de un modo diverso, como heteropuesta en peligro típica y no como autopuesta en peligro⁹². En ese sentido, me parece poco lógica su deducción partiendo de su propia premisa. No se podría señalar que la puesta en peligro que llevó inmediatamente al contagio fue la que realizó sólo el agente.

Esta distinción es importante ya que en caso de comprobar autopuesta en peligro, el agente podría quedar impune por darse una causal de atipicidad, pues la propia víctima habría impedido la realización del tipo.

La opinión mayoritaria tanto en autores alemanes entre ellos Claus Roxin, como españoles con expositores como Cancio Meliá y Luzón Peña, es que la heteropuesta en peligro consentida, no es un tema a solucionar a través del consentimiento, no es ése su fundamento, sino en la imputación al tipo objetivo. Roxin, postula excluir la imputación del tipo objetivo en los casos en que la heteropuesta en peligro consentida se asemeje bajo todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro, pero exige que el sujeto al que se pone en peligro cargue con la misma responsabilidad que quien

⁹¹ ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. Indret, revista para el análisis del Derecho, 2013, p.10. [En línea] <http://www.indret.com/pdf/958.pdf> [Consulta 12 de enero 2015].

⁹² En fallo del Tribunal Supremo de España, de fecha 23 de julio de 2012, se estimó que concurría en los hechos una autopuesta en peligro de la víctima, cuando no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado.

lo provoca por la acción común⁹³.

Enseguida, en el evento en que en ese mismo caso, el agente le asegure a la víctima que si bien padece la enfermedad, se encuentra en periodo no contagioso y según las particulares características de la víctima y de las circunstancias de hecho, ella acceda pensando que de ninguna manera podrá contagiarse, en esta situación pienso que sí podríamos estar ante una heteropuesta en peligro consentida y claramente se verificaría la imputación en el agente, ya que si bien hay una puesta en peligro de la víctima, ha sido consciente del riesgo en menor medida del autor.

No creo que exista dudas que si en este cuarto caso propuesto, se concibe a una criatura que termine infectada con el virus, el imputado no puede ser absuelto respecto a las lesiones ocasionadas a esta víctima, pues la autopuesta en peligro no alcanza a esta criatura.

Esta conclusión pugna con otro tema, que dice relación con el bien jurídico protegido, pues, si determináramos que, además de la salud individual o la libertad sexual, se protege ante todo la salud pública, no podría ser vinculante para configurarse el tipo penal la posición de la víctima en el escenario criminal, ya que el fin último de la norma no sería solo proteger a esa víctima sino a la sociedad toda de una posible eventualidad de contagio. Y en este punto, es donde se debe tener especial cuidado, porque si el bien jurídico es la salud pública, haremos responsable al autor de contagio de futuras transmisiones de la enfermedad, que escapan a su control, por lo demás el autor no busca contagiar a otras personas y en ocasiones ni siquiera a aquella con quien yace. Me parece cuestionable que se le haga responsable del delito en circunstancias que su propia víctima le ayudó a cometerlo, se podría enmarcar incluso, dentro de una figura de coautoría o a lo menos de complicidad, ya que sin su aceptación a la posibilidad del contagio, no habría podido realizarse el tipo, la persona

⁹³ ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. Indret, revista para el análisis del Derecho, año 2013. Pág.15. [En línea] <http://www.indret.com/pdf/958.pdf> [Consulta 12 de enero 2015].

lesionada pasa a ser imputable por participar conscientemente de la conducta peligrosa, en este sentido también se ha pronunciado Urs Kindhauser⁹⁴, al estimarlo como una autolesión atípica, aunque en el ámbito del consentimiento. Y en todo caso si decidiéramos castigar al autor en este caso, me queda una interrogante difícil de resolver, sobre el límite de la protección del Derecho, al convertirse en una protección desmedida e ilimitada, pues acaso ¿existe certeza de que la víctima conocía la posibilidad de que la actividad de riesgo que sí asumió, se traduciría más tarde en un resultado lesivo para otros?, y ¿qué claridad tenemos de que esa víctima se convertirá en un potencial contagiador?, ya que si se protege en lo sucesivo, ningún riesgo generará.

3. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN TIPO PENAL.

3.1. ELEMENTOS DEL DELITO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN ACERCA DE TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.

Delito, según el concepto dado por el Código Penal, en el artículo 1°, es “toda acción u omisión penada por la ley”. Pero un concepto más completo, influenciado por la dogmática alemana, en autores como Beling, Ernst Von die Lehre Von Verbrechen y Liszt, lo define como: “Acción u omisión típica, antijurídica y culpable”. De manera que para otorgarle forma a este delito, hemos de referirnos siguiendo esta estructura.

TIPICIDAD.

⁹⁴ KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito. Reflexiones de Teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal*. Ara Editores, 2008, Lima, p.30.

El tipo penal, es el conjunto de elementos que describen un delito determinado. La acción u omisión para constituir delito, en primer lugar, debe encuadrarse dentro de un tipo penal.

Para determinar el tipo penal en esta clase de delitos, debemos encontrar los elementos fácticos, la descripción legal a los cuales asociaremos una pena. La estructura del tipo en su faz objetiva, distingue entre: acción, resultado y nexo causal. Por lo que me referiré a cada una de estas categorías:

La conducta, que se refiere al comportamiento humano, “el movimiento corporal en el que se manifiesta la voluntad final de realización”⁹⁵, que puede manifestarse en forma de acción u omisión.

La omisión, en palabras de Cobo / Vives, se puede definir como “la no ejecución de un obrar esperado por el ordenamiento jurídico-penal”⁹⁶. El profesor Mario Garrido Montt, agrega un elemento normativo a este concepto y señala que “hay omisión para efectos del delito sólo cuando existe una norma con trascendencia penal que imponga a una persona la obligación de realizar una actividad dada o evitar la concreción de un peligro determinado. Consiste en no obedecer a una norma imperativa, en abstenerse de realizar la acción esperada”⁹⁷. Los delitos de omisión, se clasifican en:

- 1.- Delitos de omisión propios, aquellos que están explícitamente descritos como tales por la Ley.
- 2.- Delitos de omisión impropios, aquellos que estando descritos como delito de acción, la ley nada dice en cuanto a su posibilidad de perpetrarse por omisión, pero

⁹⁵ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición, año 2005, Santiago, p.289.

⁹⁶ COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTON, T. *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, año 1982, p. 393.

⁹⁷ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Parte general*, tomo II, Editorial jurídica, cuarta edición actualizada, Santiago de Chile, 2005, pp. 37 y ss.

que su especial estructura admite también esa posibilidad. Consisten en no impedir un resultado pese al deber de garante que obligaba a actuar.

3.- Delito de omisión propiamente tal, aquellos que se consuman por un mero no hacer la actividad ordenada.

4.- Delitos de comisión por omisión, consisten en no evitar un resultado típico.

Podemos verificar varias formas de tipificar el delito de contagio venéreo:

A. Modificar el artículo 397 del Código Penal, en el sentido de dejar abiertas las formas comisivas, no especificarlas, y con ello incorporar el contagio venéreo como un modo más de causar lesiones.

Este tipo podría redactarse de la siguiente forma: “El que causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física, será castigado:

1. Como autor del delito de lesiones graves gravísimas, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o con alguna parte de su anatomía notablemente deforme.

2. Como autor del delito de lesiones graves, con la pena de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.”

Esta forma de redacción, lleva a eliminar necesariamente el artículo 398 del Código Penal, ya que, en efecto, pierde total sentido esas especiales formas comisivas u omisivas, que quedarían integradas en el artículo 397, y no sólo ellas, sino varias otras formas que antes quedaban fuera de regulación. Abarcaría entonces la acción y la omisión como medio de cometer las acciones.

Sin embargo, el inconveniente de dejar tan amplia las formas comisivas del artículo 397 del Código Penal, es que cualquier contagio infeccioso podría llegar a configurarse como lesión grave, así por ejemplo, quien padezca de una enfermedad como la tuberculosis, neumonía por micoplasma o hepatitis, causará con el contagio una enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días, no siendo justo que el enfermo sea sancionado con una pena sólo por padecer la enfermedad, pues no habría otro argumento, ya que aunque el enfermo adopte todas las medidas de protección como usar mascarilla o restringir los contactos, de todas formas el contagio podría escapar a su control, en efecto, se trata de virus o bacterias que están en el medio ambiente o cuyo contagio se puede producir por el simple hecho de comer alimentos o beber líquidos contaminados por el infectado o por medio de un acto reflejo del enfermo como sería un estornudo o tos, a diferencia de lo que ocurre en el contagio venéreo, que requiere especiales formas de contagio, controlables por quienes lo padecen.

En estos casos el contagio deriva de hechos completamente lícitos con los riesgos asumidos por la sociedad, todos sabemos que podemos contagiarnos de un resfrío, gripe, de una peste, o enfermedades graves, en un mero contacto trivial con el infectado y que mientras ocurra la exposición más posibilidad de contagio habrá, contagios que no dependen de un acto voluntario del enfermo. Faltaría, pues, la imputación objetiva.

Éste no es el caso de las infecciones de transmisión predominantemente sexual, porque éstas pueden ser controladas por su portador, y por lo tanto el curso causal del contagio puede ser detenido, evitando así el resultado dañino o mortal.

B. Dejar las formas comisivas del artículo 397 del Código Penal, tal como están, pero agregando como un modo más las infecciones por transmisión sexual, de manera de acotarla a esta clase de enfermedades y no otras. Sin embargo, esta forma muestra el inconveniente de que la figura de contagio venéreo se descontextualiza

absolutamente de las formas de comisión del delito de este artículo, pues los medios exigidos en el artículo 397 del Código Penal son: herir, golpear o maltratar, haciendo alusión, sin lugar a dudas, a modalidades violentas, lo que no ocurre en el contagio venéreo, salvo que además se cometa otro delito como los índole sexual, que no constituirá la generalidad de los casos.

C. Crear nuevos artículos dentro del delito de lesiones corporales, que respondan a las acciones u omisiones de los delitos en estudio, y que dependerán del modo de contagio, se distinguirían las siguientes conductas u omisiones posibles:

1. Contagiar una infección de transmisión sexual, mediante relaciones sexuales o cualquier acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado sus genitales, ano o boca.

En la acción de este tipo penal he prescindido de otras formas como “el acceso carnal”, ya que limita su ejecución a una persona del sexo masculino, y es absolutamente posible que lo cometa tanto una mujer como un hombre. De otro lado, la forma “yacer”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: “Tener relaciones sexuales con alguien”⁹⁸, lo que nos limita en cuanto a ciertas formas de contagios que no se dan por esa vía, piénsese en el caso de quien abusa sexualmente de otro, y mediante las acciones sexuales de tocar, contagia de gonorrea o sífilis. En este sentido el médico Alfredo Achaval explica que “las zonas venéreas son las de roce y de microtraumatismos durante la cópula, horquilla vulvar, clítoris, labios, tanto mayores como menores, glande, surco balano prepucial, frenillo, zona anal y perianal”⁹⁹.

En España, se ha venido condenando por el delito de lesiones a través del contagio

⁹⁸Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=yacer>> [consulta:12 de abril de 2015].

⁹⁹ACHAVAL, Alfredo. *Manual de Medicina Legal, práctica forense*, Segunda Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1978, p.560.

venéreo considerándolo realizado no sólo por la vía de la cópula, sino también por el acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima¹⁰⁰.

El verbo rector en estos delitos es “contagiar”, en el sentido de transmitir a otro una enfermedad. El sujeto activo de esta conducta es cualquier persona que padezca de una infección de transmisión sexual.

Estimo de vital necesidad el resultado de contagio, en la medida que mantener relaciones sexuales o el contacto íntimo sexual, es un hecho absolutamente lícito. En efecto, lo que se pretende castigar es el contagio, que en palabras del fallecido médico forense argentino, Emilio Federico Pablo Bonnet entiende por tal “el pasaje genital o paragenital de enfermedades infecciosas, contagiosas y peligrosas, venéreas o paravenéreas, llevada a cabo directa o indirectamente”¹⁰¹, este autor agrega que, “hay pasaje genital de una enfermedad cuando se produce con motivo del coito y durante el mismo, cualquiera que sea la forma de éste, o bien por contacto genito-sexual, sin llegar al coito, como es el caso del abuso deshonesto. Hay pasaje extragenital cuando se efectúa por un mecanismo diferente al sexual”, acotando que “la vía de propagación es directa cuando no existen intermediarios entre el contaminado y el contaminador (coito, mordisco, succiones, lactancia, manipuleos, besos, etc.); y es indirecta cuando aquellos se hallan constituidos por ropas, boquillas, bombillas,

¹⁰⁰ De ello da cuenta sentencia dictada con fecha 4 de junio de 2004, por el Tribunal Supremo español, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que condenó al recurrente como autor de delitos de lesiones y abuso sexual, en un caso que versaba sobre los siguientes hechos: El acusado durante el mes de marzo del año 2001, mantuvo contacto sexual con su hija de 6 años, tocándole con sus manos la vagina, a consecuencia de lo cual, la menor sufrió una infección de gonorrea, debiendo ser tratada con antibióticos. Como elemento relevante es que el padre sabía que padecía tal enfermedad antes de contagiarla. La sentencia de primera instancia condenó al imputado como autor del delito de lesiones en concurso ideal con un delito sexual in consentido, en el caso de las lesiones con agravante de parentesco a la pena de 2 años y 5 meses de prisión y penas accesorias. Roj: 3890/2004, (2004): Supremo Tribunal de España, sala de lo penal 4 junio 2004. [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>> [consulta: 19 de abril 2015].

¹⁰¹ BONNET, Emilio Federico Pablo. *Medicina Legal*, segunda edición, López Libreros Editores, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 1019.

etcétera”. Samuel Gajardo, define al contagio venéreo como: “el contagio culpable de un mal venéreo a otra persona”¹⁰².

2. No cumplir con las medidas de higiene exigida por reglamentos y leyes para quien trabaje en un centro asistencial, ocasionándose por negligencia el contagio de una infección venérea. Contiene un elemento negativo del tipo que es la conducta omisiva que consiste en no cumplir con normas imperativas que obligaban a actuar de una forma determinada. El sujeto activo de esta figura son los profesionales de la salud, el sujeto de la acción también cobra una importancia superlativa en la configuración del tipo.

En este tipo se podría especificar qué profesionales de la salud pueden cometerlo, entonces haría alusión al médico cirujano, odontólogo, matronas, enfermeros, paramédicos, y técnicos médicos o laboratoristas que realizan pruebas químicas, microscópicas y bacteriológicas especiales de sangre, tejidos y líquidos, y que causaren el contagio de una infección venérea, por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, por no cumplir con las medidas de higiene exigida por reglamentos y leyes.

No obstante, estimo que esta figura culposa podría encuadrarse perfectamente en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal, haciendo redundante una configuración típica especial para estos casos.

3. Al que con conocimiento de ser portador del virus de la inmunodeficiencia humana, contagie a otro mediante un medio de transmisión no sexual. El verbo rector es “contagiar”, que significa “transmitir una enfermedad a alguien”¹⁰³. El sujeto activo,

¹⁰² SAMUEL GAJARDO. *Medicina Legal*. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1939, p. 304.

¹⁰³ Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=E0Gvp23txDXX2pZYngEf>>. [Consulta: 20 de Abril de 2015].

puede ser cualquier persona que se encuentre infectado por el virus de la inmunodeficiencia humana.

Se requiere un elemento subjetivo del injusto que dote de fundamento, en parte, al ilícito penal. El origen del dolo en su fase subjetiva, “ha de encontrarse en la necesidad de caracterizar adecuadamente conductas cuya identidad objetiva con otras, jurídicamente irrelevantes, exige una especificación de motivos y tendencias en que se funda su ilicitud”¹⁰⁴. Al tratarse de un caso que no requiere que el contagio sea exclusivamente a través de la vía sexual, y que por tanto, puede ser de otras maneras, el tipo debe ser más exigente, pues de lo contrario, se podría llegar a castigar las meras casualidades en un hecho que tendrá consecuencias muy graves, de lo contrario, la persona que padece de SIDA no podría desarrollar prácticamente ninguna actividad cotidiana, pues la enfermedad se podría transmitir por el simple contacto con mucosas y heridas abiertas, lo cual no constituye el objetivo de lo que se propone, así, se requiere en este caso que el agente sepa que padece de una enfermedad de transmisión sexual y que tenga intención de contagiarlo o al menos acepte ese resultado, de lo contrario, no podría imputársele ni aun a título de culpa la comisión del delito, con lo cual se adelanta la necesidad del dolo.

En los tres casos, el objeto material de la acción, es el sujeto pasivo que se ve contagiado por la enfermedad y la forma de comisión está íntimamente relacionada con el verbo rector.

En cuanto al resultado, en todos los casos, se trata de delitos materiales que exigen un resultado, y el efecto de la acción es el contagio de una infección venérea o SIDA.

Se han elaborado distintas teorías para fundar la relación o nexo causal, de la existencia de un vínculo de causalidad entre acción y resultado, de la correspondencia entre causa y efecto, siendo la teoría mayormente seguida por nuestro país, la teoría de la imputación objetiva. Teoría de Claus Roxin, que en términos muy resumidos,

¹⁰⁴ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal. Parte general. Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición, 2005, Santiago. P.325.

requiere: previsibilidad y evitabilidad del resultado y que el resultado dañoso sea la realización del peligro creado por la conducta ilícita del hechor. Poniendo énfasis en que la acción haya creado o aumentado para su objeto de protección, un peligro jurídicamente desaprobado y el peligro se materialice en el resultado típico¹⁰⁵.

En mi opinión esta tercera forma de abarcar la solución penal para el contagio venéreo, sería la más apropiada jurídica y sistemáticamente.

El consentimiento como causa de atipicidad.

El consentimiento puede tener dos formas de aplicación o ubicación sistemática, a saber, como criterio de exclusión de tipicidad, y entonces como elemento negativo del tipo o como causa de justificación. Aunque para el autor Urs Kindhäuser, el consentimiento no se encuadraría dentro de alguna de estas figuras sino que su ordenación sería como “una exclusión del injusto *sui generis*, y más precisamente: una razón que bajo determinados presupuestos suprime la validez de la norma de prohibición respectiva”, puesto que el interés protegido constituye el fundamento de la norma jurídico-penal de comportamiento y con el consentimiento decae la razón para seguir la norma abstracta en el caso concreto, sin excluir el tipo, sino que el hecho sigue siendo típico¹⁰⁶.

En mi opinión la única forma en que el consentimiento podría tener eficacia, es incorporándolo al tipo legal, como elemento negativo en su estructura, suprimiendo la tipicidad.

El consentimiento debe reunir ciertos requisitos, a saber, debe referirse a un bien jurídico de carácter disponible; debe ser otorgado en forma libre consciente y capaz;

¹⁰⁵ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ y María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica*. Segunda Edición, año 2003, p. 179.

¹⁰⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito. Reflexiones de Teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal*. Ara Editores, Lima, p.18.

debe ser expreso o tácito.

Para decidir agregar el consentimiento al tipo penal, se debe distinguir si el consentimiento recae respecto de la transmisión de una infección sexual que no sea el SIDA y, precisamente la transmisión del virus de inmunodeficiencia humana, ya que los efectos son distintos. En el primer caso, según el estadio en el que se encuentre la enfermedad, en la mayoría de los casos será recuperable con un tratamiento, y además el único afectado es el contagiado, pero en el segundo caso, tratándose del contagio del SIDA, mi postura es que la voluntad de la víctima en orden a dejar sin sanción el delito no puede ser relevante, pues las consecuencias del contagio son aún más graves.

Ya decía Roxin¹⁰⁷, que “el consentimiento no es un caso de puesta en peligro sino un acto de disposición sobre un bien jurídico sobre el que se tiene capacidad para disponer”, ya que en la autopuesta en peligro, la víctima quiere conservar ese bien jurídico y parte de la suposición de que el riesgo al que se expone no conducirá a un daño.

Interesante es la posición de Murmann, sobre este punto, quien señala que el consentimiento suspende “respecto de la concreta relación jurídica, una norma de conducta existente para la protección de la víctima y, con ello, reformula esa relación jurídica permitiendo la creación de un peligro que en otro caso estaría prohibido”¹⁰⁸.

Se debe tener presente que nuestra Constitución, eleva a la categoría de derecho fundamental la salud, y el Derecho penal no puede sino ceñirse a ésta, la norma establecida por el legislador, no queda a disposición del titular del bien jurídico, el

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. Indret, revista para el análisis del Derecho, 2013, p.11. [En línea] <http://www.indret.com/pdf/958.pdf> [Consulta 12 de enero 2015].

¹⁰⁸ MURMANN, FS-PUPPE, 2011, pp.776 y ss. Citado en: ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. Indret, revista para el análisis del Derecho, año 2013, p.12. [En línea] <http://www.indret.com/pdf/958.pdf> [Consulta 12 de enero 2015].

consentimiento, en consecuencia, es restringido a ciertos casos, que creo que podría tener aplicación únicamente cuando el resultado del delito afecte sólo a quien debe soportar la lesión del bien jurídico, y no cuando éste afecte de alguna forma a otras personas portadoras del mismo bien jurídico.

Es más, tengamos presente que en el contagio de SIDA, lo que se transmite es un virus potencialmente mortal, para quien se contagia constituye casi una sentencia de muerte, un riesgo inminente de fallecer a causa de las consecuencias del virus, por lo tanto, no solo afecta su salud sino también su vida, y la vida es el bien jurídico al que nuestro ordenamiento le da la mayor de las protecciones jurídicas, por lo tanto, no puede quedar al arbitrio de la voluntad de la víctima que este contagio quede impune. Por lo demás, cierto es, que quien preste su consentimiento a mantener relaciones sexuales con quien padece de SIDA, sin protección, lo hará motivado por razones amorosas, por enamoramiento, por especiales estados de ánimo o incluso bajo presión u otra clase de manipulaciones, que no le permitirán medir en ese momento las consecuencias de su acción, y por lo tanto sopesar el resultado, lo que afectará su real libertad en la decisión, y que redundará en que ésta sea cuestionada en varios sentidos, lo que es contrario a la exigencia de que en el consentimiento, se haga como presupuesto de su eficacia “que el afectado poseía la fuerza de juicio necesaria y la serenidad para reconocer la magnitud de su declaración y ponderar sensatamente los pro y los contra”¹⁰⁹.

Ya decía el maestro Jiménez de Asúa, que “la vida y la salud pertenecen a esa categoría de derechos inalienables e intangibles que no pueden renunciarse por un convenio privado. Así como no deja de ser delito el auxilio prestado al suicida, ni por regla general el homicidio consentido, tampoco dejará de ser punible el contagio venéreo aunque medie un consentimiento otorgado por amor o por estímulos económicos”¹¹⁰.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus, *Dogmática penal y política criminal. Acerca del consentimiento en el Derecho Penal*. Editorial Idemsa, Perú, p.130.

¹¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La lucha contra el contagio venéreo*. Editorial Raggio. Madrid,

En opinión del profesor Garrido Montt, hay bienes que estando muy vinculados a una persona no son disponibles como la propia vida, la integridad corporal y la salud, “la facultad de disposición de los bienes jurídicos que el sistema reconoce al titular está limitada por el principio establecido en el artículo 5° de la Constitución Política; las acciones lesivas de estos bienes no podrán afectar, aun con el consentimiento de su titular, el ámbito de los derechos inherentes a la dignidad del ser humano¹¹¹.”

Así previendo que el consentimiento no se aceptara en cualquier tipo de lesión corporal, el Código Penal alemán, como ya se revisó, establece que aquel que efectúa una lesión corporal con el consentimiento de la persona lesionada sólo actúa antijurídicamente si a pesar del consentimiento el hecho atenta contra las buenas costumbres. Aunque sea criticable este elemento normativo del tipo por lo ambiguo de su significado.

En conclusión, y habiendo incorporado en los 2 tipos penales propuestos, el contagio de SIDA, el consentimiento no será parte de ninguno de ellos como causal de atipicidad.

Error de tipo.

Establecidos los lineamientos básicos del tipo, corresponde analizar si es posible que el agente se vea favorecido por un error de tipo en su acción. Como se sabe, el error de tipo recae sobre un elemento que forma parte del hecho típico.

Un caso que podría eventualmente contemplarse dentro de esta hipótesis es cuando el agente yace con persona sana sin saber que padecía de una enfermedad venérea, ello sólo será posible en la medida en que el sujeto no tenía manifestaciones

1925, p.89.

¹¹¹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Parte general*, tomo II, Editorial jurídica, cuarta edición actualizada, Santiago de Chile, 2005, p. 162.

físicas de la infección, ya que si sospechaba que podía estar desarrollando la enfermedad, podría responder por culpa. En efecto, el agente obró pensando que causaba un resultado atípico y, a consecuencia del error, se produce un resultado típico, si se comprobare esta situación, debemos excluir el dolo. No es óbice a esta conclusión, que el tipo no contemple como elemento subjetivo del tipo el conocimiento de que padecía la enfermedad, ya que si nada sabía acerca de su padecimiento no se le puede castigar por el sólo hecho de mantener relaciones sexuales, y es que en definitiva, el error recae sobre el curso causal y es lo suficientemente significativo como para excluir el dolo eficazmente. Distinta es la exigencia de culpabilidad en el resultado. Es decir si el autor actuó con la intención de contagiar, caso de dolo directo, si no tuvo el propósito de hacerlo, pero aun sabiendo el posible resultado lo aceptó, o si actuó con culpa, es decir sin intención, pero con un grado de negligencia que le exigía actuar de otra manera, todos casos punibles en sus categorías.

Es importante mencionar que el conocimiento del elemento normativo del dolo del tipo legal de contagio venéreo, debe abarcar un saber básico y claro, es decir, no es necesario que el agente conozca con exactitud y profundidad el alcance de la enfermedad que puede transmitir ni menos los procesos biológicos que ocurren en cada etapa de la misma, ya que basta con que sepa que padece una infección de transmisión sexual o VIH y que estas tienen especiales consecuencias que repercuten en la salud, las cuales son dañinas para el organismo, que pueden o no ser mortales.

De ahí la relevancia suprema que tiene de *lege ferenda* el documento en que constaría el acto del médico que informa al paciente que padece una infección de transmisión sexual, aquel documento que firmará el paciente mediante el cual se le informa su estado de salud, formas de contagio y consecuencias, pues resultará vital para acreditar que él sabía no solo de que padecía una de estas infecciones, sino que, éstas tienen específicas consecuencias dañinas para la salud, documento que también mencionará información sobre las formas de contagio. Esto asegura también el conocimiento al tiempo del hecho.

Para el caso del sujeto que no le ha sido diagnosticada la enfermedad, hay

infecciones de transmisión sexual que tienen manifestaciones evidentes, que al menos podrían llevar a la persona a sospechar que la padece, piénsese en la gonorrea en que se producen secreciones, molestias y dolores, en tal caso podría existir al menos imprudencia temeraria.

ANTI JURIDICIDAD.

La dañosidad social de los delitos propuestos, y por tanto, su antijuridicidad material es evidente atendido los bienes jurídicos protegidos, y al estatuirlos como delito, se cumple la antijuridicidad formal.

En relación a las causales de justificación, la única causal que, en principio, podría dar rienda a discusión sobre si se encuentra permitida convirtiendo el hecho típico en lícito, es el consentimiento, que se funda en la falta de interés del sujeto pasivo. En que, “si la alteración de un bien efectuada con el consentimiento del titular *per se* no pudiera representar un menoscabo, entonces sería conceptualmente imposible asociar consecuencias jurídicas a alteraciones perjudiciales de bienes que han sido consentidas por su titular”¹¹².

Partamos señalando que esta causal no está incorporada en el catálogo de causales que eximen de responsabilidad contempladas en el artículo 10 de nuestro Código Penal, y aun cuando parte de nuestra doctrina nacional cree que sí tiene aplicación, entre los cuales destacan autores como don Mario Garrido Montt¹¹³, quien le da la naturaleza de una causa supralegal, también Enrique Cury y Etcheberry, quien sostiene que puede ser una justificante en aquellos delitos donde el bien jurídico protegido es disponible¹¹⁴ y Cousiño, al estimar que del conjunto de las disposiciones

¹¹² KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito. Reflexiones de Teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal*. Ara Editores, Lima, p.29

¹¹³ GARRIDO MONTT. *Derecho Penal, Parte general*, tomo II, Editorial Jurídica, Segunda Edición año 2005, p. 160 y ss.

¹¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 168.

del Código y de otras normas de nuestro ordenamiento puede inferirse que se encuentra regulado explícita o implícitamente; estimo que señalarlo así atenta contra el principio de legalidad.

En cuanto al consentimiento como causal de atipicidad, me remito a lo ya expuesto.

CULPABILIDAD.

Necesario es determinar si este delito admitiría forma dolosa y/o culposa.

Tratándose de un delito doloso o con dolo directo, el agente tiene la intención de cometer la infracción, es decir desea producir el resultado ilícito, en palabras de Jiménez de Asúa, es “la conciencia y la voluntad de cometer un hecho ilícito”¹¹⁵, concurriendo según los positivistas tres condiciones psicológicas: la voluntad, la intención y el fin. En palabras de don Enrique Cury, el dolo es directo cuando “el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico”¹¹⁶, es decir, el agente tiene la intención de contaminar una infección venérea a otra persona sana, objetivo que logra.

Esta forma de contagio que viene a ser la más reprochable, es posible que sea la menos frecuente, pero bien podrían darse casos, como la situación de quien movido por venganza, represalia o con otro motivo abyecto contagie a otro de una enfermedad venérea.

En cuanto al dolo de consecuencias necesarias, “el agente se representa el hecho típico como una consecuencia segura de su actuar, y no obstante ello, obra”¹¹⁷. Podrá ser de poca aplicación, ya que el autor no tiene la certeza de que se manifestará el

¹¹⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Madrid, Editorial Historia Nueva, 1928, p. 41

¹¹⁶ CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005. P 316.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 316.

contagio en la víctima, pues ello dependerá de factores netamente biológicos. Puede que el contagio se produzca en la primera vez que mantiene relaciones sexuales como a la décima vez, pero del momento exacto no puede tener seguridad.

La figura de mayor aplicación será la del dolo eventual, “cuando el agente, queriendo cometer un mal determinado produce consecuencias de hecho que han ido más allá de los resultados queridos por él, no obstante, se representó ese resultado, ese hecho típico, como posible y esa convicción no le impidió la comisión del acto. En el dolo eventual hay intención punible, porque la seguridad de que el efecto se produzca no alejaría al sujeto de la consumación del hecho”¹¹⁸. Generalmente, nos encontraremos en los delitos de contagio, con casos en que el agente no pretendía contagiar a otro, pues su objetivo era mantener como fuera relaciones sexuales con otra persona, aunque representándose la posibilidad de contagiarla de una enfermedad venérea, resultado que no quiere, pero que acepta como altamente probable y aun así actúa, sin importarle las consecuencias de su acto. Actuaría, también, con esta clase de dolo la prostituta que padece una infección de transmisión sexual, que yace con otros con el único objeto de obtener un ingreso económico, sabiendo que puede contagiar, pero que no es lo que se propone, aun así acepta ese resultado y ejecuta el acto. Y así prácticamente todos los casos se encuadran dentro de esta figura¹¹⁹.

¹¹⁸ CEA QUIROZ, Waldo. *Delito de contagio venéreo*. Revista de Derecho Universidad de Concepción. Año XX, n.79, marzo de 1952.

¹¹⁹ BARRIOS FLORES, Luis Fernando. *VIH/SIDA y Derecho. El marco jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria*. Edición You & Us, S.A, 2008, Madrid. En España, se ha resuelto, qué diferencias marcan la existencia del dolo eventual, así en SAP Madrid, Sec. 5ª, 2.1.2004, “la conducta de la penada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por haber sido informada, y casi con absoluta y total certeza, por haber sido ella misma contagiada por vía sexual. Por otra parte, la posibilidad de contagio es baja en caso de un solo encuentro sexual pero, tal como informaron los médicos, esa probabilidad crece con el número de contactos sexuales, conclusión que no precisa de especiales conocimientos científicos, pues es propia del sentido común. La relación, sin tomar especiales medidas precautorias, se prolongó durante más de un año, esto es, fueron decenas las veces en que se mantuvieron relaciones sexuales, sin informar la procesada a su compañero o sin imponerle, cuando menos, aunque pueda resultar insuficiente en caso de práctica del sexo oral, el uso del preservativo. Esa persistencia en la acción por un lado y en el silencio por otro, unida a la consciencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual, se siga la teoría

Asimismo, quien contagia a una persona en el momento de la concepción o durante el desarrollo del *nasciturus*, el que una vez que nace lo hace con las manifestaciones de la enfermedad. En este sentido se ha estimado que son acciones punibles, aun cuando “la acción tiene lugar antes o durante el periodo de gestación y que causan lesiones en individuos ya nacidos, no así en casos en que las lesiones tengan lugar sobre el feto”¹²⁰, de manera que sería una exigencia legal, que el feto tenga vida posterior, es decir, nazca con las consecuentes lesiones derivadas de la infección de transmisión sexual, en efecto, el sujeto pasivo del delito de lesiones debe ser persona y es en todo caso, cuando nace que se puede verificar la existencia de lesiones que fueron producidas mediante una acción previa que tuvo lugar antes del nacimiento. Esta aseveración es justificada por el autor Javier Contesse, cuando explica que “para poder afirmar la tipicidad objetiva de la conducta en los casos de cambios del estatus del objeto de la acción, es necesario que la modificación perjudicial del estado de cosas, concretada en la alteración de alguna propiedad de ese objeto, tenga lugar sobre un objeto que ya cuente con el estatus requerido por el tipo. Sólo si el cambio de estatus se produce con anterioridad a la modificación perjudicial (aun cuando ello sea prácticamente imperceptible), entonces la conducta es típica”¹²¹.

En cuanto a la prueba del dolo, ha servido para configurarlo, la ausencia de cualquier comportamiento dirigido a reducir el riesgo de infección, por ejemplo, el no uso de preservativo, que confirma la existencia de una plena aceptación, por parte del portador del virus VIH, del resultado contagio. Hoy, los avances científicos en esta materia han dado un paso más adelante en la protección y evitación del contagio de la

del consentimiento, la de la probabilidad o las mixtas o eclécticas, teniendo en cuenta que el grado de probabilidad, aunque no debe vincularse al resultado, pues entonces siempre que apareciese ésta la probabilidad debería forzosamente reputarse elevada, sí debe, aunque se considere a priori enlazarse con la excelencia del bien jurídico puesto en peligro por la acción, de forma que si no sólo en términos de imputación objetiva la lesión se muestra producida dentro del radio de acción de dicho riesgo, sino que en términos apriorísticos se sabe que la acción es peligrosa para bienes como la vida o la salud, singularísimamente relevantes, la fría asunción de una probabilidad más que suficiente, es determinante de la conducta dolosa”.

¹²⁰ CONTESSE SINGH, Javier. *Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto*. La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2013, p.403.

¹²¹ Ibid, p.401.

enfermedad, se investiga actualmente la creación de un anillo vaginal, que permita que no sólo sea el hombre quien pueda cuidarse, sino también la mujer.

La otra forma que adopta la culpabilidad, es la culpa, que existe cuando el acto se ejecuta sin intención de dañar, pero con imprudencia o negligencia, recae en la falta de diligencia del agente, que pudo y debió prever las consecuencias de su acto.

Tenemos 3 clases de delitos culposos:

1.- Casos en que se es consciente de la culpa y es previsto el efecto. Éste, se diferencia del dolo eventual en que si bien el agente sabe que padece de una infección de transmisión sexual, y que puede contagiar a otros, no es un resultado que él o ella quiera, y de conocer que ese resultado efectivamente se produciría, no ejecutaría el acto. Este quizás sea el tipo de culpa que se dé con mayor frecuencia en las uniones sexuales eventuales. Ciertamente que el deslinde entre dolo eventual y culpa consciente, es muy fino, pues toca un elemento subjetivo difícil de probar, la intención del sujeto activo de asumir las consecuencias del contagio de la enfermedad y el dolo debe probarse, es por ello que creo que procesalmente, en algunos casos, será más factible encausarlo hacia la culpa consciente.

2.- Casos en que se es consciente de la culpa, pero no previsto el resultado. Es el típico caso de impericia e ineptitud. Por ejemplo, cuando el agente sabe que padece la enfermedad, pero cree erróneamente que se encuentra en período no contagioso al momento de yacer con la víctima, aun cuando debió haberse cerciorado con exámenes médicos de que ya no tenía la enfermedad. Habrá ocasiones en que el sujeto activo actuará preso de un error invencible, cuando por ejemplo el médico que lo trata le asegure que ya no está en período contagioso, incluso previos exámenes médicos o cuando las circunstancias que rodearon su propio contagio fueren absolutamente casuales y no podría haberse imaginado que estaba contagiado. Para configurar la culpa, será necesario revisar el documento de notificación que le extienda el facultativo de que padece la enfermedad y la ficha clínica. En todo caso es un asunto que deberá tratarse cuidadosamente según sea el caso.

Se podría ubicar dentro de esta clase de culpa los casos en que el sujeto infectado por la enfermedad sufre la rotura del preservativo durante el coito¹²², de hecho se ha comprobado que es más frecuente que las personas contraigan una infección de transmisión sexual por el uso incorrecto de los condones o porque no los utilizan de manera regular. Los condones pueden fallar si son manipulados o guardados incorrectamente, en billeteras o en algún lugar caliente, por ejemplo, o si se utilizan con lubricantes a base de aceite. La rotura de los condones generalmente se debe al uso incorrecto y no a defectos en el mismo¹²³.

3.- Casos en que no se es consciente de la culpa, y por tanto, no se ha previsto el resultado. En este caso el agente no sabe que padece la enfermedad, porque no se le ha diagnosticado. Sería un caso de esta clase de culpa, cuando un hombre yace con una mujer sana después de haber tenido relaciones sexuales con una prostituta, es decir, sabiendo o debiendo saber que ha podido ser contagiado, ya que la prudencia aconsejaba en este caso, abstenerse de otra relación sexual durante el período en que se incubaba la enfermedad y previamente practicarse exámenes médicos.

¹²² En España se ha ubicado dentro de esta categoría de culpa, cuando se ha utilizado preservativo en la relación sexual, y éste se ha roto provocándose el contagio. Así, en sentencia dictada con fecha 6 de junio de 2011 por el Supremo Tribunal de España, se determinó que “la utilización de preservativos, no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado. No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1 2º del Código Penal, por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida), respecto de la conducta descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por el acusado, era no sólo evitable sino sin duda también previsible.”

¹²³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Departamento de Salud reproductiva e investigación. Infecciones de transmisión sexual y otras infecciones del tracto reproductivo, una guía para la práctica básica. Singapur, 2005.

Error de prohibición.

En cuanto al error de prohibición, en que puede incurrir el agente, el profesor Cury, señala que se encuentra en este error “quien cree que su conducta es lícita, sea porque ignora que, en general, está sancionada por el ordenamiento jurídico, sea porque supone que en el caso dado está cubierta por una causal de justificación que no existe o a la que atribuye efectos más extensos de los que realmente produce, sea, en fin, porque supone la presencia de circunstancias que en el hecho no se dan, pero que, de concurrir, fundamentarían una auténtica justificación”¹²⁴.

Pues bien, casos que podrían encuadrarse en este tipo de error, podría alegarlo quien padeciendo una enfermedad venérea yace con otra persona sana, en un periodo de su enfermedad, en el que se cree ya curado o en tiempo no contagioso, por lo cual se cree justificado para yacer o tener contacto sexual con otro sin protección porque no cree que contagiará. En este sentido, cabe preguntarse, si éste era un error evitable o inevitable, ya que siendo evitable, por ejemplo, si lo hubiera consultado con un médico y obtenido nuevos exámenes médicos que determinaran fehacientemente su situación de salud, responderá a lo menos por culpa, de lo contrario, obra justificado.

Los casos de error se deben analizar caso a caso, ya que las especiales particularidades de estas enfermedades probablemente den para una inagotable discusión jurídica.

3.2. SANCIÓN PENAL.

Teniendo en consideración, lo anteriormente expuesto, podemos determinar una

¹²⁴ CURY URZUA. E. *Derecho Penal, parte general*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p.439.

pena probable. Considero ante todo, que la pena debe ser concordante con el sistema de penas actualmente vigente en nuestro Código.

Lo primero será distinguir según sea la figura penal:

1.- El que contagie a otro de una infección de transmisión sexual, mediante relaciones sexuales o cualquier acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado sus genitales, ano, o boca. En este caso la pena será aquella que dependa de la lesión producida en directa remisión al artículo 397 del C.P.

2.- Tratándose de quien no cumpla con las medidas de higiene exigida por reglamentos y leyes para quien trabaje en un centro asistencial, y ocasiona por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, el contagio de una enfermedad venérea, al tratarse de un cuasidelito incurre en las penas establecidas en el artículo 490 del Código Penal.

3.- En el caso de quien contagia con conocimiento el virus de la inmunodeficiencia humana, la pena en este caso no puede ser inferior a una pena de crimen, por la gravedad de las consecuencias permanentes que causa la enfermedad, conclusión a la que se arriba tomando en consideración el artículo 316 del Código Penal, que establece una figura de peligro para quien disemine gérmenes patógenos, que tiene una pena asignada de presidio mayor en su grado mínimo. Esto es, si sólo la figura de peligro tiene esa pena, el contagio que causa un daño en la salud irreparable, no puede tener lógicamente una pena inferior¹²⁵.

¹²⁵ BARRIOS FLORES, Luis Fernando. *VIH/SIDA y Derecho. El marco jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria*. Editorial You and Us, S.A. Madrid, 2008, p. 136. En este sentido, se pronunció sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, España, sec. 8ª, 15.3.2006, que en lo medular, resolvió “por grave enfermedad ha de tenerse la que real o potencialmente cause un menoscabo de la salud de suma importancia, pues así lo exige el tratamiento punitivo que equipara ese concepto a las mutilaciones de miembros principales o a la pérdida de sentidos corporales. En este punto, el contagio por VIH supone que la enfermedad tiene una fase larvada y de progresivo desarrollo, tras lo cual la enfermedad, ya contraída, se

3.3. CONCURSO DE DELITOS.

Es importante determinar si con los tipos penales propuestos, podríamos encontrarnos con pluralidad de delitos.

Probablemente, mediante la misma acción, se configure un delito de contagio venéreo y un delito de violación o abuso sexual, en cuyo caso, en mi opinión debe resolverse mediante un concurso ideal heterogéneo de delitos, por tanto se impondría la pena mayor asignada al delito más grave, según prescribe el artículo 75 del Código Penal.

En el caso de la transmisión del SIDA, no me aventuraría a configurar un concurso con el delito de homicidio, puesto que si bien es un enfermedad sin cura hasta el momento, cierto es que la muerte del enfermo de SIDA, no deviene directamente del contagio, ésta es una consecuencia de él, pero no es la causa directa, lo que provoca la muerte del enfermo son algunas de las distintas patologías que afectan a la víctima, producto del deterioro de su sistema inmunitario, con lo cual se corta la cadena causal del resultado muerte.

desarrolla y aparece el síndrome de inmunodeficiencia que se caracteriza por la presencia de múltiples posibles enfermedades asociadas, infecciones oportunistas, lesiones tumorales. Ello supone que las expectativas actuales de vida puedan acortarse. Pero es que además la supervivencia está condicionada al uso de fármacos en la fase de desarrollo de la enfermedad, no siempre bien tolerados y con graves efectos secundarios. La calidad de vida queda cercenada desde el primer momento con graves limitaciones en cuanto a la forma de desenvolverse socialmente, especial cuidado en la práctica de ejercicios de riesgo, precauciones excepcionales en las relaciones sexuales y presencia de un temor continuo más o menos intenso del portador del virus. Y junto a estas consideraciones no puede olvidarse el sentir común que considera esta enfermedad como una de las más graves sin duda ninguna, ni puede ignorarse el hecho de que es una enfermedad que, a día de hoy, puede tratarse, pero no tiene cura o solución definitiva. En consecuencia, no cabe sino reputar la misma como enfermedad muy grave, y, por tanto, la causación dolosa de la misma ha de reputarse constitutiva del delito de lesiones en su tipo singularmente agravado recogido en el artículo 149 del Código Penal”.

Concurso aparente de leyes penales no habrían en la medida de lo *sui generis* que es el delito planteado, que hoy no encuentra regulación penal en ninguna otra disposición legal.

4. CONSIDERACIONES PROCESALES.

Dada la especial categoría de delitos de que se trata, estimo que se debería considerar como delito de acción penal pública previa instancia particular. Puesto que si bien afecta al bien jurídico salud individual, no podemos desconocer que importa a la sociedad toda que éstas no se propaguen causando una eventual pandemia.

En particular, me quiero referir a problemas de prueba en el proceso penal, en este sentido, principalmente se cuestionará el conocimiento que tenía el agente de ser portador de la infección venérea.

Para hacer responsable a alguien de la transmisión de una enfermedad de transmisión sexual, primero debemos comprobar que esa persona sabía que padecía la enfermedad.

Hoy, el decreto 158, establece normas sobre notificación de enfermedades transmisibles de declaración obligatoria. En primer lugar, establece 3 tipos de notificaciones, a saber, de notificación inmediata, de notificación diaria y de notificación exclusiva a través de establecimientos centinelas. La diferencia de estas notificaciones radica en la rapidez de la comunicación, así, en el caso de la notificación inmediata, se deberá comunicar en forma inmediata por cualquier medio a la autoridad sanitaria correspondiente, desde el lugar en que fue diagnosticada, sin perjuicio, de que con posterioridad, dentro el plazo de 24 horas, se proceda a llenar el formulario respectivo. Tratándose de la notificación diaria, deberán ser notificadas, una vez confirmado el

diagnóstico, por el respectivo establecimiento asistencial, enviándose el formulario correspondiente el mismo día de la confirmación a la autoridad sanitaria competente. En el último tipo de notificación, deberán ser notificadas en cuanto al número de casos semanales, según sexo y grupos de edad, una vez confirmado el diagnóstico en el respectivo establecimiento centinela, los formularios se envían a la autoridad sanitaria en forma semanal.

Define como enfermedades de notificación diaria, la gonorrea, la sífilis en todas sus formas y localizaciones, síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA). Por su parte, determina que son enfermedades de notificación obligatoria solo para los centros y establecimientos definidos como centinelas por la autoridad sanitaria, las enfermedades de transmisión sexual (excepto gonorrea, sífilis y VIH/SIDA)

En el artículo 4°, dispone que la notificación de enfermedades de notificación inmediata y diaria se debe hacer por escrito y debe contener la siguiente información:

- 1.- Identificación del establecimiento y del Servicio de Salud al que corresponde notificar.
- 2.- Apellidos, nombre, RUT, ficha clínica, domicilio, teléfono, edad sexo del enfermo.
- 3.- Diagnóstico de la enfermedad objeto de la denuncia, su confirmación, fecha de inicio de los síntomas, lugar de aislamiento, exámenes practicados, antecedentes epidemiológicos y de vacunación.
- 4.- En caso de TBC, indicar si se trata de un caso nuevo o recaída y localización.
- 5.- Identificación del profesional que notifica, RUT y su firma.

Agrega que, tratándose de enfermedades de transmisión sexual, podrá omitirse el nombre y apellidos del paciente, indicándose en su reemplazo el RUT, así como su domicilio, consignándose en este caso sólo la comuna que corresponda.

En el artículo 6°, se establece que será obligación de los médicos cirujanos, que atienden enfermos en establecimientos asistenciales, sean públicos o privados, en que

se proporcione atención ambulatoria, notificar las enfermedades de declaración obligatoria en la forma establecida en el reglamento. Lo mismo para el caso de los enfermos atendidos por médicos particulares en su domicilio o consulta. Idéntica obligación pesa sobre los laboratorios clínicos públicos y privados en que se efectúen exámenes que confirmen algunas de las enfermedades establecidas que deban notificarse según esta Ley.

En este punto y para dar certeza de que el paciente conoce que padece una infección de transmisión sexual y el estado de evolución de la misma, es que se vuelve necesario que tome conocimiento directo de la misma, firmando un formulario de notificación, junto a su huella dactilar, en señal de que efectivamente tomó conocimiento.

En mi opinión, este formulario deberá contener, la individualización del paciente, nombres, apellidos y RUT; enfermedad contagiosa que padece, con indicación de los exámenes que se practicaron y en base a los cuales se realizó el diagnóstico; características y consecuencias de la enfermedad, con especial mención al carácter contagioso de la misma; vías y formas de contagio, así como de las medidas preventivas científicamente comprobadas como eficaces. Finalmente fecha y hora en la que toma conocimiento de la notificación.

Esta notificación la practicarían los médicos que atienden al paciente, sean de centros asistenciales públicos o privados o médicos particulares. En el caso de los laboratorios, cumplirían con informar al médico que solicitó el examen y al Servicio de Salud.

En el caso de que el médico no pueda notificar al paciente, debe remitir esta notificación a la autoridad sanitaria dentro de 24 horas, indicando los motivos por los cuales no pudo notificarlo, en especial, si se rehúso y en qué términos.

Por su parte, la ley 19.779, en el artículo 5°, establece que el examen para detectar el virus de inmunodeficiencia humana será siempre confidencial y voluntario, debiendo

constar por escrito el consentimiento el interesado o de su representante legal. El examen de detección se realizará previa información acerca de la enfermedad, si bien, lo relevante de esta comunicación debe ser después, una vez que el paciente toma conocimiento de que padece la enfermedad, no deja de tener importancia la comunicación previa, para el caso en que el paciente no regrese a retirar el resultado de sus exámenes y no pueda ser notificado, pudiendo configurarse una eventual figura culposa.

A su vez, prescribe que los resultados de los exámenes se entregarán en forma personal y reservada, a través de personal debidamente capacitado para ello, sin perjuicio de la información confidencial a la autoridad sanitaria respecto de los casos en que se detecte el virus.

La infracción a esta norma se sanciona con multa a beneficio fiscal de 3 a 10 unidades Tributarias mensuales.

Al tenor de estas normas, se podría suscitar un conflicto entre la confidencialidad o secreto médico y el bien jurídico afectado por este proyecto de delito. Paréceme, que en ciertos casos por el excesivo celo en proteger la debida confidencialidad se ha obviado la obligación de proteger al paciente.

El artículo 29 del Código de ética médico, dispone que “El secreto profesional es un deber inherente al ejercicio de la profesión médica y se funda en el respeto a la intimidad del paciente, quien devela información personal, en la medida que ésta es útil para el tratamiento de su enfermedad.”

El garante de la confidencialidad de la información proporcionada por el paciente es, principalmente, el médico tratante, y luego por extensión todo el equipo con el que trabaja.

La Ley 19.628, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, considera datos sensibles aquellos datos personales que se refieren

a las características físicas o morales de las personas, tales como sus estados de salud físicos o psíquicos.

El secreto médico no es un principio de carácter absoluto, pues el artículo 38 del Código de ética establece una serie de excepciones al secreto médico y que se fundamentan en la preeminencia de otros bienes, siempre precedidas de la debida deliberación por parte del facultativo, en los siguientes casos:

- Cuando se trate de enfermedades de declaración obligatoria
- Cuando así lo ordenen los Tribunales de justicia.
- Cuando sea necesario para las certificaciones de nacimiento o defunciones.
- Cuando fuere imprescindible para evitar un perjuicio grave para el paciente o terceros y,
- Cuando la revelación de datos confidenciales sea necesaria para su defensa, ante Tribunales ordinarios, administrativos o gremiales, en juicios provocados por el paciente.

Entendemos que la salvaguarda del secreto médico cobra especial relevancia respecto de terceros, interesados en acceder a información de pacientes, pero por razones distintas a la prevención y tratamiento de la enfermedad.

El médico debe estar facultado para entregar en un procedimiento penal la ficha clínica de un paciente que habiendo prescrito que se practicara exámenes médicos ante sospechas de padecer de alguna infección de transmisión sexual, el paciente no lo hubiera hecho, siendo un antecedente a considerar al momento de establecer una figura culposa.

Otro interesante tema en cuanto a cómo determinar quién fue el responsable del contagio del virus de la inmunodeficiencia humana es la mutación que presenta el virus, el cual experimenta una gran variabilidad, va cambiando según la etapa en que

se encuentra y la exposición a medicamentos que ha tenido, circunstancia que permite cotejar el virus tanto del agente como la víctima, y proporciona una fundada presunción científica de que dicho autor fue quien contagió a la víctima y no otro.

Se debe tomar en consideración también, ya sea tratándose de las infecciones de transmisión sexual o en el contagio del SIDA, la fase en la que se encontraba la enfermedad del hechor en el periodo en que se le acusa de haber contagiado, pudiendo comprobarse fehacientemente y en forma científica, si se encontraba en etapa contagiosa o no y con ello su eventual responsabilidad.

En palabras de Osvaldo Romo, “la responsabilidad penal del inculpado se establecerá al probarse: las relaciones sexuales con el afectado; el porte de una enfermedad venérea contagiosa, y el conocimiento de esa enfermedad por el inculpado”¹²⁶, agrega que si no se logra probar estos 3 hechos, se excluye el dolo, pero podríamos estar ante un contagio con culpa.

Si se revisa jurisprudencia española, se encontrará con que se ha llegado a establecer conclusiones científicas que vienen a dar interesantes certezas de prueba en este sentido, así en sentencia de fecha 29 de mayo de 2006, dictada por el Juzgado de lo Penal de Barcelona¹²⁷, se llegó a la conclusión de que fue tal imputado quien contagió a la víctima y no otro. En efecto el hecho es que el imputado entre agosto y noviembre de 2002, convivió con la víctima, sin advertirle en ningún momento que padecía desde 1995 el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) ni tomar medida alguna para evitar el contagio que finalmente se produjo y que provocó el fallecimiento de la víctima, el 16 de enero de 2003, quien hasta el momento de conocer al acusado gozaba de buen estado de salud. El Juzgado estimó que tal conducta era legalmente constitutiva de un delito de lesiones en concurso ideal con un delito de homicidio por imprudencia grave, imponiéndosele una pena de 3 años de prisión. Para llegar a tal condena fue necesario que en la fase probatoria se determinara si la única

¹²⁶ ROMO PIZARRO, Osvaldo. *Medicina legal elementos de ciencias forenses*. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.258.

¹²⁷ Roj: 204/2006, N° 17, (2006): Juzgado de lo penal de Barcelona, España, 29 mayo de 2006, [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>> [consulta: 19 de abril 2015].

vía de contagio del SIDA de la fallecida fueron las relaciones sexuales que mantuvo con el acusado. La información facilitada por los peritos fue decisiva para llegar a una respuesta afirmativa, desde el momento en que la víctima había padecido una primoinfección “o sea, que había sido recientemente infectada y que le había infectado una persona que ya había sido sometida a tratamiento del virus, puesto que una característica de dicho virus es su gran variabilidad, o sea, que si una persona está sometida a tratamiento el virus intenta variar, y se apreció la coincidencia de 15 a 20 mutaciones entre el acusado y D^a P (la víctima)”. Es decir “la víctima se contagió pocos meses antes del fallecimiento y en ningún caso antes de un año tomando como referencia la fecha de la analítica, siendo del todo imposible la infección anterior a un año por la transfusión de sangre que –en su caso– hubieran podido practicar a la víctima cuando fue operada de cáncer de mama (lo que aconteció muchos años antes)”. Téngase en cuenta que en este caso había 2 posibles situaciones de contagio y cómo una descartó a la otra sobre bases absolutamente científicas. Otro tema a destacar es el concurso de delitos, como queda de manifiesto el resultado mortal de la enfermedad SIDA.

Concluyo que la investigación médico legal, será vital para determinar esta interrogante, probablemente el médico especialista en infectología sea quien esté calificado para emitir informes periciales en estos casos, quien deberá determinar “fecha del contagio, naturaleza de la enfermedad, etiología, diagnóstico, duración, consecuencias e incapacidades que puede ocasionar en la víctima y sus características”¹²⁸.

¹²⁸ SILVA SILVA, Hernán. *Medicina Legal*. Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición, 2011, p.253.

5. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA. CONSTRUCCIÓN DE UN TIPO PENAL PARA EL CONTAGIO VENÉREO.

Es vital determinar la ubicación del delito de contagio venéreo en nuestro Código Penal. Dado los argumentos antes vertidos, me parece que los delitos en estudio comprenden una categoría especial, con sus propias particularidades, que afectan la salud individual, aunque de alguna manera también la salud pública. Es necesario distinguir, respecto al contagio de infecciones de transmisión sexual, que afectan a un individuo único, que es el contagiado, en cuyo caso, no representa mayor peligro para la sociedad porque son eminentemente recuperables en la medida que el afectado siga un tratamiento determinado, salvo que la enfermedad estuviere muy avanzada, y siendo la vía de contagio, eminentemente sexual. Distinto es el caso, del virus de la inmunodeficiencia humana, que como se sabe, no sólo es transmisible por la vía sexual sino por otras que impliquen contacto con la sangre del enfermo, la cual, además, es potencialmente mortal, susceptible por tanto, de causar una pandemia, como ha sucedido en varios países del mundo, en cuyo caso, si bien afecta la salud individual, también presenta al menos, una preocupación social.

Concluyo, por tanto, que atendida, las particularidades del bien jurídico protegido, las formas de contagio, las manifestaciones de la enfermedad y de sus resultados, exigen un párrafo especial dentro del título VIII, del libro II, de nuestro Código Penal, posterior al delito de lesiones, proponiendo los siguientes artículos:

3 bis. Contagio venéreo y SIDA.

Artículo 403 ter. El que contagie a otro de una infección de transmisión sexual o SIDA, mediante relaciones sexuales o cualquier acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano, o la boca de la víctima, sufrirá la pena de:

1. De presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el

ofendido demente, inútil para el trabajo, en la imposibilidad de fecundar, impedido de algún miembro importante o con alguna parte de su anatomía notablemente deforme.

2. De presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días.

3. De presidio menor en su grado mínimo a medio, si las lesiones produjeran al ofendido, enfermedad o incapacidad para el trabajo de hasta 30 días.

Artículo 403 quáter. El que con conocimiento de ser portador del virus de la inmunodeficiencia humana, contagie a otro mediante un medio de transmisión no sexual, será castigado con una pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Así redactado, podría dar lugar a inquietudes como cuál sería el motivo para regular en forma especial y separada el contagio venéreo de las demás lesiones, y podría estimarse en que se encuentra apoyada en consideraciones puramente moralistas, sin embargo, no es ése el motivo de la técnica legislativa escogida, sino que atiende a criterios objetivos: 1) Se expuso sobre los riesgos de establecer con amplitud las formas comisivas del delito de lesiones, y las especiales circunstancias del contagio de las infecciones de transmisión sexual y SIDA, que justificarían su regulación en forma específica. 2) De *lege lata*, con la redacción actual de los delitos de lesiones, no puede encasillarse este delito en alguno de estos artículos. 3) El SIDA debe tener un tratamiento especial, pues se transmite por la vía sexual, pero también por otras vías, las cuales llevan no sólo a afectar como bien jurídico la salud individual, sino también la propia vida de quien se ve contagiado por la enfermedad, por no tener un tratamiento que a la fecha se haya demostrado como efectivo.

Finalmente, y tal como señaló el maestro don José Luis Díez Ripollés citado a propósito del bien jurídico tratado en esta AFET, no es una consideración moral si el hecho tiene una repercusión social.

Hasta ahora lo que se ha propuesto es el delito de contagio venéreo, así expuesto, no sería necesario crear una circunstancia agravante de la responsabilidad penal. En caso, contrario, de no crearse el tipo penal, me parece que cobra importancia como circunstancia agravante específica y objetiva, para los delitos contra la libertad sexual, debido a que en estos delitos será en los que mayormente se dé un contagio venéreo, no así respecto de las lesiones en que la redacción actual de éstos no permite siquiera reconocerlo como forma de comisión del resultado lesión.

El fundamento no radica en la estimación de una mayor peligrosidad del delincuente, no es subjetivo, sino que, en una mayor reprochabilidad del acto por el resultado que puede derivar en consecuencias aún más graves para la víctima que la propia violación o abuso sexual.

Su incorporación se ubicaría dentro del libro II, título VII, de los Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, párrafo 7, artículo 368 bis.

CONCLUSIONES.

Al inicio del estudio del contagio venéreo y SIDA, pude verificar la gravedad de las consecuencias en la salud que derivan de las mismas, algunas de ellas mortales. En Chile, gracias a las políticas de prevención implementadas, la propagación de estas infecciones se encuentra controlada en relación a otros países, sin embargo, no podemos esconder la realidad bajo un manto de oscuridad, pues no se cuenta hoy con una estadística oficial de denuncias de estos hechos, por no existir el delito, lo que ha llevado a que no se denuncie o no se reciba la denuncia, pero los casos existen, eso es un hecho que no se puede desconocer. Dado los efectos en la salud que provocan estas infecciones, me parece grave que quede en la impunidad su contagio, la vida de la persona contagiada se ve afectada no sólo en el ámbito físico si no también psicológico, ya que las funciones sexuales, que son de las más elementales, se alteran radicalmente.

Debe aclararse, que no es la relación sexual lo determinante en la imputación objetiva de este delito, por lo cual la discusión para dar validez a este delito no puede quedarse detenida en este punto, no es que se pretenda que mantener relaciones sexuales sea ilícito, todo lo contrario, pero sí se debe reconocer que el derecho a la intimidad del enfermo encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud del otro, siendo lo relevante que el sujeto activo, el portador de la enfermedad, sabía que padecía una enfermedad y que era factible el contagio o que al menos no podía menos que saberlo, creando un riesgo no permitido jurídicamente produciendo un resultado también desaprobado, que pudo evitar porque su acción era controlable. Piénsese además que en el caso del SIDA, como se ha venido señalando, la transmisión de esta enfermedad no siempre será por la vía sexual, sino por otros tantos modos ya expuestos.

El bien jurídico constituye la base de la construcción del tipo penal que se propone, de ahí que fuera importante intentar clarificar el objetivo de la protección del Derecho. Según lo expuesto, me parece que no puede ser sino la salud individual, sin perjuicio,

de que de alguna manera también afecte, para ciertos casos, la libertad de auto determinarse sexualmente y en el caso del contagio en especial del SIDA, afecte la vida del contagiado y se vislumbre cómo podría ocasionar una verdadera pandemia que afecte a la sociedad toda, sin embargo, he enfocado el bien jurídico a la salud individual, porque principalmente, las consecuencias de tener como bien jurídico la salud pública, tal como se expuso en esta AFET, puede pasar a llevar derechos fundamentales en un tema tan delicado como éste, que involucra las funciones sexuales, difuminándose el verdadero objeto de protección de la norma.

Estimo, en todo caso, que no es conveniente, a pesar de que la gran mayoría de los ordenamientos extranjeros lo contemplen, incorporar una figura penal de delito de peligro en esta clase de delitos, por los motivos latamente expuestos, en particular, porque la protección del Derecho se extiende ilimitadamente respecto de un peligro concreto o incluso abstracto, en el cual, al no ser posible determinar si el autor tomó las medidas de precaución para evitar el contagio, no se puede estimar si existió un riesgo concreto comprobable. Por otra parte, no es seguro que el contagiado represente un verdadero peligro para la sociedad, bien podría cuidarse y no volver a contagiar, lo que podría llevar al castigo injusto de muchas personas, y probablemente ese sea el motivo por el cual el artículo 316 del Código Penal, no ha tenido mayor aplicación práctica.

En cuanto a la propuesta de tipos penales planteada, ésta responde a los siguientes fundamentos:

En relación al artículo 403 ter:

1.- Las infecciones de transmisión sexual, como su nombre lo indica, tienen como vía de contagio, precisamente la que involucra los órganos sexuales, a través de sus relaciones, lo que hace que sean acciones absolutamente controlables por quienes la practican, en especial, por las consecuencias que pueden resultar de ellas, de ahí que sea importante no incluir un elemento subjetivo del tipo que restrinja la culpabilidad, en especial, porque la mayoría de las veces se cometerán estos delitos con dolo eventual o culpa, en efecto, piénsese en el contagio del *nasciturus*, del contagio nutricional, entre

otros, en que probablemente no se ejecutará con dolo directo.

2.- Me parece adecuado en este caso graduar la pena según la gravedad del resultado, porque como ya se demostró cada enfermedad de transmisión sexual provoca efectos distintos en el organismo y por tanto, el daño en la salud será más o menos grave según el resultado que cause.

3.- La forma de comisión no se restringe a las relaciones sexuales sino también se extiende a cualquier acto de significación sexual y de relevancia, en los términos del artículo 366 ter del Código Penal, ya que muchos contagios se dan de ese modo y no sólo a través de la cópula sexual.

Del artículo 403 quáter:

1.- En el caso de quien es portador de VIH y contagia de un modo que no sea por la vía sexual, debe ser sancionado, se propone en este artículo que se incorpore en el tipo un elemento subjetivo del tipo que exija el obrar con dolo directo o eventual, ya que de lo contrario, el agente no podría desarrollar prácticamente ninguna actividad cotidiana, pues la enfermedad se podría transmitir por el simple contacto con mucosas y heridas abiertas, lo cual no constituye el objetivo de lo que se propone, así, se requiere en este caso que el agente sepa que padece de una infección de transmisión sexual y que tenga intención de contagiarlo o al menos acepte ese resultado, de lo contrario, no podría imputársele ni aun a título de culpa la comisión del delito.

Con el estudio realizado, reafirmo mi postura en orden a que es imperioso hoy, que se legisle sobre este tema, el bien jurídico salud, en nuestro país, contempla la máxima protección que le otorga, como derecho fundamental, nuestra Constitución y como tal, no se puede obviar una realidad social que causa tan nefastas consecuencias y que debe ser sancionado.

Este trabajo ha pretendido ante todo, iniciar una discusión seria en torno a este problema, intentando discurrir sobre todas las variables político criminales y legales

que puedan plantearse, dando una visión particular de la situación actual y proponiendo vías de solución penal. En este sentido, estimo también que debe revisarse el alcance de los artículos 316 y 317 del Código Penal, el principio de seguridad jurídica exige que se eliminen o se acoten lo suficiente para dar claridad al fundamento y finalidad de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales.

- 1.- ACHAVAL, Alfredo. *Manual de Medicina Legal, práctica forense*, Segunda Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1988.
- 2.- AGUILAR ARANEDA, Cristian. *Delitos sexuales, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2008.
- 3.- ARROYO ZAPATERO, Luis, *La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida*, Derecho y salud, vol. 4, num.2, julio-diciembre de 1996.
- 4.- BARRIOS FLORES, Luis Fernando. *VIH/sida y derecho. El marco jurídico: Derechos del paciente y responsabilidad sanitaria*. Editorial Ed you and us, 2008.
- 5.- BASILE, Alejandro Antonio. *Fundamentos de medicina legal, Deontología y bioética*. Editorial Ateneo, Argentina, Quinta edición, 2004.
- 6.- BELSA, JOSEFINA Y OTROS, Grupo de trabajo sobre ITS, Gobierno de España. *Infecciones de transmisión sexual. Diagnóstico, tratamiento, prevención y control*. Ministerio de sanidad, política social e igualdad, Madrid, 2011.
- 7.- BONNET, Emilio Federico Pablo. *Medicina Legal*, segunda edición, López Libreros Editores, Buenos Aires, Argentina, año 1980.
- 8.- BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, Jhon. *Curso de Derecho Penal*, Tomo III, parte especial, segunda edición, Lexis Nexis, 2007.
- 9.- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas, Derecho penal, parte general*, tomo I. Ara Editores, Perú, año 2005.
- 10.- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas, Control social y otros estudios*, tomo II. Ara Editores, Perú, año 2005.
- 11.- CABEZAS CABEZAS, Carlos. *El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado*. Revista de Derecho, RDUCN Coquimbo, 2013, vol 20, N° 2.

- 12.-CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. JM Bosh Editor, Segunda Edición, Barcelona, 2001.
- 13.- CEA QUIROZ, Waldo. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Artículo delito de contagio venéreo. Rvista N° 79, año XX (En-mar, 1952).
- 14.- CONTESSE SINGH, Javier. *Cambios del estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto*. La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, Año 2013.
- 15.- CORREA S., Sofía; FIGUEROA G., Consuelo; JOCELYN-HOLT, Alfredo; ROLLE C., Claudio; VICUÑA U., Manuel. "*Historia del Siglo XX chileno. Balance paradójica*", Santiago de Chile, Ed. Sudamericana.
- 16.- COUTTS, Waldemar. Monografía *El contagio venéreo como delito. Razones biológicas y jurídicas*.
- 17.- CURY, URZUA. Enrique. *Derecho penal, parte general*. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004.
- 18.- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho penal ante el sexo* (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual). Editorial Casa Bosch, Barcelona, España, año 1981.
- 19.- DIDES, C. Benavente, MC. SAEZ, I. *Guía de apoyo sobre salud sexual y reproductiva VIH y SIDA*, Editorial Flasco Chile, Santiago de Chile, año 2010.
- 20.-ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- 21.- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal, parte especial*, tomo III, 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 22.- EYMIN, Gonzalo, FICH, Félix. *Enfermedades de transmisión sexual*, Chile, Julio 2003.
- 23.- FEIJOO, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Capítulo V, Imputación de la víctima e imputación objetiva. Editorial Grijley, 2002.
- 24.- FONTECILLA, Rafael. *La Pena. Los Problemas Modernos y sus influencias en el Nuevo Derecho Penal Chileno*, Santiago, Chile, Imp. Cisneros, Edición año 1930.
- 25.- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, parte general*, Tomo II. Editorial

Jurídica, cuarta edición, Santiago de Chile, 2005.

26.- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, parte especial*, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, 2007.

27.- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El derecho penal chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual*. Doctrina, estudios, notas y comentarios N° 180, año 1995. Doctrinas esenciales, Gaceta Jurídica Derecho Penal, Tomo II, año 1976-2010.

28.- JAKOBS, Günther. Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A, Segunda edición, Madrid, 1997.

29.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, *La lucha contra el delito de contagio venéreo*, Madrid, Editorial Caro Raggio, año 1925.

30. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal. Concepto del Derecho penal y de la Criminología, Historia y legislación penal comparada*, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires: Eitorial. Losada, 1963 (imp. de 1992).

31. KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*. Indret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Febrero 2009,

32. KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito. Reflexiones de Teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal*. Ara Editores, Lima Perú, 2008.

33.- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal tomo I, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta edición, Santiago, Chile, 1968.

34.- LUZON PEÑA, Diego Manuel, MIR PUIG, Santiago, y SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Problemas jurídicos penales del sida*, Bosch, Barcelona, Edición 1993.

35.- MAÑALICH, Juan Pablo. *La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales*. REJ Revista de Estudios de Justicia N°4. Centro de Estudios de la justicia, Universidad de Chile, año 2004.

36.- MATUS, Jean Pierre. *La doctrina penal de la fallida recodificación chilena del siglo XX y principios del siglo XXI*, Política Criminal, V. 5, n° 9, año 2010.

37.-PLATTS, MARK, *Sida, aproximación ética*. Editorial Fondo de Cultura económica, Primera edición, año 1996.

38.- POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte*

general. Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Santiago, enero 2006.

39.- POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan, GRISOLIA, Francisco. *Derecho Penal Chileno. Parte especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial jurídica, año 2001.

40.- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Departamento de Salud reproductiva e investigación. *Infecciones de transmisión sexual y otras infecciones del tracto reproductivo, una guía para la práctica básica*. Singapur, 2005.

41.- OXMAN VILCHES, Nicolás. *Libertad sexual y estado de Derecho en Chile: (Las fronteras del Derecho Penal sexual)*. Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, año 2007.

42.- REY HUIDOBRO, Luis. *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. Bosh casa editorial, Primera Edición, Barcelona, España, año 1987.

43.- RIVACOBBA, Manuel de, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso: Edeval, 153 pp., p. 23s. Sobre el Proyecto de Vidaurre, véase el artículo especialmente dedicado a su contenido del propio RIVACOBBA, Manuel de, "El Primer Proyecto Americano de Código penal", *Anales del Instituto de Chile* (1985).

44.- ROMO PIZARRO, Osvaldo. *Medicina legal elementos de ciencias forenses*. Editorial Jurídica de Chile, año 2000.

45.- ROXIN, Claus. *Acerca del fundamento penal de la tentativa*, en *dogmática Penal y Política criminal*, Idemsa, Lima, 1998.

46.- ROXIN, Claus, *Dogmática penal y política criminal. Acerca del consentimiento en el Derecho Penal*, Editorial Idemsa, Perú.

47.- ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. Indret, revista para el análisis del Derecho, 2013.

48.-SEPULVEDA, Cecilia, AFANI, Alejandro, *SIDA*, editorial mediterráneo, Cuarta edición, año 2009.

49.- SALVO AURELIO, *infecciones de transmisión sexual (ITS) Chile*. Revista médica clínica Las Condes-2011; 22 (6) 813-824).

50.- SANTANDER, ESTER Y OTROS. *Normas de manejo y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual. Primera Parte. Comité Normas infecciones de transmisión sexual*. Ministerio de Salud de Chile. 2007.

51.- VAN WEEZEL, Alex. La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar. Revista Chilena de Derecho, v.35, n. 2, Santiago, Agosto de 2008. [En línea] <<http://www.dpp.cl/resources/upload/58eca25dfb4ec2db6c3e7d4027979d79.pdf>>.

Fuentes normativas.

52.- Normas de manejo y tratamiento de infecciones de transmisión sexual (ITS), Gobierno de Chile, ministerio de Salud. Norma general técnica N° 103 del Ministerio de Salud, aprobada por decreto exento N°424 del 17 de julio de 2008. Edición julio de 2008.

53.- Manual de procedimientos para la detección y diagnóstico de la infección por VIH. Ministerio de Salud, Gobierno de Chile, Santiago de Chile. 2010.

54.- Ley 19.779 y Reglamento del examen para la detección del Virus de Inmunodeficiencia Humana, Decreto N° 182 de 2005.

55.- Decreto Supremo N° 362, del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual, publicado en el diario oficial con fecha 7 de mayo de 1984, derogado por el decreto N° 206/05, publicado en el diario oficial el 8 de mayo del año 2007.

56.- Decreto 158, de fecha 22 de octubre de 2004, que establece normas sobre notificación de enfermedades transmisibles de declaración obligatoria.

57.- Decreto N° 446, de fecha 12 de junio de 1987, que imparte normas para la aplicación de un programa de vigilancia epidemiológica del sida.

58.- Resolución exenta 371.

59.- Guía Clínica AUGE. Síndrome de la inmunodeficiencia adquirida VIH/SIDA. Serie guías clínicas Minsal, año 2013. Gobierno de Chile, Subsecretaría de Salud Pública, División de prevención y control de enfermedades

60.- Código Sanitario.

61.- Código Penal.

62.- Código Ético Médico.

Fuentes de internet.

63.- <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal.pdf>

64.- <http://www.rae.es/>

65.- <http://www.latercera.com/noticia>

66.- <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>

67.- <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing>.

68.- <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/>

69- <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

70.- <http://www.camara.cl/>

71.- www.bcn.cl.

72.- www.indret.com