



Universidad Andrés Bello

Facultad de Derecho

Yaniré Alejandra Vargas Soto

“Enfermedades de transmisión sexual: responsabilidad de quienes las padecen en cuanto a su propagación”

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas dirigida por el Profesor don:

Jorge Chocair Lahsen

Santiago de Chile

2013

Índice

Introducción.....	4
Capítulo I.....	6
1. Enfermedades de transmisión sexual.....	6
1.1. ETS o Enfermedades Venéreas.....	7
1.2. Clasificación y descripción de las principales ETS.....	8
1.3. Principales ETS.....	9
1.4. Efectos de las ETS en el individuo.....	15
1.5. Necesidad de la introducción del derecho en la regulación de las conductas del individuo en relación a las ETS.....	17
Título II.....	18
1. Conceptos relevantes.....	18
1.1. Concepto de salud.....	18
1.2. Concepto de enfermedad.....	18
2. Bien jurídico protegido.....	20
2.1. Bien jurídico protegido en derecho penal.....	20
2.2. El bien jurídico protegido en relación a las ETS.....	22
3. ETS en el código sanitario.....	28
Título III: El delito, su teoría y su relación con el contagio de ETS.....	30
1. Delito de acción u omisión.....	30
1.1. Sujetos involucrados.....	31
2. La antijuridicidad en relación al contagio de las ETS.....	33
2.1. Relación de la antijuridicidad con la tipicidad.....	33
2.2. De acuerdo a la antijuridicidad, el delito de contagio como delito de lesión o de peligro.....	34
2.3. Causales de justificación en relación al delito de contagio.....	35
3. La culpabilidad en relación al contagio de las ETS.....	38
4. Penalización en el delito de contagio.....	41
4.1. Concepto y finalidad de la pena.....	41
Título IV: Derecho comparado.....	44
1. Bolivia.....	44

2. Brasil	44
3. Costa rica.	46
4. Guatemala.....	46
5. México.....	46
6. España	46
7. Ecuador.....	47
8. Uruguay.....	47
Conclusión.....	48
Bibliografía.....	50

Introducción.

Las enfermedades de transmisión sexual (en adelante ETS) presentan actualmente un aumento creciente en el número de contagiados, constituyéndose como un problema de salud pública a nivel nacional e internacional, siendo su principal fuente de contagio las relaciones sexuales sin protección. (ONUSIDA, 1998)¹

Este tipo de enfermedades son importantes dentro de nuestra sociedad ya que sus efectos sobre el individuo pueden llegar a ser mortales, o bien generan patologías congénitas, abortos espontáneos, infertilidad, partos prematuros, inflamaciones, malestares en todo el cuerpo, deteriorando progresivamente la calidad de vida de una persona. Muchas de estas enfermedades tienen cura, pero algunas son crónicas y no hay tratamientos para erradicarlas del cuerpo, solo se pueden controlar y ayudar a que el afectado no vea su vida tan desmembrada a consecuencia de ellas.

No podemos dejar de mencionar que estas enfermedades no afectan solo la salud física del individuo sino que además, como señala Arroyo (s/f):

(...) comprende el hecho de que tanto la secuela psicológica como la conductual son influidas por el sexo de la víctima y el nivel de desarrollo cognitivo y social, las reacciones de los miembros de la familia al conocer del abuso y también la representación social de la victimización sexual en la cultura (p.5).²

Debido a que las ETS son asociadas a conductas poco honoríficas del individuo, siendo este el motivo principal por el que al padecer de una enfermedad de este tipo, no solo se ve deteriorada la imagen social de la persona, sino que la de sus familiares y cercanos; sin dejar de destacar que se pueden ver afectadas todas las futuras parejas sexuales del contagiado.

En Chile no existe una figura penal que pueda evitar la expansión maliciosa de estas enfermedades al contrario de lo que sucede en legislaciones de países cercanos como los son México, Bolivia, Brasil, entre otros, en donde encontramos sanciones expresas para esta conducta estableciéndose así la figura penal del delito de contagio.

En Chile una agresión que provoque dichos efectos solo puede ser sancionada por medio del delito de lesiones a la integridad corporal, y donde se pueden encontrar sanciones más directas con respecto al tema es en el código sanitario, sin perjuicio de que dicho cuerpo legal solo se

¹ Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA [ONUSIDA] (1998) Enfoques de la salud pública para el control de las ETS (p. 3). Recuperado de http://www.who.int/hiv/pub/sti/en/stdcontrol_sp.pdf

² Arroyo, L. Z. (s/f) 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. Recuperado de: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/supresionpropagacionmaliciosasalaz.pdf

limita a mantener el control y fomentar la prevención de las ETS y de los individuos involucrados.

Al no encontrarse esta figura del delito de contagio establecida en nuestro país, todos los casos en que la enfermedad es transmitida con la sola finalidad de producir daño a la pareja sexual, dicha conducta queda impune, dejando a la víctima imposibilitada de recurrir a una instancia legal en donde se pueda sancionar esta conducta que tanto daño causa.

Debemos mencionar además que al mantener relaciones sexuales las personas solo están haciendo un libre ejercicio de su sexualidad y siguiendo instintos biológicos -que tienen como finalidad preservar la especie. Por lo tanto, esta conducta que provoca el contagio puede ser realizada tanto de forma dolosa como culposa, y ante esto se debe hacer una distinción, debido a que en nuestro código penal las conductas que reciben mayor sanción son las realizadas con dolo, que es un elemento fundamental en el establecimiento del tipo penal, salvo ciertas excepciones que en este minuto no corresponde abordar.

Considerando todos los factores anteriores y principalmente los grandes daños que se producen al individuo contagiado, así como la impotencia de esta persona al no poder hacer nada para que el sujeto activo de esta situación reciba un castigo acorde al daño producido, creemos que es necesario crear también en nuestro país la figura del delito de contagio, con la finalidad de evitar su propagación y sancionar a las personas que incurren en dicha conducta.

Título I

1. Enfermedades de transmisión sexual.

Los jóvenes hoy en día se inician cada vez más precozmente en su vida sexual, muchas veces sin la información adecuada, siguiendo únicamente los impulsos propios de su etapa, ya que no debemos dejar de mencionar que en los medios de comunicación masivos, se promueve el desarrollo de conductas hipersexualizadas (Ward, 2003)³, la falta de conocimiento sobre el tema expone a los jóvenes (y no solo a ellos) a una serie de peligros que ellos no consideran, como por ejemplo, el contagio de enfermedades de transmisión sexual.

A pesar de que la sociedad esta sobrecargada de temas llenos de connotación sexual, en general las personas son bastante reacias a hablar directamente de sexualidad, ya sea por pudor o vergüenza, lo que hace más difícil precaver las conductas de riesgo⁴, por lo que las cifras de contagiados por algún tipo de enfermedad de trasmisión sexual aumentan año a año.

Las enfermedades de transmisión sexual (en adelante ETS) se presentan como un gran flagelo para nuestra sociedad debido a que con ellas no solo se daña al individuo que las padece en una forma física, sino también en su mundo interior y además el entorno con el que se relaciona. Teniendo esto como antecedente se han tomado una serie de medidas de salud pública destinadas a tener un mayor control sobre las ETS. Entre las que se encuentra por ejemplo el promover un comportamiento sexual más seguro, así como también el fomento del comportamiento de asistencia sanitaria, medidas que sin lugar a dudas ayudan a prevenir el contagio, pero nada se dice con respecto a los efectos que este tipo de enfermedades traen a sus pacientes(ONUSIDA, 1998).⁵

Como se señaló anteriormente, las ETS no solo dañan la salud física de un individuo sino que también traen aparejado un trato peyorativo por parte de la comunidad a los afectados, debido a que el padecer de algún tipo de ETS se asocia a un problema de higiene personal (despreocupación) y hábitos sexuales promiscuos por parte del afectado, atentando claramente en contra de su dignidad e integridad. Por estos motivos se tiene más que claro que moralmente no es lo mismo padecer de algún tipo de ETS que padecer de un resfrió, por lo que, en palabras de la ONUSIDA (1995):

³ Ward, L. M. (2003) Understanding the role of entertainment media in the sexual socialization of American youth: A review of empirical research [Abstract]. *Developmental Review*, 23(3), 347-388. doi: 10.1016/S0273-2297(03)00013-3

⁴ Conductas que conllevan un mayor riesgo de ser dañado. Entre las conductas de riesgo más habituales, se encuentran las relaciones sexuales sin protección y con múltiples parejas, particularmente las que se mantienen a temprana edad; el consumo intensivo de alcohol y otras drogas, incluido el tabaco; y la conducción imprudente de vehículos, sin utilizar los elementos de protección (cinturón de seguridad en los autos, casco en las motocicletas) y/o en estado de ebriedad o siendo pasajero de un conductor ebrio (FUNDADEPS, 2013, párr. 5).
Fundación de Educación para la Salud (2013) *Glosario de la Salud*. Recuperado de: <http://www.atlasdelasalud.org/glosario.aspx>.

⁵ Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA [ONUSIDA] (1998) op. cit., p. 6

Incluso cuando presentan síntomas, algunas personas muestran poca disposición a solicitar atención para una ETS esa actitud puede estar motivada por la ignorancia, vergüenza o culpabilidad. También es posible que se desanimen ante la actitud poco amistosa del personal, ante la falta de intimidad o confidencialidad, o ante el entorno intimidador del servicio (p.5).⁶

1.1. ETS o Enfermedades Venéreas

En palabras de Morton (1975) “el adjetivo <venéreo> significa que las infecciones llamadas así son contagiadas de una persona a otra por y durante el acto sexual o por contacto (p.18)”⁷. El término de enfermedad venérea “fue introducido por Jacques de Bethencourt en 1527. Desde aproximadamente esta fecha, hasta finales del dieciocho y principios del siglo diecinueve el término es usado en forma singular” (p.23). Luego de esto, la OMS ha tendido a llamar a todas estas enfermedades como “enfermedades de transmisión sexual” y está ha sido la denominación que han escogido la gran mayoría de los países para referirse a ellas.

Otra de las características de las ETS es que no presentan síntomas manifiestos a nivel externo, por lo que no pueden ser reconocidas a simple vista, de forma que “no hay manera de saber, por ejemplo, si el hombre que está sentado frente a usted en el tren está bajo tratamiento” (Morton, 1975, p.17), dicha característica de las ETS como se verá más adelante, puede ser beneficiosa o perjudicial dependiendo del punto de vista que se tenga en la situación específica.

Las ETS se pueden clasificar de acuerdo a si son producidas por un hongo o una bacteria y en base a esto, la Organización Mundial de la Salud [OMS] (s/f, en Samayoa, 2006) señala:

Se conceptúan enfermedades de transmisión sexual: las causadas por una bacteria, la sífilis, blenorragia, chancro blando, linfogranuloma venéreo, granuloma inguinal venéreo, clamidia, uretritis no gonocócica, candidiasis, sarcoptiosis, pediculosis pública, epididimitis, anexitis, infecciones genitales diversas; las causadas por hongo: moniliasis, tiña cruris; la causadas por parásitos: sarna, oxiuros del útero, trichomoniasis vaginal; y las causadas por virus: herpes genital, hepatitis B, citomegalo virus, molusco contagioso, papilomas y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (pp.58-59).⁸

⁶ Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA [ONUSIDA] (1998) *Enfoques de la salud pública para el control de las ETS*. Recuperado de http://www.who.int/hiv/pub/sti/en/stdcontrol_sp.pdf

⁷ Morton, R. (1972) *Enfermedades Venéreas*. (M. Tallada Trad.) Barcelona, España: Editorial Fontanella.

⁸ Samayoa, P. G. (2006) *Delito que regule el Contagio de VIH/SIDA por Transmisión Sexual*. (Tesis de pregrado, Universidad de San Carlos de Guatemala). Recuperado de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6424.pdf

1.2. Clasificación y descripción de las principales ETS

Existen varias clasificaciones para las ETS, dependiendo si son enfermedades transmisibles o no, o bien si son producidas por un hongo o una bacteria (ONUSIDA, 1998), pero actualmente en Chile estas enfermedades son clasificadas de acuerdo al Ministerio de Salud.

Según el MINSAL (2008)⁹, la clasificación para las ETS es la siguiente:

1. Infecciones Virales

- Infección por V.I.H
- Infección por virus del Herpes simple
 - Tipo 1
 - Tipo 2
- Infección por virus del Papiloma Humano (V.P.H)
- Infección por virus de la Hepatitis B
- Otras infecciones virales transmitidas sexualmente

2. Infecciones Bacterianas

- Sífilis (*Treponema pallidum*)
- Infecciones Gonocócicas (*Diplococcus gonorrhoeae*)
- Infección por *Chlamydia trachomatis*
- Infección por *Haemophilus ducreyi* (Chancroide)
- Infección por *Trichomonas vaginalis*
- Infección por *Gardnerella vaginalis*
- Infecciones por *Mycoplasma hominis*
- Otras infecciones bacterianas transmitidas sexualmente

3. Infecciones por Levaduras

- Candidiasis

4. Infestaciones

- Infestación por *Phthirus pubis* (ladilla)
- Infestación por *Sarcoptes scabiei* (Sarna)
- Otras Infestaciones transmitidas sexualmente

⁹ Ministerio de Salud [MINSAL] (2008) *Normas de Manejo y Tratamiento de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)*. Recuperado de: <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/85381414c56411a9e04001011e015920.pdf>

1.3. Principales ETS

A continuación se presenta una definición para cada de las ETS más comunes, de acuerdo con el MINSAL (2008)¹⁰:

1.3.1. **Sífilis.**

Es una enfermedad sistémica causada por una bacteria llamada *Treponema Pallidum* que se transmite durante las relaciones sexuales genitales, anales y orales. La característica principal que presenta es que tiene distintas etapas una primaria en la que se produce una ulcera en los genitales, boca, recto y que por lo general aparece dos o tres semanas después del coito, esta ulcera es indolora y recibe el nombre de chancro.

Primaria: úlcera indolora en los genitales, recto, boca, que puede aparecer de 2 a 3 semanas después de la primera exposición. Se llama chancro y puede desaparecer entre 4 a 6 semanas. Se puede transmitir a otra persona.

Secundaria: luego de 2 a 8 semanas después de la aparición de las primeras lesiones se pueden presentar manchas de la piel en el tórax y especialmente en las palmas de las manos y plantas de los pies, además de inflamación de los ganglios linfáticos también es posible que aparezcan verrugas planas o condilomas planos en áreas de pliegues como la ingle, los genitales, las axilas y debajo de las mamas, pérdida de cabello En esta etapa las bacterias están en la sangre, y es muy transmisible.

Terciaria: aparecen lesiones destructivas que afectan la piel, huesos o hígado, puede haber alteraciones del sistema cardiovascular (corazón) o Alteraciones del Sistema Nervioso Central. (Cerebro)

1.3.2. **Gonorrea**

Es un tipo de enfermedad sexual producida por la bacteria *Neisseria gonorrhoeae* que puede crecer y multiplicarse fácilmente en las áreas húmedas y con mayor temperatura del aparato reproductivo, entre los que se incluye el cuello uterino, útero y las trompas de Falopio y el conducto urinario en el caso de la mujer y en la uretra en el caso de los hombres, además de que esta bacteria se puede desarrollar también en la boca, garganta, nariz, ojos y ano.

Su forma de contagio es principalmente por medio de relaciones sexuales vaginales, anales u orales ya que es transmitida a través de los fluidos corporales además de que en el caso de que

¹⁰ Ministerio de Salud [MINSAL] (2008) *Normas de Manejo y Tratamiento de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)*. Recuperado de: <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/85381414c56411a9e04001011e015920.pdf>

la mujer se encuentre embarazada esta podrá transmitir la enfermedad a su bebe en la etapa del parto .

Los síntomas de esta enfermedad son distinto ya sea si trata de hombres o de mujeres, el caso de los hombres estos presentan síntomas como “*secreción purulenta (pus) por el pene o por el ano, dolor al orinar y presencia de pus en la garganta*”. En el caso de las mujeres en que los síntomas aparecen solo hasta cuando la enfermedad está muy avanzada, estos son dolor al orinar, menstruaciones dolorosas, dolor agudo en el bajo vientre además de picazón y secreción purulenta en la zona afectada.

1.3.3. Herpes genital

El herpes se contrae principalmente por tener relaciones sexuales con una persona que ya tenga la enfermedad, cabe destacar que es más probable que el contagio se dé desde un hombre a una mujer, esta es la razón por la cual el herpes genital es más común en las mujeres que en los hombres. La mayoría de las personas infectadas por VH1 o VH2, las dos variantes de esta enfermedad, casi no presentan síntomas y si estos se presentan son leves por lo que se pueden confundir con otro tipo de afección a la piel. Cuando los síntomas se presenta, normalmente se manifiestan con una o varias ampollas en los genitales, en el recto y la boca o alrededor de esta, con el paso de los días estas ampollas se abren y se generan llagas dolorosas que tardan entre 2 y 4 semanas en cicatrizar, la primera vez que estos síntomas aparecen suelen venir aparejados de síntomas similares a los producidos por una gripe como por ejemplo fiebre, inflamación de glándulas y dolores en todo el cuerpo. La primera vez que se manifiestan estos síntomas es cuando alcanzan su mayor duración, pero luego de un tiempo esta presentación de síntomas es menos duradera y también menos grave, esta enfermedad puede permanecer de forma indefinida en el organismo y los síntomas pueden presentarse de forma menos dañina con el paso de los años.

El herpes genital puede complicarse debido a que si el paciente toca sus llagas o el líquido que emana de ellas puede infectar otras partes del cuerpo y esto es bastante problemático si la nueva zona infectada es sensible como los ojos. Sexualmente hablando las complicaciones que se pueden dar son principalmente provocadas porque esta es una enfermedad no tiene cura sin embargo es bastante controlable, pero si afecta las percepciones sobre las relaciones sexuales presentes o futuras debido a no saber cómo poner en conocimiento a la pareja sexual de que se tiene esta enfermedad.

En el caso de las mujeres embarazadas infectadas por herpes, estas en ocasiones pueden transmitir la enfermedad a sus hijos provocando una infección que puede ser mortal (herpes en el neonato) o la infección puede provocar abortos espontáneos o nacimientos prematuros y para evitar que esta infección llegue a su bebe el parto por lo general se realiza por medio de una cesárea.

El herpes genital se puede diagnosticar por medio de un examen visual, tomando una muestra de la llaga y hacerle pruebas o mediante un análisis de sangre.

Como se mencionó más arriba el herpes genital no tiene cura sin embargo existe una serie de medicamentos antivirales que pueden prevenir y acortar la duración de los síntomas.

1.3.4. Clamidia

Es una ETS común, que es provocada por una bacteria, esta enfermedad puede infectar tanto a hombres como a mujeres y es en esta última en donde puede generar daños permanentes, la mayoría de las personas contagiadas no se hacen los exámenes para determinar si son o no portadores de esta enfermedad que se contagia principalmente al tener relaciones sexuales con una persona ya infectada, es una enfermedad muy común entre los jóvenes y puede ser transmitida a pesar de que el hombre no eyacule, esta enfermedad tiene cura pero una persona que tuvo clamidia y fue tratada medicamente para radicarla de su cuerpo puede volver a contraerla si vuelve a mantener relaciones con una persona infectada.

La clamidia es una de las enfermedades consideradas como silenciosa debido a que la mayoría de las personas infectadas no presentan síntomas y cuando estos se manifiestan lo más probable es que hayan pasado ya semanas desde el contagio pero a pesar de que no se presenten síntomas esta enfermedad puede dañar los órganos genitales de la mujer

En el caso de las mujeres esta bacteria infecta en un inicio al cuello uterino o la uretra, algunas mujeres presentan un flujo vaginal irregular además de ardor al orinar, si esta infección no se trata a tiempo puede propagarse al útero y trompas de Falopio provocando una enfermedad inflamatoria pélvica, que de no ser tratada de la forma adecuada puede producir infertilidad y otra serie de complicaciones.

En el caso de los hombres también pueden presentar una sensación de ardor al orinar y presentan secreciones del pene, además de que se pueden inflamar los testículos a pesar de que este último síntoma es poco común. Esta enfermedad también puede afectar el recto tanto en hombres como en mujeres pudiendo causar dolor, secreción y sangrado.

El diagnóstico de esta enfermedad se hace a través de pruebas de orina o a través de una muestra tomada desde la vagina y se trata mediante el uso de antibióticos y abstenerse de tener relaciones sexuales y así evitar el contagio de sus parejas por otra parte luego de terminado el tratamiento hay que esperar alrededor de tres meses para volver a realizarse los exámenes con el fin de descartar todas las posibilidades de aun mantener la enfermedad.

1.3.5. Hepatitis B

Es una infección grave que afecta al hígado y es producida por un virus, se transmite sexualmente por medio del contacto directo con los fluidos corporales como semen, sangre, saliva y líquidos vaginales desde una persona infectada, esta enfermedad se puede prevenir por medio de una vacuna.

El virus que transmite la hepatitis B es llamado VHB o VBV y probablemente es produce 100 veces más infecciones que el SIDA, su principal fuente de contagio es por medio de relaciones sexuales, sin embargo también puede contagiarse al realizarse un tatuaje o perforación (con instrumentos utilizados en otras personas y que no fueron desinfectados), también al pincharse con una aguja con sangre de otra persona, puede ser transmitida al utilizar el cepillo de dientes o máquina de afeitar de otra persona que esta contagiada, sin dejar de mencionar que esta infección se puede transmitir desde la mujer embarazada hacia su bebe.

Los síntomas que se presentan son cansancio, fiebre, dolor de estómago, náuseas, inapetencia y diarrea, en algunos casos se presentan síntomas como excremento de color claro y oscurecimiento en la orina además de presentarse un color amarillo en piel y ojos, sin dejar de mencionar que hay personas que no presentan ningún síntoma.

La hepatitis B se puede detectar mediante un examen de sangre al sujeto infectado.

1.3.6. VIH/ SIDA

Siendo una de las ETS más importantes, el MINSAL (2013)¹¹ la define de la siguiente forma:

“El VIH o Virus de la Inmunodeficiencia Humana, es un virus que se transmite por vía sexual, sanguínea y vertical” (párr. 1) desde una mujer embarazada hacia sus hijos en la gestación, lactancia o parto, tiene la característica de dañar progresivamente el sistema inmunológico, cuando esta enfermedad se encuentra en su etapa avanzada recibe el nombre de SIDA.

Este virus se aloja en la sangre, semen o flujo vaginal por lo que no puede sobrevivir mucho tiempo fuera del cuerpo, por esta razón es que no se puede transmitir mediante actividades cotidianas como lo son saludar, compartir platos, por medio de un abrazo o un beso.

El VIH se puede diagnosticar mediante exámenes de laboratorio por un examen de sangre que recibe el nombre de “test de ELISA para VIH”, este examen permite detectar los anticuerpos del organismo que son producidos ante la presencia del virus. Internacionalmente se estableció que luego de 3 meses de haber adquirido el virus es cuando se comienzan a desarrollar estos anticuerpos y es ahí en donde pueden ser detectados por el test, la realización del examen es

¹¹ MINSAL (2013) *Problemas de salud, VIH/SIDA*. Recuperado de: http://www.minsal.gob.cl/portal/url/page/minsalcl/g_problemas/g_vih/vih.html

bastante útil debido a que permite comenzar tempranamente los controles de salud y el tratamiento necesario (si el test sale positivo se indica que es portador y si arroja un resultado negativo señala que no se a adquirido el virus y permite implementar o mantener conductas preventivas.

Cabe señalar además que en Chile:

Por ley (19.779), está establecido que este examen debe ser voluntario, confidencial y con consentimiento informado. La decisión de realizarse o no el examen es un derecho, que todas las personas pueden ejercer, luego de ser informadas adecuadamente acerca del significado del VIH/SIDA y del examen de detección (Consejería). (MINSAL, 2013, párr. 8)¹².

Los primeros síntomas que presenta el VIH normalmente son comunes a otros tipos de enfermedades, por lo tanto, no se tiene un diagnóstico inicial de infección de VIH. Normalmente los primeros síntomas son similares a los de una gripe, por lo tanto se presentan dolores en el cuerpo, fiebre y malestar en general y en algunos casos puede ser acompañado de inflamación de los ganglios y algunas manchas rojas. Todos estos síntomas aparecen en el transcurso de 5 a 30 días (con un promedio de 14 días) (MINSAL, 2013)¹³.

En todas sus etapas el VIH se asocia a una intensa replicación viral principalmente de los linfocitos CD4 que son los mecanismos inmunológicos que permiten hacer frente a esta enfermedad neutralizan la multiplicación del virus y regenerando las células que se destruyen rápidamente, de este modo se permite un equilibrio entre el virus y el sistema inmunológico, es por esta razón que en esta etapa denominada A la persona no presenta síntomas pero luego de un tiempo este equilibrio se rompe y la carga viral aumenta lo que permite la aparición de distintas infección además de tumores, este transcurso de tiempo es denominado con etapas B y C, y es en esta última en donde el virus recibe el nombre de SIDA, el periodo que va desde el contagio hasta la aparición de los primeros síntomas de denomina periodo de incubación y es muy importante tenerlo presente porque ya en esta etapa el individuo es capaz de infectar a otra persona, por lo que se deben tomar las medidas necesarias para la prevención (op. cit.).

El tratamiento que se entrega ante la presencia de VIH es principalmente por medio de antivirales, que en el caso de que se administren de buena forma, mejoraran la calidad de vida de las personas que tienen este virus, por lo que se puede considerar al VIH/SIDA como una enfermedad crónica (MINSAL, 2013)¹⁴.

¹² MINSAL (2013) *op. cit.*

¹³ MINSAL (2013) *Problemas de salud, VIH/SIDA*. Recuperado de: http://www.minsal.gob.cl/portal/url/page/minsalcl/g_problemas/g_vih/vih_sintomastratamiento.html

¹⁴ MINSAL (2013) *Problemas de salud, VIH/SIDA*. Recuperado de: http://www.minsal.gob.cl/portal/url/page/minsalcl/g_problemas/g_vih/vih_tratamiento.html

La forma de prevenir estas enfermedades es haciendo uso del condón en todas las relaciones sexuales para disminuir el riesgo de transmisión y también se debe realizar un tratamiento a todas las parejas sexuales del infectado para evitar la re- infección.

1.4. Efectos de las ETS en el individuo

Teniendo ya resuelto el tipo de efectos físicos de las ETS además mencionamos que estas dañan la parte interior de la persona afectada provocándole problemas en su desarrollo con el entorno donde se desenvuelve, por lo que se presentan dos puntos sobre el mismo hecho y uno es:

(...) la moralidad pública que alude al sentimiento ético de la comunidad en relación con los fenómenos sexuales, las buenas costumbres aluden a las costumbres de la comunidad en relación a estos mismos fenómenos, precisándose que estas atienden más al operar externo que a la intimidad del querer o del sentir, constituyendo la moralidad pública el aspecto interior y las buenas costumbres el aspecto exterior de una misma realidad. (Díez, 1982. p.14)¹⁵

De acuerdo a estas “buenas costumbres” se genera un repudio social al que se enfrentan las víctimas de uno de estos males, consecuencia directa de que como anteriormente mencionábamos este tipo de enfermedades se asocia a una falta de higiene y una conducta sexual promiscua (lo que no siempre es así) por lo que normalmente cuando un tercero se enfrenta a un sujeto que padece una de estas enfermedades “(...) la compasión suele ser superada por una franca repugnancia y la piedad es vencida por la aprensión(...)” (Morton, 1972, p. 15)¹⁶. Esto hace que los individuos sientan un menoscabo en su dignidad, y sin dejar de lado también un temor a la muerte, no sin fundamento, pues en varias de las fuentes donde se busque información al respecto, aparecen como causales de muerte. Ahora bien, en el caso particular del VIH/SIDA, las estadísticas de muerte según la OMS son prácticamente nulas, no obstante, en las estadísticas chilenas sobre este punto, si aparecen cifras de personas fallecidas a consecuencia del VIH, la tasa de mortalidad en Chile es de 2,4 por 100.000 habitantes (entre 2002 y 2005)¹⁷

¹⁵ Díez, R. J. (1982) Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del derecho penal sexual). Barcelona, España: Editorial Casa Bosach.

¹⁶ Morton, R. (1972) *Enfermedades Venéreas*. (M. Tallada Trad.) Barcelona, España: Editorial Fontanella.

¹⁷ Dides, C., Benavente, M. C., Saez, I. (2010) *Guía de apoyo sobre salud sexual y reproductiva, VIH y SIDA* (p. 22). Santiago, Chile: Editorial Flasco Chile 2010.

Por todo lo anteriormente comentado queda más que claro que se provoca un gran malestar al individuo al ser víctima de una de estas enfermedades, por lo que no es raro, y es más bien propio del actuar humano, el preguntarse por qué se es víctima de esta situación

(...) y tal como es descrito por Finkelhor y Bronwne (1985), la victimización sexual puede resultar en un desarrollo inapropiado y disfuncional de los sentimientos, actitudes y conductas sexuales. Este proceso de sexualización traumática puede llevar a una confusión en el autoconcepto sexual, respuestas emocionales poco usuales al igual que conductas sexuales no típicas (...).¹⁸

Estas últimas pueden hacer que el individuo efectivamente realice acciones que tengan como finalidad hacer sentir a otros miembros de la comunidad el mismo mal que según su apreciación “injustificadamente” está sufriendo.

Ante tal situación y con motivo intencionado de dañar no solo la salud, la dignidad y todos los aspectos de la vida de una persona que se ven vulnerados al sufrir una ETS:

Muchos son los individuos que conocedores del padecimiento de la enfermedad, sostienen relaciones sexuales con compañeros sanos, comparten, comparten sin esterilizar las agujas y jeringuillas que usan, o donan sangre infectada, con deliberada intención de contagiar con el virus a terceras personas, como una forma de vengarse de la sociedad y de no ser los únicos condenados al desenlace fatal de la muerte.¹⁹

Como contraparte de esto tenemos las cientos de personas que se ven día a día expuestas a la posibilidad de contraer algún tipo de ETS como resultado de la ira, resentimiento, el desarrollo disfuncional de los sentimientos que mencionaba Finkelhor y Bronum (1985, en Condemarin y Macuran, 2005), y que con la intención de infringir a otro este mismo malestar realizan conductas que tienen como única finalidad provocar la infección a otro ser humano.

Y de ahora en adelante hablaremos de “conductas” y no actos o acciones, ya que siguiendo a Sergio Politoff (2003), “se entiende únicamente la conducta humana, ya que ni los animales ni las cosas actúan”²⁰, y que para casos de esta exposición nos resulta bastante útil debido a que algunos animales también pueden padecer estas enfermedades y transmitirlos a los seres humanos.

¹⁸ Condemarin, P. B. & Macuran, N. G. (2005) *Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales* (p. 27). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

¹⁹ Yépez, L. S. (1991) *El SIDA en el Derecho Penal de la República Dominicana* (p.38). Santo Domingo, República Dominicana: Editorial Corripio.

²⁰ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez G. M. (2003) *Lecciones de Derecho Penal Chileno (parte general)* (p.164). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

1.5. Necesidad de la introducción del derecho en la regulación de las conductas del individuo en relación a las ETS.

Como se sabe el derecho tiene por finalidad regular las relaciones entre los miembros de una sociedad estableciendo o reconociendo una serie de normativas que tienen por objetivo velar por el bienestar general de la población. Es por esta razón que queremos recurrir a él con la finalidad de salvaguardar la salud de todos los individuos que se ven expuestos al contagio de las ETS antes mencionadas. Debido a que el estado establece para todos los chilenos la protección de su salud, esto lo podemos concluir de acuerdo al art 19 N° 9 de la Constitución Política de la Republica que establece: “el derecho a la protección de la salud. El estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo”²¹, y al no regularse estas conductas de las personas que con el solo fin de causar daño y con la intención de hacerlo provocan voluntariamente esta enfermedad en otro individuo, se está vulnerando dicho deber constitucional que establece la protección de la salud. Sin embargo no debemos ser tan categóricos, debido a que actualmente en nuestro país algo de este tema se regula por medio del código sanitario, punto muy importante que más adelante tendremos la posibilidad de mencionar.

En nuestro país el contagio malicioso no tiene ninguna sanción legal por lo que “(...) ingentes inconvenientes que se le plantean actualmente a los legisladores, en el sentido de encontrar las respuestas legales adecuadas llamadas a resolver los múltiples conflictos jurídico-sociales que envuelve a referida pandemia”²². Al contrario de lo que sucede en otros países en donde este tipo de conductas es sancionado, ya que se presentan como un delito, es por esta razón que creemos que es nuestro derecho penal el que debe hacerse cargo de esta situación que pone en peligro la salud y dignidad de las personas.

²¹ Constitución Política de la Republica de Chile (versión de estudiantes), Texto Vigente, Editorial Jurídica de Chile, Undécima edición, año 2006.

²² Yépez, S. L. (1991). *El Sida en el Derecho Penal de la Republica Dominicana* (p.33). Santo Domingo, República Dominicana: Editorial Corripio.

Título II

1. Conceptos relevantes.

1.1. Concepto de salud

En primer lugar nos referiremos a la salud, la cual es definida por el diccionario de la RAE como el “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones” y como las “condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado”. Sin embargo estas nociones entregadas por la RAE no son suficientes para describir el malestar causado en el individuo cuando la salud se ve afectada, por lo cual preferiremos el concepto de salud entregado por la OMS (organización mundial de la salud) que en su carta fundacional en 1948 nos entrega una definición más compleja: “la salud es el estado de completo bienestar físico, psíquico y social, y no consiste solamente en la ausencia de afecciones o enfermedades”²³.

1.2. Concepto de enfermedad

De forma antagónica al concepto de salud encontramos el concepto de enfermedad que es definido por la RAE como una “alteración más o menos grave de la salud.”²⁴ O como “pasión dañosa o alteración en lo moral o espiritual.”²⁵ Pero al igual que en el caso anterior las definiciones de la RAE no son suficientes para comprender a cabalidad este concepto, por lo que recurriremos a la sub-clasificación que hace la OMS del concepto de enfermedad, dividiéndolo en enfermedades transmisibles y no transmisibles, en cuanto a las primeras, se establecen como:

Trastornos orgánicos o funcionales, habitualmente de carácter crónico. Suelen prolongarse en el tiempo y raramente se curan en forma completa. En la actualidad se la consideran las nuevas epidemias globales, porque son las que causan más muertes tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Las principales patologías son las enfermedades cardiovasculares, el cáncer, las enfermedades respiratorias crónicas y la diabetes.²⁶

Por su parte las enfermedades no transmisibles se definen de la siguiente manera:

²³ Fundación de Educación para la Salud (2013) *Glosario de la Salud* (párr. 26). Recuperado de: <http://atlasdelasalud.org/glosario.aspx>

²⁴ Real Academia Española (2013) *Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición*. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/?val=enfermedad>

²⁵ Real Academia Española (2013), *op. cit.*

²⁶ Fundación de Educación para la Salud (2013) *Glosario de la Salud* (párr. 12). Recuperado de: <http://atlasdelasalud.org/glosario.aspx>

Patologías que se originan por la entrada de un microorganismo en el organismo. Pueden transmitirse entre los seres vivos en forma directa (por contacto), por vía indirecta (por ejemplo, a través del agua o de los mosquitos), o por la acción de vectores. Son de carácter infecto-contagioso (...). [Entre ellas destacan] epidemias como la peste, el cólera, la viruela, la tuberculosis, el paludismo, la malaria, la fiebre tifoidea, la difteria, la sífilis y, la más importante en la actualidad, el VIH-SIDA.²⁷

Y son precisamente estas últimas las que abordaremos con más detalle, ya que es en esta clasificación es donde encontramos las ETS.

²⁷ Fundación de Educación para la Salud (2013) *Glosario de la Salud* (párr. 13). Recuperado de: <http://atlasdelasalud.org/glosario.aspx>

2. Bien jurídico protegido.

Como se mencionó en el capítulo anterior, es necesario corregir estas conductas de individuos que intencionadamente contagian de algún tipo de ETS a otro, debido a que las consecuencias en la “víctima” son serias y se afectan diversos ámbitos de su vida.

En nuestro sistema jurídico encontramos diversas herramientas que tienen como finalidad prevenir las conductas de las personas que atentan en contra del bienestar de la población, pero ante la gravedad de las consecuencias que el contagio trae a las víctimas, creemos que la rama del derecho que cuenta con lo necesario para ayudar a prevenir la propagación de las ETS es el derecho penal, ya que como una de sus características más importantes es tener la función de ser una “de las formas más severas con las que cuenta el derecho, pues implica irrupciones muy energéticas en la esfera de los derechos del afectado”²⁸. El concepto de derecho penal que tendremos presente es el que nos entrega el profesor Enrique Cury en su manual de derecho y el establece que:

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.²⁹

Y es en base a esta definición por lo que debemos establecer en concreto qué es lo que buscaría proteger el Derecho Penal al sancionar al individuo que contagie intencionalmente a otro con el ánimo de provocarle un daño o malestar, debido a 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, creo que resultará evidente que la idea que se tenga de cómo ha de estructurarse la sociedad y de cual sea el ámbito de actuación reconocido en ella al individuo(...).³⁰

2.1. Bien jurídico protegido en derecho penal.

En materia penal el bien jurídico protegido es la piedra angular del sistema, ya que se establece como el objeto a proteger y este objeto no es algo establecido de forma arbitraria sino que proviene de la realidad valorada socialmente por la vinculación que tiene con las personas y su desarrollo en la sociedad. El bien jurídico en términos más simples lo podríamos definir como el conjunto de derechos propios de los individuos, que tienen tal importancia que ameritan tener la máxima protección que el Derecho les pueda brindar, por lo que se concluye que:

²⁸ Cury, U. E. (2004). *Derecho Penal, Parte General* (p.38). Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

²⁹ Cury, U. E. (2004) *op. cit.*, p. 37

³⁰ Díez, R. J. (1981). El derecho Penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho Penal sexual) (pp. 83-84). Barcelona, España: Editorial Casa Bosch.

“(…) 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 social que solo merecen el calificativo de inmorales en función de ciertas creencias religiosas, lo que vendría a ser una moral religiosa (…)”.³¹

Con esta afirmación no se tiene la idea de dejar completamente de lado la vinculación que puedan tener estos bienes jurídicos, con lo que son los valores y la ética social sino, más bien que se tenga mesura con estos temas a la hora de aplicar el Derecho Penal, como bien dice Cristian Aguilar (2008):

Por cierto no se trata de preconizar una desvinculación total y absoluta entre el derecho punitivo y los principios éticos (porque, en verdad, todo el ordenamiento sancionatorio está impregnado de valoraciones morales), si no de impedir que se desvirtúe la misión del derecho penal, que es básicamente protectora de los derechos de individuo, añadiéndole un cometido que tiene que ver con el perfeccionamiento del ser humano.³²

El bien jurídico protegido se define también como una herramienta que permite la clasificación de los delitos en base a los respectivos bienes jurídicos, además de tener como función servir al legislador como un límite para evitar el uso desmedido del *ius puniendi*. Por otra parte el bien jurídico se establece también como un límite para evitar que al momento de elevar a categoría de delitos ciertas conductas, estas deban ser socialmente relevantes y valoradas por la sociedad, evitando darle esta categoría a cualquier conducta que no merezca tal consideración.

³¹ Díez, R. J. (1981). *op. cit.*, p. 78-79.

³² Aguilar, A. C. (2008). Delitos sexuales, doctrina y jurisprudencia (incluye actualización de leyes N°20.084, 20.207 y 20.230) (p.98). Santiago, Chile: Editorial Metropolitana.

2.2. El bien jurídico protegido en relación a las ETS.

Para acotar aún más el concepto de bien jurídico protegido, al tema central de esta tesis, haremos referencia a qué es lo que se protege al momento de hablar del contagio de las enfermedades de transmisión sexual. Si bien tenemos claro que el contagio puede provenir de diversos orígenes, como el uso de jeringas contaminadas, o por algún tipo de contacto con la sangre, además que algunas de estas enfermedades pueden transmitirse, durante la etapa de gestación o en el parto mismo, desde la madre hacia el hijo. Pero la causa principal de cómo se transmiten las ETS, es el contacto sexual y casi exclusivamente durante una relación sexual.

Es por esta razón que al establecerse como un delito el contagio con la intención de causar un mal a la otra persona, estaríamos dentro del ámbito de los delitos sexuales y es aquí en donde se presenta una serie de conflictos porque “Nadie podría poner en duda que el de los delitos sexuales es un campo en el cual el derecho invade profundamente la intimidad del individuo.”³³ Por lo tanto el problema se genera por el hecho de que al inmiscuirse en la intimidad del individuo, y cómo este se desarrolla en cuanto a sus valores, sentimientos, ética, moral etc.

Por lo que es muy difícil limitar el bien jurídico protegido debido a que “en el campo completo de los delitos sexuales, de lo que se trata es que la relación derecho-moral no resulte sobredimensionada (...)”³⁴, y solo eso, que la relación no sea sobredimensionada; y no, que este tipo de relación no exista, porque sería imposible que separarlas completamente debido que como mencionamos, se encuentra dentro del comportamiento normal del ser humano y que todos esos comportamientos éticos y morales forman parte de su naturaleza.

2.2.1. La libertad sexual como bien jurídico protegido

Al ser la principal causa de contagio de las ETS, las relaciones sexuales, nos vemos en la obligación de tratar el tema de la libertad sexual, ya que es un bien jurídico que se ve seriamente lesionado al contraer cualquier tipo de estas enfermedades. Debido a que el individuo contagiado estaría inhabilitado de seguir realizando una vida sexual plena, porque en el caso de experimentar una nueva relación sexual, luego de haber contraído una de estas enfermedades, este sería responsable de provocarle el mismo malestar que él tiene a la(s) persona(s) con quien(es) mantenga relaciones.

La libertad sexual es un tema del que se preocupa nuestro derecho penal a propósito de los delitos sexuales tratados en el título IV del libro II denominado “Crímenes y delitos contra el orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual” además de los

³³ Aguilar, A. C. (2008). *op. cit.*, p. 95.

³⁴ Aguilar, A. C. (2008). *op. cit.*, p. 98

delitos que dicen relación con ‘las ofensas al pudor contemplada en el art 495 N°5 del referido cuerpo legal’³⁵.

La libertad sexual la podemos entender como la libertad que tiene cada individuo para autodeterminarse sexualmente y tiene dos variables: la libertad positiva, que consiste en decidir qué es lo que se quiere sexualmente y orientar su acciones hacia un fin específico; y como contrapartida encontramos la libertad negativa, que consiste en realizar una omisión de ciertos actos y que se encaminen al fin del individuo (en materia de desarrollo sexual) y sin que un tercero interfiera en dichas decisiones (Oxman, 2007).

Al contraer una ETS esta capacidad de autodeterminarse sexualmente o de expresar en plenitud el potencial sexual es limitada por la posibilidad que se genera de que al hacer efectivo este derecho, se vulneran los bienes jurídicos de la pareja sexual.

2.2.2. Dignidad como bien jurídico lesionado.

La dignidad se establece según Shmidt (s/f, en Díez, 1982) como “(...) la causa principal del sentimiento de pudor y moralidad, sea innato o aprendido (...) de tal modo que la lesión de tales sentimientos viene a decir que hiere la susodicha dignidad(...)”³⁶, siendo tanto el pudor como la moralidad componentes importantes de la dignidad, haremos una breve referencia a cada una de ellas, y estableceremos de qué formas se ven afectadas cuando un sujeto sano se transforma en un portador de ETS.

2.2.2.1. Pudor.

La RAE, define al pudor estableciéndolo como sinónimos de honestidad, modestia y recato, pero una vez más esta definición no resulta suficiente para entender por qué este componente de la dignidad se ve afectado al padecer de una ETS. Es por esto que seguiremos definiciones entregadas por autores de la doctrina italiana que definen al pudor como “(...) el sentimiento que alude a los seres humanos a la reserva de todo lo que afecta a las manifestaciones de la libidine (...)”³⁷, que induce al individuo a una reserva de todo tipo de ideas y actitudes relacionadas con el acto sexual. También es entendido como “(...) el sentimiento de recato y umbrosidad que circunda el fenómeno de la reproducción y el sexo propugnando un recto uso de las facultades sexuales (...)”³⁸

³⁵ Aguilar, A. C. (2008). *op. cit.*, p. 21.

³⁶ Díez, R. J. (1982) Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del derecho penal sexual) (p.7). Barcelona, España: Editorial Casa Bosch.

³⁷ Díez, R. J. (1982). *op. cit.*, p. 5.

³⁸ Díez, R. J. (1982). *ibidem*.

El problema se manifiesta en el individuo al ver reprimida su sexualidad por este sentimiento de pudor, y siendo esta sexualidad solo una de las expresiones de la personalidad, sería entonces una reacción susceptible de una descripción psicológica: reacción de los sentimientos que se expresa principalmente como malestar, turbación, disgusto, reprobación y vergüenza que se acompaña de algunos signos que pueden ser rubor, palidez del rostro, sudoración de manos, etc.

2.2.2.2. Moral.

La moral indiscutiblemente se encuentra asociada a planteamientos éticos, por lo que viene a expresar lo que una sociedad en un momento determinado puede aprobar o desaprobado, en el derecho penal se entiende como “la ciencia del bien, el conjunto de valores y de normas a que los individuos deben ajustar su conducta”³⁹. La moral se encuentra dividida en tres ámbitos: en primer lugar a la moral teológica o religiosa, que se relaciona con los deberes que tiene los hombres para con Dios, y esta lógicamente no le incumbe al derecho penal; pero la que sí se relaciona con el derecho penal es la moral social, “(...) cuyo contenido son los deberes del hombre para con sus semejantes”⁴⁰. Además de estos dos tipos de moral, se encuentra la moral individual, que es la que establece los deberes que se tienen para consigo mismo, pues al derecho “le interesa el hombre como ser actuante y no simplemente como ser pensante, la vida y la relación y no el fuero interno de las personas”⁴¹. Sin embargo, esta moral se manifiesta de dos formas, una que dice relación con el cómo el individuo exterioriza estos pensamientos, y la otra forma es la que se ocupa “(...) tanto de los actos externos del hombre como de los procesos psíquicos (pensamientos intenciones, voliciones)”⁴². Y es a esta última a la que nosotros le prestaremos más atención, estos pensamientos, esta parte interna del individuo, la que se ve seriamente afectada. En su momento mencionamos que el padecer de algún tipo de ETS va asociado a características que son moralmente desaprobadas por la sociedad, son moralmente incorrectas y reprochables, por lo que la moral interna del individuo se ve sancionada por la exteriorización de los pensamientos del resto de personas que enjuician moralmente al afectado. Lo que en este caso se ve menoscabado es el sentimiento moral del individuo.

³⁹ Labatut, G. G. (1968). *Derecho penal tomo I (parte general) 5º ed.* (p. 19). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

⁴⁰ Labatut, G. G. (1968). *op. cit.*, p. 19.

⁴¹ Labatut, G. G. (1968). *ibidem*.

⁴² Labatut, G. G. (1968). *ibidem*.

2.2.2.3. Honor

Según la RAE podemos definirlo como “gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea”⁴³, o como una cualidad moral; también se presenta como sinónimo de honestidad y dignidad, pero todas estas características tienen en común que formarían la imagen que se proyecta socialmente de una persona. La aparición del honor “(...) implica el temor de decaer en la valoración de los demás, con una necesidad instintiva de encubrir una falta cometida por uno mismo, y preservarse de la vista de otras personas (...)”⁴⁴. Y es este temor el que se ve fomentado al ser infectado por algún tipo de ETS. Este temor al rechazo, al juicio moral que hacen las personas, el miedo a esta sanción social por realizar conductas indebidas, lo que no necesariamente es así, porque como sabemos el contraer alguna ETS no está necesariamente asociado a conductas promiscuas -que es lo que se reprocha socialmente-. Tampoco es necesaria una falta de higiene, y por último, las relaciones sexuales no son el único medio de contagio, el solo hecho de ser portador de una ETS genera esa imagen y es por esto que el honor se ve seriamente afectado.

El daño a la dignidad contempla todos estos aspectos más bien subjetivos, teniendo como resultado un daño a la salud mental del individuo afectado, sin embargo, “(...) muchos informes procedentes del extranjero consideran solamente el aspecto económico de su definición”⁴⁵, debido a la asociación que se le hace a una persona portadora de una ETS con una trabajadora del comercio sexual; sin hacer distinción de si esta enfermedad se contrajo producto de realizar dicha labor o si el contagio fue producido por una relación sexual específica con una pareja sexual permanente, en donde no hay dinero de por medio

2.2.3. La vida como bien jurídico protegido

La vida, uno de nuestros derechos fundamentales, se encuentra consagrado en nuestra constitución en el art 19 N°1, y que en el caso de seguir la teoría de que los numerales del artículo 19 se encontrarían ordenados jerárquicamente, se establecería como el bien jurídico principal a proteger; sin embargo, dejando de lado esta teoría e independiente de si esta se acepta o no, la vida es el sustento de todo derecho posterior, por lo cual un atentado contra ella merece la máxima sanción legal que se pueda establecer.

⁴³ Real Academia Española (2013) *Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición*. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=honor>

⁴⁴ Díez Ripollés, José Luis; *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del derecho penal sexual)*, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1982. Pág.7

⁴⁵ Morton, R. (1972). *Enfermedades Venéreas* (p. 169). (M. Tallada Trad.). Barcelona, España: Editorial Fontanella.

Sin embargo, al hacer una revisión de las ETS pudimos concluir que no todas tienen como efecto la muerte, y en el caso del VIH esta situación es incierta, debido a que de acuerdo a las estadísticas informadas por la OMS no se presentan registros de personas fallecidas por esta causa. Pero al revisar estadísticas chilenas, sí existe un porcentaje de personas que fallecen a causa de esta enfermedad.

Pero debemos de recordar que esta tesis se encuentra focalizada en tipificar la conducta de contagiar a otro por medio de relaciones sexuales y provocarle a esa otra persona algún tipo de ETS, por lo que debemos mencionar como bien jurídico protegido aquel bien que se encuentre en relación con todas las ETS y en este caso el bien jurídico a proteger es la Salud.

2.2.4. La Salud como bien jurídico protegido

En primer lugar, y esta vez siguiendo a Politoff (2006), definiremos a la salud como “estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez”⁴⁶. Este concepto nos parece bastante acertado, ya que no solo se preocupa de la repercusión física que tendrán los efectos de las ETS en los individuos, sino que es un concepto más amplio que nos permite abarcar el bienestar de una persona. Como se señaló en los párrafos anteriores, al contraer una ETS no solo se ve vulnerada la parte física del individuo, sino también su entorno y la relación que establecen ambos, lo que afecta su dignidad y honor, causando problemas psicológicos en el individuo. Esto debe ser defendido por nuestra legislación, ya que así lo señala el art 19 de la Constitución Política de la Republica en su artículo primero “La Constitución asegura a todas las personas” inciso primero “(...) la integridad física y psíquica de la persona”⁴⁷.

Hace ya varios años atrás y como bien se expuso más arriba, habían problemas al momento de limitar el bien jurídico protegido, debido a la estrecha relación que existe entre lo que es el derecho (penal sexual en este caso) con lo que es la moral y la ética que forman parte interna del individuo; y esto se refleja bien en lo que nos señala Oxman (2007):

(...) el bien jurídico no es un concepto que ofrece un límite claro al ejercicio del poder punitivo porque todo era trasladado al mundo espiritual de los valores. En esta tesis el concepto de bien jurídico se estructura sobre la base de referencias a lo espiritual, lo que implica una renuncia a toda pretensión de concebirlo como una frontera al ius puniendi del Estado (...).⁴⁸

Si bien estamos de acuerdo en que el derecho penal sexual “(...) necesita ir en la búsqueda de un concepto material (...) que sirva para establecer límites al legislador en la elaboración de los

⁴⁶ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno (parte especial)* (p.112). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

⁴⁷ Constitución Política de la Republica de Chile (versión de estudiantes), Texto Vigente, Editorial Jurídica de Chile, Undécima edición, año 2006.

⁴⁸ Oxman, V. N. (2007). *Libertad Sexual y estado de Derecho en Chile: (Las Fronteras del Derecho Penal Sexual)* (p.30). Santiago, Chile: Librotecnia.

procesos de criminalización de conductas sexuales (...)”⁴⁹ por lo que no debe inmiscuirse en asuntos relacionados con la moral, la ética, religión etc.; lo queremos hacer presente desde nuestra muy humilde opinión, es que todos estos temas repercuten en la salud psíquica de las personas. Con el avance en los estudios en cuanto a salud y sobre todo en nuestra población (chilena), nos damos cuenta que día a día aumentan más las personas que presentan problemas de depresión que “es el resultado de interacciones complejas entre factores sociales, psicológicos y biológicos”⁵⁰. Esta enfermedad ha tomado relevancia con el tiempo, debido que al ser una enfermedad psicológica, no manifiesta síntomas que se puedan detectarse a simple vista, como la “sensación persistente de tristeza (...), que interfiere con las actividades laborales, escolares o domésticas”⁵¹, sentimientos de inutilidad y desamparo, pensamiento de muerte y de suicidio etc. Estos síntomas pueden tener un claro origen en la afectación psicológica que se le hace al individuo producto de ser víctima de una ETS.

Entonces como consecuencia de ser contagiado de una ETS tenemos el daño físico producido por la enfermedad misma que variará dependiendo del tipo de enfermedad, y/o un desequilibrio emocional, que es causado principalmente por el daño que se le hace a la persona en otros bienes jurídicos, como pueden ser el menoscabo a la dignidad y la falta de desarrollo pleno de la capacidad de autodeterminarse sexualmente. Tendrá como consecuencia una enfermedad psíquica, como lo es por ejemplo la depresión, es por estos motivos que entenderemos que al lesionar cualquiera de los bienes jurídico señalados en los títulos anteriores se tendrá como consecuencia un gran menoscabo de la salud como bien jurídico protegido y en palabras de Politoff (2006):

No exige esta idea el que el daño se realice “sin el propósito de matar”, como añaden algunos autores, ni tampoco diferencia radicalmente entre afectaciones a la integridad corporal (mutilaciones) y otros daños a la salud (lesiones en sentido estricto), como plantean otros, pero si supone un daño o detrimento corporal, esto es, una afectación a lo que comúnmente se conoce como salud individual.⁵²

Es por esta razón que es este bien el que se debe de proteger, en el caso de establecer el contagio malicioso como un delito. Es esta salud individual la que se ve afectada de forma psíquica como acabamos de mencionar, o de forma física, y esto es consecuencia directa de los efectos que tiene cada enfermedad en el cuerpo de la persona infectada.

⁴⁹ Oxman, V. N. (2007). *op. cit.*, p. 36.

⁵⁰ Organización Mundial de la Salud (2012). *La depresión es una enfermedad frecuente y las personas que la padecen necesitan apoyo y tratamiento* (párr. 7). Recuperado de: http://www.who.int/mediacentre/news/notes/2012/mental_health_day_20121009/es/

⁵¹ Organización Mundial de la Salud (2012) *op. cit.*, párr. 3.

⁵² Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno (parte especial)* (p.111). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

3. ETS en el código sanitario

Y es en este punto en el que haremos un paréntesis antes de continuar, debido que el derecho penal, y para ser más específicos el derecho penal sexual, se preocupa de los bienes jurídicos en forma individual y de forma secundaria podrá proteger intereses colectivos. Es por esta razón que como mencionamos al principio de esta tesis, no hay en Chile una normativa que regule el contagio de ETS de forma mal intencionada, penalmente, lo que no quiere decir que en nuestro país no exista legislación aplicable al tema.

Es en el código sanitario que se trata, en su libro primero, donde habla de “la protección y promoción de la salud” en su título II “De las enfermedades transmisibles” en que se menciona en sus primeros artículos aspectos relativos a la información y preocupación que debe tener y entregar una persona que padece de alguna de estas patologías, haciendo referencias a personas que trabajen en centros médicos, en que por la realización de sus funciones expongan a sus pacientes a el contagio de algún tipo de ETS. Por estos motivos es que estos funcionarios que trabajen en centros médicos, ya sean públicos o privados, deberán de notificar a las autoridades sanitarias de su condición y tomar los resguardos necesarios en el desempeño de sus funciones. Por su parte, las autoridades sanitarias quedan con todas las facultades para hacer inspecciones frecuentes a los centros médicos, incluso en ocasiones disponiendo que ciertas personas que sufren de estas enfermedades no puedan desarrollarse en profesiones específicas. Pero a pesar de que este párrafo primero toca nuestro tema, está alejado del punto central, debido a que solo está dirigido a las personas que trabajan en centros en donde existe gran posibilidad de que por “error” puedan contagiar a una víctima, por el solo hecho de realizar sus funciones; y por otra parte, esto estaría apuntando a un mismo bien jurídico (salud), pero del colectivo de las personas y no solo a un individuo determinado como es el caso que sustenta nuestra tesis.

En un segundo párrafo de este título, el código sanitario nos habla específicamente “De las Enfermedades venéreas”⁵³, y en estos artículos nos comenta de la forma en que reaccionará el

⁵³ Código sanitario chileno “**Artículo 38°.-** El Servicio Nacional de Salud tendrá a su cargo la lucha contra las enfermedades venéreas y procurará evitar su propagación por todos los medios educacionales, preventivos o de otro orden que estime necesarios.

Art. 39. Un reglamento establecerá la forma y condiciones en que deba realizarse la educación sexual y antivenérea en los establecimientos educacionales, cuarteles, naves, maestranzas, fábricas, talleres, hospitales, cárceles, casas de corrección y demás establecimientos que fije el reglamento; y las condiciones en que se podrá examinar, obligar a tratarse o internar para su curación a las personas que se dediquen al comercio sexual y a las que estén afectadas de males venéreos que constituyan una amenaza para la salud pública.

Artículo 40°.- Será obligatoria la denuncia al Servicio Nacional de Salud de los casos de enfermedades venéreas que determine el reglamento y también la de los enfermos venéreos contagiosos que se nieguen a seguir el tratamiento necesario.

Artículo 41°.- Para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia.

Servicio Nacional de Salud, para la protección de las personas en cuanto a este tipo de enfermedades; señalando expresamente que debe realizar todas las funciones de promoción de salud, y de esta forma cumplir con lo establecido en el art 19 N°9 de nuestra Constitución Política; más adelante también nos detalla cómo se tendrá un registro de personas que tengan algún tipo de ETS y que trabajen en el comercio sexual, lo que claramente nos resulta un poco contradictorio, debido a que con el solo hecho de reconocer legalmente que se debe hacer una nómina de personas infectadas que se dedican al comercio sexual, claramente se está de cierto modo protegiendo e incentivando la proliferación de las ETS debido a la gran promiscuidad en que se desenvuelven estos trabajadores. Pero dejando de lado esto, el código sanitario está haciendo nuevamente alusión a un carácter público, que no es lo que nosotros buscamos en este momento, lo que sí buscamos es una regulación más específica a lo que podemos ya denominar delito de contagio.

La vigilancia del cumplimiento de este artículo corresponderá a las Prefecturas de Carabineros, las que deberán ordenar y llevar a efecto la clausura de los locales en que funcionan dichos prostíbulos, sin perjuicio de las sanciones que imponga el Servicio Nacional de Salud.

Las clausuras realizadas por el Cuerpo de Carabineros no podrán ser alzadas sino a solicitud del propietario del inmueble y por orden judicial expedida por el Juez Letrado en lo Civil de Mayor Cuantía correspondiente, el que resolverá con conocimiento de causa y previo informe del Servicio Nacional de Salud. Dispuesto el alzamiento de la clausura, el inmueble no podrá ser restituido sino a su propietario.

Título III

El delito, su teoría y su relación con el contagio de ETS.

Habiendo ya establecido en el capítulo anterior el bien jurídico a proteger y dejando claro que es la salud, procederemos a determinar si es posible, o más bien si la conducta de un individuo de transmitir voluntariamente una ETS a otro con la finalidad de provocar un grave menoscabo a su salud (y en el peor de los casos producirle la muerte), podría ser calificada como un delito. Y para ser más específicos calificarlo como un delito sexual, entendiendo por estos últimos de forma muy genérica, como “aquellos reprimidos por el ordenamiento jurídico penal, que atentan en contra de la libertad e indemnidad sexual, dignidad humana, salud, vida, moral sexual colectiva y el pudor público con motivo de un acto desplegado por un tercero, que se erige como manifestación de su instinto sexual (...)”⁵⁴.

Por lo que para comenzar, señalaremos el concepto que se tiene del delito y cuáles son sus requisitos. En primer lugar y siguiendo el Código Penal en su artículo primero, se establece que “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”⁵⁵, a partir de esta definición veremos si el contagio de ETS sería un:

1. Delito de acción u omisión.

En primer lugar y siguiendo al profesor Cury (2004) en su manual de derecho penal, indica que la acción “posee una estructura compleja, comprensiva tanto de la voluntad que la dirige, como de su manifestación en el mundo exterior. Si falta cualquiera de estos dos componentes no existe acción alguna”⁵⁶. En el caso de la situación que proponemos, que es el de una persona que realice conductas que tiendan a dañar la salud de otra transmitiéndole algún tipo de ETS, si se constituye la acción, el verbo rector en este caso sería el “contagiar o infectar” por medio de una relación sexual, a pesar de que sabemos que dicha transmisión de las ETS puede ser provocada por otros medios, como por ejemplo los casos en que se haya contraído la infección por medio de una transfusión de sangre.

Y en lo que se refiere a relaciones sexuales, o más bien acto sexual, debemos hacer una referencia a lo que nos señala el artículo 361 del código penal, artículo que con motivo de la violación nos habla del acceso carnal el cual será “por vía vaginal, anal o bucal a una persona”⁵⁷. Sin embargo no debemos dejar de mencionar que estas conductas pueden evitarse por medio de conductas como la abstinencia sexual, o también utilizando preservativos de

⁵⁴ Aguilar, A. C. (2008). Delitos sexuales, doctrina y jurisprudencia (incluye actualización de leyes N°20.084, 20.207 y 20.230) (p. 21). Santiago, Chile: Editorial Metropolitana.

⁵⁵ Código Penal Chileno, editorial LegalPublishing, undécima edición 2011. p. 5

⁵⁶ Cury, U. E. (2004). *Derecho Penal, Parte General* (p. 263). Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

⁵⁷ Código Penal Chileno, editorial Legal Publishing, undécima edición 2011. Pág. 108

látex, que en el caso de ser bien utilizados (de forma correcta y habitual) constituyen una forma muy efectiva de protección, incluso impidiendo el contagio de VIH.

Con respecto al delito de omisión que en contraposición a la acción “(...) que era la conducción del suceder causal, empleando, para ello, el poder de la orientarlo según y desde un fin; lo característico de la omisión es la no conducción de ese acontecer, pese a que se encontraba con el poder de manejarlo (...)”⁵⁸. Debemos hacer una distinción en cuanto si este “delito de contagio de ETS” pertenece a la figura de un delito de omisión simple u omisión propia, “(...) en que la conducta se traduce en la infracción de una norma imperativa (mandato)”⁵⁹, es decir, para que sea considerado un delito, la conducta tiene que estar tipificada expresamente, lo que no sucede en el caso de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, que consisten en delitos de acción pero invertidos; y es en esta segunda hipótesis en donde cobra relevancia la posición de garante que debiese manifestar el sujeto activo, ya que es el que estará (o debería estar) en conocimiento de su enfermedad. La posición de garante tiene su origen en el derecho de familia, en cuanto los padres deben hacerse responsables de sus hijos, o en el caso del vínculo que se produce entre los mismos cónyuges, se define la posición de garante como el deber de una persona que tiene la obligación de actuar, y este deber de garante “(...) surge solo como consecuencia de haberse asumido efectivamente tal deber y únicamente cuando comienza la situación de peligro (...)”⁶⁰. Se señala que esta posición de garante nace de un contrato o de la ley, pero en este caso no partiría de ninguna de las fuentes mencionadas, solo surge del hecho que el infectado pone en riesgo la salud (ya sea física o psíquica) de la persona con la que pretende tener relaciones sexuales; el deber de garante en este caso nace para el portador de algún tipo de ETS únicamente en el minuto en que comienza la situación de peligro.

No está demás mencionar que esta situación de peligro puede evitarse manteniendo relaciones sexuales tomando las medidas necesarias para evitar el contagio, ya sea desistiendo del acto sexual o bien utilizando medios de protección como lo son por ejemplo los preservativos.

1.1. Sujetos involucrados

1.1.1. Sujeto activo

El Sujeto activo en el posible delito de contagio de ETS deberá ser una “(...) persona humana, pues es el exclusivo ser capaz de realizar acciones dirigidas a determinadas finalidades de acuerdo con la voluntad consiente (...)”⁶¹, y esta persona deberá ser

⁵⁸ Cury, U. E. (2004). *op. cit.*, p. 676.

⁵⁹ Cury, U. E. (2004). *op. cit.*, p. 677.

⁶⁰ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno (parte general)* (p. 204). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

⁶¹ Cousiño, M. L. (1975). *Derecho Penal Chileno Tomo I* (p. 269). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

calificada, ya que solo podrá ser aquella persona que sea portador de algún tipo de estas enfermedades, y que actúe de forma tal que produzca consecuencias nocivas, y de manera proporcional al daño experimentado por él, producto del padecimiento; además, que ponga en peligro a otro individuo, no tomando las medidas necesarias para evitar el contagio o propiciando una actividad sexual de forma no segura.

1.1.2. Sujeto pasivo

“El sujeto pasivo del delito es el que sufre de las consecuencias de actuación (...) del sujeto activo (...) y que es lesionado en alguno de sus bienes jurídicos (...)”⁶², y en este caso, debe tratarse de “cualquier” persona que se encuentre sana, o más bien, que no sea portadora de algún tipo de ETS. Necesariamente estamos haciendo referencias a un individuo de la especie humana, sin importar su edad o sexo. A pesar de que debemos hacer la distinción de aquellas situaciones donde este individuo cualquiera es una mujer embarazada, debido a que se genera una gran posibilidad de que el feto que está en gestación se contagie. En relación con este caso, aparece el...

1.1.3. Autocontagio punible

Siguiendo la línea de la mujer embarazada que mantiene relaciones sexuales con un sujeto contagiado por algún tipo de ETS estando consiente de la condición de dicho individuo, y asumiendo que lo más probable es que ella también se contagie, está dispuesta a sufrir el daño; se presentaría un problema debido a que ella puede disponer de sus bienes jurídicos, y también porque nuestra legislación no contiene figuras que prohíban autolesionarse, pero ¿qué pasa con esta mujer que está realizando conductas que ponen en peligro la vida del feto que está por nacer?, es en esta situación en donde aparece el autocontagio, debido a que esa madre solo puede disponer de sus bienes jurídicos, pero no de los bienes jurídicos de su futuro hijo.

⁶² Cousiño, M. L. (1975). *op. cit.*, p. 281.

2. La antijuridicidad en relación al contagio de las ETS.

Según Politoff (2006), antijurídica es la “conducta típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y que no se encuentra autorizada por la ley”⁶³, lo que presenta un conflicto objetivo–subjetivo con respecto a ella, ya que las normas no cumplen un objetivo “(...) único de prohibir, mandar o exigir el cumplimiento de ciertas normas –como se pensaba en la época de Binding–, sino de una mayor complejidad, la cual es la de valorar previamente esa conducta.”⁶⁴ Por ejemplo, en el caso de “no matar”, esta conducta tiene como finalidad que los destinatarios sean toda la sociedad, pero esto se establece en términos generales, por lo que no se traduce en una conducta señalada a un sujeto específico, como sería por ejemplo: “tu no debes matar”, lo que cerraría las posibilidades de matar a otro individuo con el objetivo de defenderse a uno mismo, como sería en el caso de la legítima defensa, o en los casos en que el individuo sea miembro de un ejército en guerra.

Por lo señalado anteriormente, se entiende que la norma jurídica tiene una doble función: primero se entiende con una “FUNCIÓN DE VALORACIÓN [que] juzga sobre la conformidad a derecho, la antijuridicidad o la indiferencia jurídica del hecho y se dirige a todos y cada uno de los administrados; y 2º, como FUNCIÓN DE DETERMINACIÓN, [que] se pronuncia individualizadamente sobre el ajustamiento de la conducta al deber jurídico”⁶⁵; de lo anterior podemos inferir que en la primera hipótesis se habla de la antijuridicidad con respecto al hecho típico, y en la segunda hipótesis se relaciona con la culpabilidad del autor.

2.1. Relación de la antijuridicidad con la tipicidad

Al entender a la tipicidad como aquel mandato o prohibición establecido por la ley, se genera un deber de obedecer dicha norma o tipo penal, por lo que en este caso, realizar dicha conducta típica es lo que pondría en peligro o dañaría el bien jurídico a proteger. Es por esta razón que por “(...) regla general la tipicidad de una conducta es indiciara de antijuridicidad (...)”⁶⁶, lo que no implica que deba obviarse esta situación.

En el caso del delito que intentamos proponer en esta tesis, la norma que se establece sería “el que contagiare o infectare a otra persona maliciosamente”, será sancionado. Entonces cuando un sujeto realizara dicha conducta, estaría dañando el bien jurídico protegido, que en este caso es la salud; pero no debemos dejar de mencionar que al realizar la conducta estaría actuando antijurídicamente, y por lo tanto, pueden existir causales que justifiquen su actuar, o como bien

⁶³ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno (parte general)* (p. 209). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

⁶⁴ Cousiño, M. L. (1975). *op. cit.*, p. 55.

⁶⁵ Cousiño, M. L. (1975). *ibidem*.

⁶⁶ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, p. 209.

son señaladas, causales de justificación, que se establecen como las circunstancias que pueden eximir a un sujeto que ha realizado una acción típica de su responsabilidad criminal. De esta forma, el sujeto que realiza la conducta de contagiar a otro con una ETS puede eximirse de su responsabilidad criminal, en el caso de que ese coito haya sido realizado con el consentimiento de la víctima o tomando todas las precauciones necesarias para evitar el contagio.

2.2. De acuerdo a la antijuridicidad, el delito de contagio como delito de lesión o de peligro

Cabe reconocer que la distinción entre los delitos de lesión y los delitos de peligro se hace atendiendo al resultado objetivo o externo de la conducta realizada por el sujeto. En cuanto a los delitos de lesión podemos señalar que la realización de la conducta típica supone que el bien jurídico protegido efectivamente sufrió un menoscabo, destrucción o lesión. Lesión que se entiende de acuerdo al diccionario de la RAE como “daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad”⁶⁷, en consecuencia, el delito de lesión es “(...) el que requiere de la efectiva lesión del bien jurídico.”⁶⁸ Por lo que en el caso del delito de contagio, estaríamos en presencia de uno de estos delitos, en las situaciones donde el individuo efectivamente realice la acción de tener un coito con una persona sana con la intención de causarle un daño, una lesión a su salud; debido que como ya se mencionó, la transmisión de algún tipo de ETS efectivamente causará en menoscabo en el bien jurídico protegido. Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que hay casos en que estas enfermedades no se manifiestan de forma tal que el individuo pueda desarrollarlas, como sucede en el caso del VIH, en que el sujeto infectado en ocasiones puede ser un portador del virus y transmitirlo pero él no es víctima de sus efectos; de esto deriva que el contagio de una ETS no sea un resultado efectivo sino más bien un peligro de causar dicha donosidad.

Volviendo a la idea inicial de la división de los delitos de resultado y de peligro, debemos ahora señalar las características del delito de peligro, que de acuerdo a lo que señala Politoff (2003) en sus lecciones de derecho se entiende como “(...) aquellos en que el legislador considera suficiente para la incriminación la puesta en peligro, es decir, la probabilidad de una lesión concreta al bien jurídico tutelado (...)”⁶⁹, de acuerdo a esta definición, el autor hace una subclasificación de estos delitos distinguiendo entre delitos de peligro en concreto y delitos de peligro abstracto. Los primeros se entenderán como aquellos que “requieren una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (ex post) que exigen un curso probable que conducía al resultado temido (el cual fue impedido por un factor con el que no era seguro contar)”⁷⁰, y esto

⁶⁷ Real Academia Española (2013), *op. cit.*, Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/?val=lesi%C3%B3n>

⁶⁸ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, p. 210.

⁶⁹ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *ibidem*.

⁷⁰ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *ibidem*.

se traduce en el caso del delito de contagio en que si el sujeto realmente toma conciencia del riesgo al que efectivamente está exponiendo a su pareja sexual al realizar la conducta, debido a que el resultado de esta puesta en peligro no se concretó porque el sujeto activo no se hubiese podido anticipar a las consecuencias de su acción, sino más bien porque por circunstancias externas a su voluntad el resultado “seguro” de su actividad no se pudo concretar.

Dentro de esta sub-clasificación también tenemos a los delitos de peligro en abstracto que están “(...) concebidos como la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera como portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación (en sede procesal) del peligro que se pretende evitar (...)”⁷¹, por lo que en el delito de contagio el sujeto portador de cualquiera de las ETS, por el solo hecho de estar en esa situación e iniciar una conducta con el objeto de consumir una relación sexual, estaría poniendo ya en peligro a su pareja sexual de tal manera que también lo podríamos calificar como un delito de peligro en abstracto.

Considerando todas las hipótesis anteriores podemos establecer que el delito de contagio de ETS se entendería como un delito de lesión, pues al realizarse el contagio desde un sujeto a otro, efectivamente se está dañando el bien jurídico que se busca proteger con la tipificación de esta conducta, y a la vez también lo podemos calificar como un delito de peligro debido a que el solo hecho que el individuo infectado busque consumir una relación sexual, supone la puesta en peligro o la posibilidad real y efectiva de causar el menoscabo en el bien jurídico que pertenece a su pareja coital.

2.3. Causales de justificación en relación al delito de contagio.

En términos generales las causales de justificación son entendidas como “situaciones reconocidas por el derecho, en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida o, incluso, exigida, y es, por consiguiente, lícita”⁷², y es a raíz de esto que se establecen como causales de justificación en el delito que se propone, las siguientes:

2.3.1. El ejercicio legítimo de un derecho.

En favor de esta causal de justificación estableceremos el art 10 N°10 del Código penal que señala “Están exentos de responsabilidad criminal: el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, cargo u oficio”⁷³, y con respecto al delito de contagio, se encontraría bajo esta hipótesis aquel individuo que sabiendo de su enfermedad, actúa diligentemente y tomando todas las precauciones necesarias para evitar el contagio de su pareja sexual. o simplemente el contagio es producido por una falta de conocimiento del sujeto

⁷¹ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, p. 211.

⁷² Cury, U. E. (2004). *op. cit.*, p. 363.

⁷³ Código penal.

activo; ya que se puede dar el caso en que un paciente infectado haya realizado exámenes para saber su estado de salud y que estos resultados arrojen como conclusión que el individuo se encuentra sano, y es bajo esta situación que el mantiene relaciones sexuales con su pareja, sin tener el conocimiento de que podría estarle causando un gran daño. En esta situación estaríamos bajo la idea de un error invencible en el que tanto el sujeto activo como el pasivo serían víctimas de una situación que ninguno de los dos podría prever. Por otra parte, tampoco podemos dejar de mencionar la idea de que el sujeto activo podría saber de su enfermedad y aún así decidir mantener relaciones sexuales con su pareja (sexual), pero tomando todas las medidas tendientes a evitar el contagio, como por ejemplo el uso de preservativos como el condón; a pesar de que este último caso resulta discutible, debido a que el condón en ocasiones puede romperse durante el acto sexual, o puede no estar siendo usado de forma correcta, lo que implica la posibilidad de que el contagio se produzca a pesar del uso de este medio.

Lo que sí debemos destacar, es que el acto sexual se estaría dando bajo condiciones en que los individuos involucrados solo estarían realizando el ejercicio de un derecho que les corresponde, que es el libre desarrollo de su sexualidad.

2.3.2. El consentimiento de la víctima.

En todos los casos, para que se entienda que se produce un daño, el sujeto afectado debe hacer notar esta situación a la contraparte, y esto se extrae del principio de que lo que es querido no causa una ofensa, puesto que “(...) con posterioridad a la perpetración del hecho, no se trataría de un consentimiento, sino del perdón del ofendido, que solo extingue la responsabilidad penal privada(...)”⁷⁴, por tanto si la víctima decide voluntariamente infectarse de algún tipo de ETS debido a que es su pareja (“amorosa”) la que tiene la enfermedad, y esta solo busca en un “acto de demostración de amor” compartir ese mal, esta causal de justificación estaría respaldada por la falta de interés de la persona infectada en salvaguardar su bien jurídico; y como se mencionó, no hay ofensa si es la propia víctima, la que no entiende como un daño el menoscabo que se le está ocasionando.

Por otra parte, se establece que hay ciertos bienes de que los que no se pueden disponer, como lo son por ejemplo la vida y la salud; sin embargo, de forma personal creemos que de estos bienes se puede disponer siempre y cuando no se esté dañando al colectivo de la población, porque como se señaló anteriormente, el “bien jurídico en el Derecho penal sexual debe ser un bien de naturaleza individual, y sólo secundariamente puede protegerse un interés colectivo(...)”⁷⁵, por tanto si la víctima decide contagiarse voluntariamente de una ETS, el o los únicos bienes jurídicos que estaría afectado serían los propios, con la excepción de los

⁷⁴ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, pp. 240 y 339.

⁷⁵ Oxman, V. N. (2007). *op. cit.*, p. 37.

casos de auto-contagio punible, en que la madre dispone de los bienes de su hijo mientras este se encuentra en gestación.

En esta idea solo hemos mencionado la posibilidad de que la víctima decida voluntariamente contagiarse, pero no debemos dejar de lado la posibilidad de que esta víctima no tenga la intención de contagiarse, pero sí que por el deseo de mantener relaciones sexuales con su pareja decida voluntariamente acceder a ellas, asumiendo el riesgo del posible contagio; en estos casos mencionados desaparecería la antijuridicidad del acto. Por otro lado, bastaría solo el hecho de que el sujeto activo omitiera la información de ser portador de alguna ETS para que nos saliéramos inmediatamente de esta hipótesis.

3. La culpabilidad en relación al contagio de las ETS

Para la realización de un delito y que se entienda como tal, no es suficiente cumplir con los requisitos de realizar la conducta descrita por la ley y que cause un perjuicio, sino que además es necesario que esta actuación sea antijurídica, lo que implica necesariamente que en la actuación no haya estado involucrada una causal de justificación que exima al individuo de responsabilidad. También necesitamos para consumir el delito, que exista el último de sus elementos, que es la culpabilidad, que en términos generales se entiende como aquel juicio de reproche que se le hace a la persona que pudiendo obrar conforme a derecho y teniendo la posibilidad de hacerlo, decide voluntariamente actuar de forma contraria.

La culpabilidad tiene un “carácter personal o individualizador, en el sentido de que se pronuncia sobre ese sujeto concreto, en su situación concreta y en relación con el hecho específico de que se trata⁷⁶”, por lo que tiene una relación directa con la capacidad de autodeterminación de la persona y además de su conocimiento de lo que efectivamente es correcto o lícito hacer. Por lo que bajo este concepto entran en juego dos elementos muy importantes, que son los que permiten darle forma a la culpabilidad. Estos son el dolo y la culpa, de esto se deriva que los delitos puedan realizarse de forma dolosa o culposa ya que al “autor no se le reprocha sin más que el resultado objetivo, sino la circunstancia que ese resultado haya sido el efecto, ya sea de su dolo o malicia ya sea de su culpa”⁷⁷

Entonces dentro de la estructura de la culpabilidad, nos encontramos con dos supuestos atendiendo a los elementos antes mencionados: en primer lugar aquel sujeto que estando contagiado de alguna ETS y conociendo esta situación decide mantener relaciones sexuales, asumiendo que esta pareja sexual será víctima de dicho mal, el sujeto actuó sabiendo y queriendo realizar dicho acto; en este caso nos encontramos frente a un actuar doloso. Como segunda hipótesis tenemos el caso del individuo que tiene una vida sexual promiscua y que por esta razón tiene motivos para pensar que es portador de algún tipo de ETS, sin embargo, no se realiza ningún examen con la finalidad de salir de esta duda, por lo demás tampoco le informa a su pareja sexual de esta posibilidad de estar contagiado y mantiene relaciones sexuales con esta pareja asumiendo que existe esta posibilidad de contagiarla; en este caso el individuo estaría obrando con culpa.

A los dos presupuestos, dolo y culpa también llamadas formas de culpabilidad, es necesario que se le agreguen los siguientes elementos. A) que no haya existido una causal de inimputabilidad fundada en razones como “(...) consiente en la falta de madurez o salud mental del hechor, que vuelva a este incapaz de comprender y valorar ilicitud de su hecho”⁷⁸, y considerando este elemento, el individuo que contrae una ETS, si bien ve afectada su salud psíquica no es de la magnitud suficiente como para no poder distinguir si su actuar es “bueno o

⁷⁶ Cury, U. E. (2004) *op. cit.* p. 405.

⁷⁷ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, p. 170.

⁷⁸ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, p. 246.

malo”. Por asimilación de la situación propia podríamos concluir que él sabe muy bien el daño que podría causarle a su pareja sexual, por lo tanto si realiza la acción o lo hace sabiendo el mal que realizará, desde este punto el sujeto estaría cometiendo un delito de tipo doloso. B) Otro elemento a considerar con respecto a la culpabilidad es “que no haya existido un error que impidiera al hechor comprender la antijuridicidad de su conducta (error de prohibición), por lo que este ha creído obrar lícitamente”⁷⁹, este elemento se da en un caso muy similar al anterior, en que el sujeto contagiado tiene conciencia de que padece esta enfermedad y aún así decide realizar la acción, pero esta situación difiere de la anterior por el hecho de que el sujeto infectado cree que a pesar de que su actuar puede ocasionar daño, no está contemplado como una prohibición; en el fondo el sujeto cree que está obrando conforme a derecho, actúa sin saber que está desobedeciendo un mandato y C) como tercer elemento, tenemos que “no haya existido una causal de no exigibilidad de otra conducta (...), que haya impedido al hechor actuar conforme a derecho”⁸⁰, en esta última situación el sujeto está de acuerdo con el resultado de su acción, es decir, en que si se es portador de alguna ETS y la transmite por medio de relaciones sexuales a su pareja, a esta se le estará causando un mal; el sujeto tampoco quiere que esto ocurra, sin embargo, como consecuencia de una situación que él podía evitar, que en nuestro caso consiste en el saber o sospechar que se es portador de una ETS, no realiza las acciones necesarias tendientes a obtener la información de si se es o no efectivamente portador de alguna ETS.

Los elementos anteriores nos sirven para establecer los grados de culpabilidad, inicialmente se entiende que son solo dos y estos son como se mencionó más arriba, el dolo y la culpa. Pero en nuestro caso, en Chile esta graduación es distinta”, porque en nuestro ordenamiento “la incriminación de la culpa es solo excepcional, mientras que el dolo constituye la regla general de los delitos contemplados”⁸¹ en el Código Penal, y esto es debido a que las acciones realizadas con culpa, como sucede en el caso de los cuasidelitos, quedan impunes; y solo serán penalizadas en los casos en que la ley expresamente así lo señale. En cambio, en el caso de las actuaciones realizadas con la intención de producir un daño, es decir, realizadas de forma dolosa, se establece como la regla general para recibir una penalización. A pesar de que en la práctica sucede lo contrario, la mayoría de las acciones que producen lesiones a la vida y salud son acciones que se realizan con culpa mas no con dolo⁸². Pero en nuestra legislación estos dos elementos no son suficientes, por lo que para establecer una graduación de la culpabilidad también fueron considerados elementos como la inexistencia de una causal de inimputabilidad, un error al comprender la antijuridicidad, o finalmente, que no haya existido una causal de no exigibilidad de otra conducta, como se mencionó en párrafos anteriores.

⁷⁹ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, p. 246.

⁸⁰ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *ibidem*.

⁸¹ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). *op. cit.*, p. 254.

⁸² En la actualidad, muchos de los delitos son producto de la culpa y los ejemplos más típicos son los accidentes vehiculares en que el sujeto no tiene la intención de atropellar a una persona u otros vehículos, y los casos de accidentes laborales, por la negligencia de los dueños con respecto a la mantención de las maquinarias.

Para continuar con la idea, haremos una referencia a los delitos preterintencionales, pero antes de señalar en qué consisten debemos mencionar que la “doctrina ha puesto en duda, algunas veces este concepto de preterintencionalidad. Se ha dicho que la misma actitud psicológica no puede ser calificada simultáneamente de dolo y culpa; ambas posiciones psíquicas, incompatibles entre sí, no pueden coexistir en el mismo acto”⁸³, pero debemos señalar que esta crítica que se le hace a la preterintencionalidad esta infundada, debido a que no es una misma actitud psicológica, sino más bien son dos aspectos de esta posición psíquica, por lo que son perfectamente separables.

Retomando el punto de los delitos preterintencionales, se establece que “obra preterintencionalmente quien, con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave (...)”⁸⁴ y teniendo como base esta definición, volvemos al caso del contagio de ETS, ya que en esta situación puede ocurrir algo bastante similar si tomamos en consideración aquel sujeto portador de ETS, que sabiendo de su condición decide voluntariamente mantener relaciones sexuales con una persona sana y con la finalidad de contagiarle y producirle dicho mal, por lo que en principio se constituye un delito doloso que debe ser penalizado. Pero este sujeto no consideró la posibilidad de que al transmitir este virus o infección a su pareja sexual, la lesión que le produce puede ser mayor a la esperada y podría consistir no solo en la simple lesión, sino desembocar en una muerte y se constituiría así un homicidio. Y bajo esta hipótesis, la primera actuación daría origen a un delito doloso pero la segunda idea da origen a un delito culposo.

Bajo esta idea creemos que la preterintencionalidad debiese considerarse para términos del delito de contagio debido a que, si bien es cierto que en la mayoría de los casos la finalidad del sujeto activo no es contagiar a su pareja sexual, sino más bien satisfacer sus necesidades carnales, él está consciente de que al mantener dichas relaciones sexuales, siendo víctima de una ETS dañará a su pareja, por tanto debe asumir esa responsabilidad y esto se traduciría en que maliciosamente está afectando un bien jurídico protegido.

⁸³ Cury, U. E. (2004). *op. cit.* p. 349.

⁸⁴ Cury, U. E. (2004). *ibidem.*

4. Penalización en el delito de contagio.

4.1. Concepto y finalidad de la pena.

Uno de los medios más eficaces con los que cuenta el derecho penal para cumplir su misión al momento de sancionar al individuo que ha realizado actos que traigan un menoscabo a las personas es la pena, ya que la “eficacia práctica del derecho penal se mide de acuerdo con lo que la pena es capaz de hacer por la sociedad en su lucha contra el delito y por las consecuencias que acarrea su empleo”⁸⁵, y entonces cabe destacar cuál es la finalidad de esta pena que se aplicará. Cuenta con una dualidad en su misión, pues puede que mediante su aplicación se pretenda prevenir la comisión de los delitos, o más bien solo sirve como herramienta para sancionar los delitos ya cometidos.

4.1.1. Concepto.

La real academia de la lengua española define pena como “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”⁸⁶, estableciéndole de este modo solo un carácter sancionador y posterior a la realización del acto típico, pero Cury (2004) nos señala que:

La pena es un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos a que a la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes jurídicos, evitar hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de la convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana del afectado.⁸⁷

A partir de esta definición podemos concluir que el objeto de la pena es la prevención general, y esto se realiza mediante la amenaza a quien comete un delito (o infringe un mandato o prohibición) de que sufrirá un daño, que incluso podrá ser mayor al causado mediante la infracción cometida.

Por otra parte, cabe destacar que mediante esta forma de emplear la pena se está infringiendo un principio que consiste en que “el hombre es un fin en si mismo y nunca un medio”⁸⁸, debido a que mediante la aplicación de la pena se estaría instrumentalizando al individuo. Sin embargo no debemos dejar de mencionar que el derecho penal cuenta con la característica de ser subsidiario o de “ultima ratio”, lo que implica que para cumplir con sus objetivos puede hacerse de todas las herramientas que se estimen necesarias para evitar y sancionar los ilícitos. De más está mencionar que es la única rama del derecho que se encuentra facultada para privar de ciertos derechos a las personas con la finalidad de sancionarlas por haber cometido un acto que vulneró un bien jurídico relevante para la sociedad.

⁸⁵ Cury, U. E. (2004). *op. cit.* p. 63.

⁸⁶ Real Academia Española (2013) *op. cit.* Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/?val=pena>

⁸⁷ Cury, U. E. (2004). *op. cit.* p. 83.

⁸⁸ Cury, U. E. (2004). *op. cit.* p. 83.

4.1.2. Finalidad de la pena y sus teorías.

Para determinar la finalidad de la pena podemos recurrir a distintas teorías que nos permiten sustentar por qué una persona que ha cometido un delito debe recibir una sanción o pena por parte de la autoridad. Las principales teorías con las que nos encontramos son en primer lugar las teorías absolutas de la pena, luego las teorías relativas, y finalmente las teorías mixtas.

Las teorías absolutas consisten en que un individuo debe ser sancionado de acuerdo y en proporción al daño cometido, esta teoría no tiene ninguna función utilitarista, solo es un fin en sí mismo. Su fin no es otro que el restablecimiento del orden externo de la sociedad. La censura o el castigo que recibe el sujeto infractor de la norma no tiene como objetivo cambiar las actitudes morales del infractor o de la comunidad, sino “que trata a las personas como individuos capaces de comprensión moral acerca de lo que está bien o mal para la comunidad”.⁸⁹

Por su parte, las teorías relativas o teorías de prevención, admiten una distinción entre lo que son la teoría de la prevención general y la teoría de la prevención especial; ambos tipos de pena tienen como objetivo que el castigo por el delito cometido sirva de ejemplo para evitar nuevos hechos delictivos.

La pena de acuerdo a la teoría de la prevención general se plantea como una forma de evitar que las personas realicen un delito por el temor de recibir una sanción mayor al daño causado “la apetecia para realizar la acción prohibida es eliminada cuando el ciudadano sabe con certeza que el resultado de la misma será un mal mayor que el que pueda resultar de no satisfacer el deseo de llevarla a cabo”⁹⁰, por lo tanto, esta teoría nos permite establecer que la finalidad de la pena consiste en que el delito cometido sirva de ejemplo para la sociedad, tiene un efecto intimidatorio en las personas y es por esta característica que el resto de las personas evitan cometer un delito (por temor al castigo que recibirán).

En segundo lugar, dentro de las teorías de la prevención nos encontramos con la teoría de la prevención especial que a diferencia de la teoría de la prevención general que apuntaba como objeto de la finalidad de la pena a la sociedad, esta apunta directamente a corregir la conducta del sujeto infractor, este es un efecto preventivo para evitar que el hechor recaiga en la conducta ilícita, impidiéndole por medios como la fuerza o el adiestramiento que cometa un nuevo delito. Von Liszt (s/f, en Politoff, 2003) “resumía su punto de vista así: 1. Corrección de los delincuentes capaces y deseosos de ser corregidos. 2. Intimidación de los delincuentes que no quieren ser corregidos. 3. Neutralización de los delincuentes incapaces de ser corregidos”⁹¹. Esta teoría en la práctica no tiene buenos resultados, debido a que no logra efectivamente y en todos los casos, la resocialización o reinserción del delincuente.

⁸⁹ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). op. cit., p. 58.

⁹⁰ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). op. cit., p. 59.

⁹¹ Politoff L. S., Matus A. J. & Ramírez. G. M. (2003). op. cit., p. 63.

Por último nos encontramos frente a las teorías de carácter mixto, que apuntan a que no es posible optar por uno de los dos tipos de penas antes mencionadas, por lo tanto se debe decidir por una teoría que permita tomar finalidades de ambas teorías, como lo son la prevención y la retribución, y de esta forma configurar un sistema que contenga solo los aspectos positivos de las teorías señaladas. Este tipo de teorías han sido señaladas por Roxin y Schmidhäuser.

4.1.3. Aplicación de la pena en el delito de contagio.

Como se ha mencionado en el transcurso de este trabajo, el derecho penal tiene por finalidad cautelar los bienes jurídicos que resulten relevantes para una sociedad determinada, y en el caso específico del derecho penal sexual, tiene como fundamento proteger a todos los bienes jurídicos que se puedan ver vulnerados en un contexto sexual. Es por esto que se establece como delitos sexuales “aquellos reprimidos por el ordenamiento jurídico penal, que atentan en contra de la libertad e indemnidad sexual, dignidad humana, salud, vida, moral sexual colectiva y el pudor público con motivo de un acto desplegado por un tercero, que se erige como manifestación de su instinto sexual(...)”⁹², señalándonos que el contagio de ETS está motivado por grandes cargas instintivas sexuales y que se materializan mediante relaciones sexuales, pero a pesar de esto, no podemos establecer que el contagio genera un tipo de agresión sexual, como se ve por ejemplo en los casos de violaciones en donde el daño se produce en la víctima por el uso de la fuerza desde su agresor para conseguir el acceso carnal. En el caso del delito de contagio los daños serán causados con posterioridad al acto sexual, además, no debemos dejar de mencionar que en este caso la motivación del actor no solo busca la realización del acto sexual, sino que su actuación puede estar también motivada por un ánimo de venganza o despecho que es la consecuencia de padecer de este mal, o puede que su motivación principal sea la de efectivamente causarle un daño a la salud física o psíquica a su pareja sexual.

⁹² Aguilar, A. C. (2008) *op. cit.*, p. 21.

Título IV

Derecho comparado.

A continuación presentaremos a modo referencial algunos artículos, de códigos penales de diferentes países en los que sí está tipificado el delito de contagio.

1. Bolivia

El código penal boliviano en su art ARTICULO 277.- (CONTAGIO VENÉREO): El que a sabiendas de hallarse atacado de una enfermedad venérea, pusiere en peligro de contagio a otra persona mediante relaciones sexual, extrasexual o nutricia, será sancionado con privación de libertad de un mes a un año.⁹³

2. Brasil

En este país el código penal en su art 130 establece lo siguiente⁹⁴:

Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

2º - Somente se procede mediante representação.

Perigo de contágio de moléstia grave

Traducción:

La exposición de una persona a través de las relaciones sexuales o cualquier acto lascivo, la propagación de enfermedades venéreas, usted sabe o debería saber que está contaminada:

⁹³ Código penal Bolivia, Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html

⁹⁴ Código penal Brasileño, Recuperado de: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/ anotada/2342570/art-130-do-codigo-penal-decreto-lei-2848-40>

Pena - prisión de tres meses a un año o con multa.

1º - Si tiene la intención de transmitir el agente patógeno:

Pena - reclusión de uno a cuatro años y multa.

2º - Sólo se llevan a cabo a través de la representación.

Peligro de contagio de una enfermedad grave.

3. Costa rica.

ARTÍCULO 130.-

El que sabiendo que padece una enfermedad venérea, contagiare a otro, será sancionado con prisión de uno a tres años. Este hecho sólo es perseguible a instancia privada.⁹⁵

4. Guatemala.

CONTAGIO VENÉREO

ARTICULO 151. Quien, conociendo que padece de enfermedad venérea, expusiere a otro el contagio, será sancionado con multa de cincuenta a trescientos quetzales.

Si el contagio ocurriere, además, se le impondrá prisión de dos meses a un año.

Este delito sólo es perseguible a instancia de parte.⁹⁶

5. México

(Código Penal)

“Art. 159.- Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de 3 meses a 3 años y de 50 a 300 días multa.”

6. España

“(…) Así, en el artículo 157, en el que se tipifican las lesiones más graves no se satisfacía con la cláusula más abierta para designar los medios típicos -"por cualquier medio", sino que además añadía la indicación de "incluso por contagio": "El que causare a otro, por cualquier medio, incluso por contagio, (...) una grave enfermedad somática (...) será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años". Del debate parlamentario puede destacarse que los grupos de Euzkadiko Ezquerria e Izquierda Unida propugnaron la supresión de este inciso (EM. 290 Y 711), mientras el Grupo Popular propuso su inclusión en los demás tipos de lesiones (Enm. 1001 Y 1004

⁹⁵ *Código penal de Costa Rica*, Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf

⁹⁶ *Código penal de Guatemala*, Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Guatemala.pdf

7. Ecuador

En el código penal de Ecuador podemos establecer una sanción para el delito de contagio mediante dos artículos, el primero, art. 432.- *Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que propague, a sabiendas, una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas.* Que habla específicamente de enfermedades contagiosas y que se ve complementado con el art. 434 que señala.- *Cuando los actos previstos en los artículos anteriores fueren cometidos por imprudencia, o por negligencia, o por impericia en el propio arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona; y prisión de seis meses a cinco años, si resultare enfermedad o muerte.*⁹⁷

8. Uruguay

Art. 224. (Violación de las disposiciones sanitarias)

El que violare las disposiciones publicadas por la autoridad competente para impedir la invasión de una enfermedad epidémica o contagiosa, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.⁹⁸

⁹⁷ *Código Penal de Ecuador*, Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo14.pdf

⁹⁸ *Código Penal de Uruguay*, Recuperado de: <http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/l2t7.htm>

Conclusión

Las enfermedades de transmisión sexual se presentan como un gran flagelo en nuestra sociedad, y es por esta razón que según nuestro criterio debe evitarse a toda costa su propagación, ya que tienen como consecuencia daños muy graves al sujeto contagiado, así como a su entorno social, generando un gran menoscabo en su salud y en su vida diaria. En nuestro país no existe una figura legal que permita sancionar estas conductas dañinas al individuo.

Durante el desarrollo de este trabajo hemos mencionado una serie de factores que deben considerarse respecto a cómo debería ser o qué debería contemplar el delito de contagio en nuestro país.

En primer lugar se señala que el bien jurídico que específicamente se debe proteger es la salud individual, ya sea esta en su forma física o psíquica, ya que dentro de esta última podemos encapsular la protección de otros bienes como la libertad sexual y la dignidad, que a su vez se compone de pudor y moral. No debemos dejar de mencionar que en este delito juega un rol muy importante la disposición de los bienes jurídicos que puede realizar la víctima.

Cuando hablamos de contagio de enfermedades sexuales estamos haciendo referencia al acceso carnal mencionado por el art 361 del código penal que hace referencia accesos ya sea por vía, anal, bucal o vaginal. Este contagio debe ser producido por un sujeto calificado, que es el portador de una ETS, y teniendo presentes los siguientes motivos: ya sea por un descuido al no realizar todas las prevenciones necesarias para evitar el contagio, o cuando efectivamente el sujeto infectado mantenga relaciones sexuales con la única finalidad de provocarle un daño a su pareja sexual.

Ese delito debe ser considerado como un delito de acción en cuanto a que la única forma posible de realizar el contagio es mediante movimientos corporales, sin embargo, también puede ser considerado un delito de acción por omisión en los casos en que el sujeto activo no haya realizado las medidas necesarias para determinar si es o no portador de dicha enfermedad, pasando por alto la posición de garante de la situación.

También el delito de contagio estaría haciendo referencias tanto a un delito de lesión en cuanto causa un daño efectivo en la víctima además de ser un delito de peligro en los casos en que el individuo tiene conciencia de su enfermedad y aun así decide voluntariamente mantener relaciones sexuales con su pareja tomando medidas para evitar el contagio pero que sin embargo pueden fallar como es el caso del uso de preservativos que se pueden romper durante el acto sexual.

El delito también puede ser realizado tanto de forma dolosa, esto es, en el caso de que el sujeto activo (contagiado) desee efectivamente causarle un menoscabo a la salud de su pareja, y con este motivo mantiene relaciones sexuales con ella con la única finalidad de contagiarla; por otra parte este delito puede ser cometido de forma culposa, en los casos en que el sujeto activo tiene conciencia de su enfermedad y su finalidad principal no es contagiar ni dañar a su víctima,

sino que lo que él pretende al mantener relaciones sexuales con la víctima es solo realizarse sexualmente, pero a causa de una negligencia, al no tomar las medidas necesarias para evitar el contagio, su pareja sexual se ve contagiada.

La finalidad de establecer esta acción de contagiar a otro como un delito es sancionar de una forma proporcional al daño producido al individuo que causó el mal, y a su vez, que este castigo sirva de ejemplo para otras personas que intenten causar este mismo daño, y que de esta forma se abstengan de realizar dichas conductas, así, también cumpliremos con la función de prevenir el contagio a otras personas.

Con esto “no se trata de prohibir las relaciones sexuales lo cual es insoportable al hombre de hoy, si no prohibir las relaciones sexuales criminales (...)”⁹⁹, prohibir las relaciones sexuales que tengan como único objetivo dañar a otra persona, o que ese daño efectuado sea consecuencia de una negligencia del individuo ya infectado.

⁹⁹ Yépez, S. L. (1991) *op. cit.* p. 28

Bibliografía

Libros

- Aguilar, A. C. (2008). Delitos sexuales, doctrina y jurisprudencia (incluye actualización de leyes N°20.084, 20.207 y 20.230). Santiago, Chile: Editorial Metropolitana.
- Condemarin, B.P & Macuran, N. G. (2005). *Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Constitución Política de la Republica de Chile (versión de estudiantes), Texto Vigente, Editorial Jurídica de Chile, Undécima edición, año 2006.
- Cousiño, M. L. (1975). *Derecho Penal Chileno Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cury, U. E. (2004). *Derecho Penal (parte general)*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Dides, C., Benavente, M. C., Saez, I. (2010) *Guía de apoyo sobre salud sexual y reproductiva, VIH y SIDA* (p. 22). Santiago, Chile: Editorial Flasco Chile 2010.
- Díez, R. J. (1981). El derecho Penal ante el sexo (limites, criterios de concreción y contenido del derecho Penal sexual). Barcelona, España: Editorial Casa Bosch, Barcelona.
- Díez, R. J. (1982). Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras (La frontera del derecho penal sexual). Barcelona, España: Editorial Casa Bosch.
- Labatut, G. G. (1968). *Derecho penal tomo I (parte general) 5° ed.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Morton, R. (1972). *Enfermedades Venéreas*. (M. Tallada Trad.). Barcelona, España: Editorial Fontanella.
- Oxman, V. N. (2007). Libertad Sexual y estado de Derecho en Chile: (Las fronteras del Derecho Penal Sexual). Santiago, Chile: Librotecnia.
- Politoff L. S., Matus A. J. & Ramirez. G. M. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno (parte especial)*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Politoff L. S., Matus A. J. & Ramirez. G. M. (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno (parte general)*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Yépez, S. L. (1991). *El Sida en el Derecho Penal de la Republica Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Editorial Corripio.

Otros medios

- Arroyo, L. Z. (s/f). 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. Recuperado de: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/supresionpropagacionmaliciosasalaz.pdf
- Fundación de Educación para la Salud (2013). *Glosario de la Salud*. Recuperado de: <http://www.atlasdelasalud.org/glosario.aspx>.
- Martínez, M. J. (2010). Diagnóstico microbiológico de infecciones de transmisión Sexual. Parte II. ITS virales. *Revista Chilena de Infectología*, 27(1). doi: 10.4067/S0716-10182010000100010
- Ministerio de Salud [MINSAL] (2008). Normas de Manejo y Tratamiento de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS). Recuperado de: <http://www.minsal.gob.cl/portal/url/item/85381414c56411a9e04001011e015920.pdf>
- Ministerio de Salud [MINSAL] (2013). *Problemas de salud, VIH/SIDA*. Recuperado de: http://www.minsal.gob.cl/portal/url/page/minsalcl/g_problemas/g_vih/vih.html
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (2012). *La depresión es una enfermedad frecuente y las personas que la padecen necesitan apoyo y tratamiento* (párr. 7). Recuperado de: http://www.who.int/mediacentre/news/notes/2012/mental_health_day_20121009/es/
- Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA [ONUSIDA] (1998). *Enfoques de la salud pública para el control de las ETS*. Recuperado de http://www.who.int/hiv/pub/sti/en/stdcontrol_sp.pdf
- Real Academia Española (2013) *Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición*. Recuperado de: <http://www.rae.es/rae.html>
- Samayoa, P. G. (2006). *Delito que regule el Contagio de VIH/SIDA por Transmisión Sexual*. (Tesis de pregrado, Universidad de San Carlos de Guatemala). Recuperado de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6424.pdf
- Ward, L. M. (2003). Understanding the role of entertainment media in the sexual socialization of American youth: A review of empirical research [Abstract]. *Developmental Review*, 23(3), 347-388. doi: 10.1016/S0273-2297(03)00013-3