



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO  
SEMINARIO DE LICENCIATURA



AUSENCIA DE TIPIFICACIÓN DEL CONTAGIO DE  
VIH EN CHILE Y EL PROYECTO DE REFORMA  
PENAL

---

TESINA

**AUTOR: RAFAEL RÍOS LAMBRUSCHINI**

**PROFESOR GUÍA: ANDRÉS BENAVIDES SCHILLER**

**VALPARAÍSO, MARZO DE 2020**

## ÍNDICE

### AUSENCIA DE TIPIFICACIÓN DEL CONTAGIO DE VIH EN CHILE Y EL PROYECTO DE REFORMA PENAL

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
I. PRIMER CAPÍTULO: DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA.....	6
1. ¿Qué es el virus de inmunodeficiencia humana?.....	6
2. ¿Cómo se transmite el virus de inmunodeficiencia humana?.....	7
3. El virus de inmunodeficiencia humana en Chile.....	8
II. SEGUNDO CAPÍTULO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CONTAGIO DE VIH.....	9
1. ¿Libertad sexual o salud?.....	10
2. ¿Salud individual o salud pública?.....	11
III. TERCER CAPÍTULO: AUSENCIA DE TIPIFICACIÓN DEL CONTAGIO DE VIH Y EL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO PENAL.....	12
1. Ausencia de tipificación e intentos de proyectos de ley sobre infecciones venéreas...	12
2. ¿Puede entenderse integrado el contagio de VIH en el artículo 398 de nuestro Código Penal?.....	17
IV. CUARTO CAPÍTULO: TIPO PENAL QUE SE QUIERE INTRODUCIR CON EL PROYECTO DE LEY MEDIANTE EL ARTÍCULO 398 BIS DEL CÓDIGO PENAL.....	20
1. proyecto de reforma de ley que tipificaría el contagio de VIH.....	20
V. QUINTO CAPÍTULO: DE LA INTENCIONALIDAD EN LA CONDUCTA DEL CONTAGIO DE VIH.....	23
1. El dolo y la culpa.....	23

2.	Consciencia en la eventual ilicitud del contagio de VIH.....	25
VI.	SEXTO CAPÍTULO: CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA FIGURA PENAL SOBRE CONTAGIO DE VIH.....	26
1.	Lege ferenda del contagio de VIH en Chile.....	26
2.	Privacidad del proceso penal.....	27
VII.	SÉPTIMO CAPÍTULO: EL CONTAGIO DE VIH EN OTRAS SEDES JURÍDICAS..	29
1.	En el Derecho Civil.....	29
2.	En el Derecho Penal.....	30
VIII.	OCTAVO CAPÍTULO: EL CONTAGIO DE VIH EN EL DERECHO COMPARADO.....	31
1.	Brasil.....	31
2.	España.....	32
3.	Argentina.....	35
4.	Estados Unidos.....	37
IX.	CONCLUSIONES.....	39
X.	BIBLIOGRAFÍA.....	41

## **RESUMEN.**

Este trabajo consiste en un análisis exhaustivo de un hecho que, actualmente, no es constitutivo de delito en nuestro país, pero que, sin embargo, reviste gran importancia en nuestra sociedad y ha sido objeto de discusión en los últimos años, incluso en las últimas décadas, debido a que se ha verificado un alza de contagio experimentado en Chile.

Además, uno de los principales fines de este trabajo es entender qué es el Virus de Inmunodeficiencia Humana, conocer sus antecedentes históricos, por el mismo lado, también preguntarnos por qué debería, este hecho no constitutivo de delito, estar tipificado en nuestro sistema jurídico, y más importante aún ¿por qué no está, actualmente, tipificado propiamente tal como un delito?

## **PALABRAS CLAVE**

DELITO – TIPIFICACIÓN – VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA –  
CONTAGIO – REFORMA PENAL – SALUD.

## INTRODUCCIÓN.

Se ha puesto en conocimiento de la sociedad, mediante el Ministerio de Salud y los medios de comunicación masiva, el incremento de los contagios del virus de inmunodeficiencia humana en nuestro país, llegando a un número de 6.948 contagios en el año 2018 y 5.331 hasta septiembre del año 2019. Ahora la pregunta que nos podemos hacer es ¿por qué tipificar el contagio del virus de inmunodeficiencia humana y no así el contagio de otras infecciones de transmisión sexual?

Tratándose de una infección de transmisión sexual diferente al virus de inmunodeficiencia humana, sin perjuicio de las consecuencias que estas pueden acarrear, son infecciones inminentemente recuperables y curables con un tratamiento médico, por ejemplo, el tratamiento médico de la sífilis en primera etapa puede incluso durar no más de dos semanas, teniendo la o el infectado que inyectarse 1 dosis semanal de penicilina benzatina (este es uno de los tratamientos), sin mencionar que los avances tecnológicos en la medicina han permitido que estas infecciones en el transcurso de los años presenten un descenso notorio en la estadística mundial.

Sin embargo, en el caso de la transmisión del virus de inmunodeficiencia humana, podemos decir que el resultado es distinto, debido a que se trata de un virus que hasta el día de hoy no tiene cura. Si bien debido a los avances en la medicina se ha logrado que este tenga un tratamiento, y, por lo tanto, pueda mejorar la calidad de vida de los portadores y prolongarla mediante el uso de medicamentos antirretrovirales que no eliminan el virus puesto que sólo impiden la multiplicación de éste en el sistema del ser humano, esta infección permanece en el organismo a lo largo de toda la vida de la mujer o el hombre contagiado. Además, cabe destacar que para que el tratamiento tenga efectos positivos en el paciente, los medicamentos tienen que ser consumidos a diario, provocando un rebrote del virus que vuelve a infectar las células inmunes en un lapso corto si este se interrumpe, haciendo vulnerable al afectado a distintos microbios que pueden, incluso, ser mortales. Por otra parte, es un virus que no sólo se transmite por la vía de la transmisión sexual, sino que también puede ser, por ejemplo, por contacto con la sangre, lo que deja particularmente expuesto a cualquier persona a ser contagiada, incluso por un negligente procedimiento médico.

En consecuencia, sabiendo que es una infección que perdura durante toda la vida de la persona que la ha contraído y que ésta causa un deterioro inminente en la vida y en la salud de la o el contagiado, pese a los avances de en la medicina, que hemos mencionado anteriormente, sólo ayudan a tener una mejor calidad de vida, y no así a erradicar el virus del organismo. Entonces, la pregunta es la siguiente: ¿consideramos que el contagiar de Virus de Inmunodeficiencia Humana a una persona es una conducta que debería tipificarse en Chile?

## **I. PRIMER CAPITULO: DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA**

### **1. ¿Qué es el virus de inmunodeficiencia humana?**

El virus de inmunodeficiencia humana (en adelante, VIH) pertenece a la familia de los retrovirus que infecta a las personas provocando una importante alteración en la inmunidad a través de la destrucción de los linfocitos-T. es por esto por lo que a los individuos infectados se les genera una inmunodepresión que los hace vulnerables a una serie de agentes infectantes produciendo “infecciones oportunistas”.

El VIH fue descubierto en 1983, siendo clasificado como un lentivirus de la familia Retroviridae. Numerosos trabajos han demostrado su asociación con el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (en adelante, SIDA), enfermedad que afecta al menos al 95% de los infectados por el virus en un plazo variable de 1 a 15 años postexposición. El VIH es un retrovirus complejo, es decir, tiene en su genoma diferentes genes adicionales que codifican proteínas regulatorias y accesorias para otras funciones<sup>1</sup>. Existen al menos dos tipos de VIH, el 1 y el 2, los que parecen tener distintos orígenes, los cuales podríamos clasificarlos en origen por transmisibilidad y origen por patogenicidad, es decir, por alteración del sistema de vigilancia inmunológica en humanos.

La máxima expresión de este déficit inmunitario es el SIDA, que como se mencionó anteriormente, es la etapa más avanzada que sufre el sujeto portador del VIH, en la cual se desarrollan múltiples infecciones por microorganismos relativamente inofensivos para las

---

<sup>1</sup> Sepúlveda, Cecilia; Afani, Alejandro. *SIDA*. tercera edición, Mediterráneo, Santiago, Chile. 2002, P. 70.

personas con inmunidad normal. Entre estas infecciones oportunistas más comunes podemos citar: neumonía por *Pneumocystis carinii*, encefalitis por *Toxoplasma gondii*, retinitis por Cytomegalovirus, Candidiasis esofágica, diarrea por *Cryptosporidium parvum*, etc. El desarrollo de estas infecciones, la susceptibilidad al desarrollo de tumores tipo sarcoma de Kaposi, linfoma, etc. o enfermedades neurodegenerativas como la encefalopatía por VIH, la leucoencefalopatía multifocal progresiva o la emaciación producida por el mismo VIH, llevan, finalmente, a la muerte del infectado.

## 2. ¿Cómo se transmite el virus de inmunodeficiencia humana?

Es muy importante conocer cómo se transmite la enfermedad, no sólo por sus implicancias médicas, sino también por las implicancias éticas de las diferentes formas de contagio y las posibles formas de prevención. Como esta infección se transmite de persona a persona, existe acuerdo unánime en lo fundamental que resulta disponer de una información adecuada, completa y veraz sobre esta, así como de la correcta y oportuna educación de todos los sectores de la población empezando por los padres, profesores de todos los niveles de educación, trabajadores del área de la salud, y medios de comunicación social<sup>2</sup>.

El VIH se puede transmitir de las siguientes formas:

- a. **A través de relaciones sexuales.** La falta de protección en las relaciones sexuales aumenta considerablemente la probabilidad de contagio, es decir, una sola relación sexual con una pareja infectada puede ser suficiente para adquirir la infección. Es sabido que el mayor riesgo de contagio lo tienen los hombres homosexuales pasivos, y que el traspaso del virus de hombres a mujeres es tres veces mayor que a la inversa, por razones de orden anatómico y biológico. El sexo anal es especialmente más propenso a la transmisión debido a que el recto es una zona muy vascularizada y absorbente, así como por la violencia traumática de este tipo de relaciones que favorece a los desgarros vasculares.

---

<sup>2</sup> Chomali, Fernando. *Aspectos científicos y éticos de la epidemia del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)*. Santillana, 2005, Santiago. P. 10.

- b. **A través de la sangre**, aún en pequeñas cantidades, como es el caso que se puede dar por parte de los individuos toxicodependientes que intercambian jeringas contaminadas con el virus para drogarse.
- c. A través de la **transfusión de sangre** contaminada o sus derivados.
- d. **De la madre con VIH positivo hacia el hijo**, ya sea durante la gestación por vía transplacentaria, durante el parto, a causa del contacto con sangre y/o secreciones vaginales, o bien después del parto a través de la lactancia.
- e. En menor escala, y siempre y cuando no se tomen las medidas adecuadas de profilaxis (prevención), también puede existir **en los profesionales de la salud un contagio accidental** (médicos, enfermeras, dentistas, etc.) por pinchaduras de agujas jeringas contaminadas o durante intervenciones quirúrgicas.

Es extremadamente importante señalar que no existe caso registrado de transmisión del virus a través de besos, ni tampoco por motivos de convivencia, uso de baños, cocina, toallas, cubiertos, vasos. De ahí que la convivencia diaria con una persona infectada con VIH no es un riesgo para las personas sanas que lo rodean.

El VIH es muy poco resistente a las condiciones ambientales y tiene dificultades para sobrevivir fuera del organismo, destruyéndose fácilmente con el calor y detergentes habituales.

En síntesis, la transmisión sólo puede ocurrir por vía sexual, parenteral o vertical (de madre a hijo).

### **3. El Virus de Inmunodeficiencia Humana en Chile**

En Chile, según datos del Ministerio de Salud, el primer caso de fallecimiento por SIDA, que como mencionamos anteriormente es la fase avanzada del VIH, se notificó en 1984, en conjunto con la detección de otros 5 casos del mismo virus, provenientes de las regiones de Valparaíso, Bío-Bío y Metropolitana. Ya en el año 1985, la Región Metropolitana notificó el caso de la primera mujer en el país.



La planificación de la respuesta a la epidemia de infección por VIH requiere disponer de información sistemática sobre sus distintos aspectos, por lo que es preciso contar con sistemas de información epidemiológica. Es así como, en Chile, la vigilancia epidemiológica de infección por VIH está regulada por el Decreto Supremo N° 158/046 y tiene como objetivo conocer la magnitud, tendencia, características y factores de vulnerabilidad y riesgo frente a la epidemia.

Siguiendo los datos del Ministerio de Salud y del Instituto de Salud Pública, y ahora ambientándonos a esta última década, en el año 2010 se registraron 2.982 nuevos casos de VIH en Chile, aumentando su número a 3.159 casos detectados en el año 2011, en el 2012 se notificaron 3.395, año en el cual según datos de Spectrum se estimó que existían aproximadamente 39.000, en total, de personas infectadas de VIH en el país. En el 2013 la cifra del año aumenta a 4.014 casos, y se alcanza el número de un total de 4.080 personas infectadas en el 2014, sin embargo, no es sino en la segunda mitad de esta década cuando los casos en nuestro país aumentan de forma importante, y es que en el año 2015 se notifican 4.307 nuevos casos de contagio de VIH, cifra que aumenta a 4.927 para el año 2016. Ahora, la mayor alza de contagios del Virus de Inmunodeficiencia Humana se visualiza en los años 2017 y 2018, en los cuales se registra una cantidad de 5.816 y 6.948 casos nuevos por año respectivamente. Así mismo, la progresión de los aumentos de contagios del virus llegó a un total de 5.331 casos confirmados en septiembre del año 2019, según la misma base de datos del Ministerio de Salud y del Instituto de Salud Pública.

Es necesario agregar a la información anterior que el 83% de las personas infectadas hasta septiembre del 2019 corresponde a hombres, por lo tanto, el total de contagios correspondería a 4.425 hombres y 906 mujeres.

## **II. SEGUNDO CAPITULO: DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CONTAGIO DE VIH**

Bien sabemos que el bien jurídico protegido comprende la universalidad de los derechos propios de las personas, ya sea de forma colectiva o individual, por lo tanto, el derecho debe otorgarles protección, por lo tanto, este bien jurídico viene a ser un límite para el legislador,

soslayando el uso excesivo del *Ius Puniendi*, debiendo, las conductas castigadas, ser relevantes para la sociedad y valoradas por esta misma. Por lo tanto, no cualquier pretensión será considerada bien jurídico ya que debe reunir los elementos pertinentes que le otorguen relevancia necesaria para ser considerada como tal.

La determinación del bien jurídico afectado por el delito de contagio de VIH es de suma importancia para poder generar el tipo penal que se pretende. Es inminente que la transmisión del virus de inmunodeficiencia humana genera evidentes lesiones en la salud del ser humano, y que, por consiguiente, constituye un bien jurídico que el Derecho protege.

### **1. ¿Libertad sexual o salud?**

La primera discusión respecto de cuál es el bien jurídico afectado se desenvuelve en catalogar si este responde a la libertad sexual, y que en este caso se encuadraría en los delitos sexuales, o si afecta la vida y la salud individual (o colectiva).

En primer lugar, y respecto de esta discusión, descartamos el hecho de que se pueda encasillar dentro de los delitos sexuales ya que, como hemos señalado anteriormente, el VIH no sólo se transmite por vía sexual, si bien es la vía más común de contraerlo o contagiarlo, el modo de contagio es más amplio, es decir, puede ser por un mal procedimiento higiénico, a través de la sangre o por vía congénita, entre otros. En dichos casos no hay relación con una vulneración a la libertad o indemnidad sexual del individuo, al menos no directamente.

Por otro lado, podemos aseverar que este delito transgrede el bien jurídico salud, puesto que causa evidentes efectos nocivos en el funcionamiento normal de los órganos del cuerpo, tales como lesiones en la piel, padecimientos físicos y orgánicos, en etapas ya avanzadas un daño neurológico severo e incluso, hasta la muerte. Existe, debido al contagio, un evidente deterioro en la persona afectada, deterioro tanto físico como anímico, además, si bien tiene tratamiento, este también afecta al organismo del ser humano debido a los posibles efectos secundarios a largo plazo de los componentes del tratamiento del VIH, dentro de los cuales podemos encontrar el debilitamiento de los huesos (osteoporosis), lesión nerviosa (neuropatía periférica), lesión en el hígado (hepatotoxicidad), enfermedades cardíacas, diabetes o resistencia a la insulina, efectos relacionados con la salud mental, incluso insomnio, depresión y pensamientos de suicidio, entre otros.

Según la definición realizada por la Organización Mundial de la Salud, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>3</sup>. Definición adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en New York, que entró en vigencia el 7 de abril de 1948 y que hasta el día de hoy no se ha modificado.

## 2. ¿Salud individual o salud pública?

Habiendo determinado que el bien jurídico protegido en el contagio de VIH es la salud, nos quedaría una discusión en el tintero y es que la pregunta crucial es si se trataría de un delito que atenta contra la salud individual o la salud pública, y en esto implica *per se*, clasificarlo en si debe ser considerado como un delito de lesiones o un delito de peligro.

En este tipo de delitos la diferencia principal es que los delitos contra la salud individual son de resultado a diferencia de los delitos que atentan contra la salud pública, que son delitos de peligro.

Si consideráramos que se inserta dentro del catálogo de delitos contra la salud pública, como bien jurídico se refiere a la salud de aquel sector de la población que puede verse en el futuro afectado por el efecto de la difusión incontrolable del contagio generalizado del VIH, propagándose al peligro que supone este delito para la libertad sexual y la salud de los individuos afectados. Sin embargo, no compartimos esta postura, ya que estar a favor de esta presupone que las personas que padecen del virus de inmunodeficiencia humana prácticamente no podrían mantener relaciones sexuales y además se les impondría un castigo aun cuando no exista certeza de que ocurrió un efectivo riesgo de contagio, haciéndolos responsables de futuros contagios de los cuales el agente pierde total control, circunstancias que, bajo nuestro punto de vista, atentan contra principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Es así como lo plantea también el profesor José Luis Guzmán Dálbora quien menciona que la ley penal funciona “como un llamado de atención a los enfermos, para que éstos se abstengan de mantener relaciones

---

<sup>3</sup> Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. <[http://apps.who.int/gb/DGNP/pdf\\_files/constitucion-sp.pdf](http://apps.who.int/gb/DGNP/pdf_files/constitucion-sp.pdf)> [consulta: 22 de agosto de 2019].

sexuales bajo circunstancias que su patología hace peligrosas y mientras de ello no tenga noticias aquel sujeto que puede resultar afectado, caso que el concúbito se consume”<sup>4</sup>.

Si consideramos que sería un delito que afecta la salud individual, entonces se insertaría en el párrafo 3 del título VIII del Código Penal, cuyos tipos se diferencian según el resultado que causen y su punibilidad está regulada por la gravedad del resultado. Es decir, delitos de lesión, y estos son los que corresponden a aquellos que, para su perfeccionamiento, o sea, su consumación, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger”<sup>5</sup>, es decir, la exigencia que se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico. Es por este argumento que creemos que el contagio de VIH estaría dentro de la clasificación de delitos contra la salud individual, y que ,por lo tanto, implicaría que se constituiría como un delito de lesión, debido que, además del análisis esgrimido en contra de la posición que consideraría el contagio de VIH como un delito de peligro, debemos agregar que el hecho de que se considere como un delito de peligro sería problemático respecto de la faz subjetiva del delito ya que se albergaría “una especie de presunción de existencia del peligro, que por lo mismo priva a la noción de peligro de toda función en la estructura del tipo”<sup>6</sup>, es decir, existiría una inseguridad respecto del tipo.

### **III. TERCER CAPÍTULO: AUSENCIA DE TIPIFICACIÓN DEL CONTAGIO Y EL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO PENAL.**

#### **1. Ausencia de tipificación e intentos de proyectos de ley sobre infecciones venéreas**

En nuestro ordenamiento jurídico penal no existe, al menos hasta ahora, la figura criminológica del contagio de VIH, sin embargo, a lo largo de los años, incluyendo el siglo pasado, se ha intentado introducir mediante proyectos de ley la figura que castiga el contagio de

---

<sup>4</sup> Guzmán Dálbora, José Luis. *El derecho penal chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual. Doctrina, estudios, notas y comentarios* N° 180, año 1995. Doctrinas esenciales, Gaceta Jurídica Derecho Penal, tomo II, año 1976-2010. P. 637.

<sup>5</sup> Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2005, P. 329.

<sup>6</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas, Tomo II. Control social y otros estudios*. Ara Editores, 2005, Perú, P. 309.

infecciones de transmisión sexual, incluso antes de que apareciera el Virus de Inmunodeficiencia Humana, que a nuestro parecer debería estar tipificada.

El primer proyecto que se intentó introducir en nuestro sistema penal, que incluyó el delito de contagio venéreo y nutricio, fue el de Erazo-Fontecilla en 1929, que en esa fecha fue toda una novedad, este proyecto contendría el delito en el libro II, de la parte especial, en los artículos 96 al 99. Más adelante, lo incluiría también el proyecto del código de Silva-Labatut, de 1938.

Como reforma parcial, a la fecha se conocen 2 proyectos que han aspirado a consagrar el contagio de infecciones de transmisión sexual como delito independiente y distinto de las lesiones, a saber, el primero fue presentado por el senador Florencio Durán, en el año 1938, y se llamó “Proyecto Sobre Transmisión De Enfermedades De Transcendencia Social”. Posteriormente, y ya en el año 1939, ingresa al Congreso Nacional otro intento, el cual tenía por nombre “Proyecto De Ley De Contagio Venéreo y De Certificado Prenupcial”, y quien presentaría este proyecto sería el médico y ex presidente de la República, don Salvador Allende Gossens.

Tuvo que pasar mucho tiempo, de hecho 53 años, para que el día 17 de noviembre de 1992, ahora con el VIH conocido mundialmente y que por lo tanto en este caso se incluiría la transmisión de este, ingresara el proyecto N° 864/07<sup>7</sup>, por parte de la senadora Laura Soto González y el senador Hernán Vadanovic Schanake, quienes propondrían la siguiente reforma:

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

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

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

---

<sup>7</sup> Cámara de Diputados de la República de Chile. <[http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=1669&prmBL=864-07](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1669&prmBL=864-07)>. [consulta 28 de septiembre de 2019]

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

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

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

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

Este proyecto fue rechazado y enviado a archivo el día 7 de junio de 1995, después de 3 años de entrar al Congreso Nacional.

Más adelante, y ahora en el año 2006, se introdujo otro proyecto de ley N° 4364-07<sup>8</sup>, dirigido por las diputadas Laura Soto González y Denise Pascal Allende, que proponía la modificación de los artículos 397 y 398 del Código Penal, al igual que el proyecto que intentó introducir la misma Laura Soto en 1992, incluyendo el contagio de enfermedades venéreas como una de las formas de comisión del delito de lesiones, por lo que bajo la lógica del proyecto se permitiría punir el contagio venéreo como delito doloso o culposo. Este proyecto le da importancia al consentimiento como eximente de responsabilidad penal, y es que basado en la libertad individual se logra un correcto orden del ejercicio de la actividad sexual y la intimidad de la pareja humana. Deja, además, esta acción penal como privada.

Este proyecto de ley es prácticamente igual al anterior, y queda de la siguiente forma:

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

---

<sup>8</sup> Cámara de Diputados de la República de Chile. <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=4753&prmBoletin=4364-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4753&prmBoletin=4364-07)>. [Consulta 28 de septiembre de 2019].

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

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

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

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

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

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

El profesor José Luis Guzmán Dálbora comenta que la redacción de este proyecto de ley es un total acierto, bajo el argumento que esgrimió en su trabajo, el cual citamos anteriormente, en el que menciona que “entendemos que se trata de que la ley penal sirva como llamado de atención a los enfermos, para que éstos se abstengan de mantener relaciones sexuales bajo circunstancias que su patología hace peligrosas y mientras de ello no tenga noticia aquel sujeto que puede resultar afectado, caso que el concubito se consume”<sup>9</sup>. El profesor José Luis resalta dos características de este proyecto, y es que configura las lesiones como tipos de formulación libre y, además, sanciona el contagio venéreo. Sin embargo, y a diferencia de la postura del profesor José Luis Guzmán Dálbora en la que señala que la redacción del proyecto es un total acierto, no nos parece que esta sea un acierto en su totalidad, debido a que, y en primer lugar, el proyecto

---

<sup>9</sup> Guzmán Dálbora, José Luis. *El derecho penal chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual. Doctrina, estudios, notas y comentarios* N° 180. Gaceta Jurídica Derecho Penal, Tomo II, 1995, P. 637.

de reforma en el artículo 398 hace referencia al periodo explícito en el que tiene que pasar, y es el “que se encuentra en el que pueda efectivamente transmitirla”, por lo que acotaría el contagio sólo a este lapso, en consecuencia, sería muy difícil configurar este delito. Y en segundo lugar, hace un énfasis directo en “poner peligro a su vida o a su salud”, por lo tanto, acudiríamos al mismo argumento que hemos dado anteriormente, respecto de por qué no aceptar el tipo de contagio de VIH como un delito de peligro, ya que el hecho de que se castigue el mero acto de poner en peligro, considero que estaría atentando al sistema garantista en el que estamos insertos, es extremadamente difícil darle hilo a este delito como un delito de peligro, en el que se condenaría a una persona sólo por el hecho de poner en riesgo de contagio a otro, sin verificarse propiamente tal un perjuicio o daño, que sumado al medio de comisión, haría la prueba de este difícil de encontrar.

Lo anterior sin considerar, a nuestro parecer, la crítica más importante que se le puede hacer a este proyecto de ley además de la temporalidad y el hecho de que se considera el contagio como un delito de peligro, y es que para que se encuentre en el periodo en el que pueda efectivamente transmitir el virus de inmunodeficiencia humana se le impone, al agente, una carga de prueba adicional y además restringe el contagio sólo a aquel que se produce por la vía sexual, es decir, sólo manteniendo relaciones sexuales, obviando esta redacción, y como hemos indicado en un principio de este trabajo, el hecho de que existen otras posibilidades de poder transmitir el VIH, como lo es la mala implementación de tratamientos médicos, mediante jeringas o transfusiones de sangre, por ejemplo.

Finalmente, este intento de proyecto no se hace cargo, en lugar alguno, del artículo 316 del Código Penal, que puede parecer contradictorio con el artículo 398 que se intenta ingresar con la reforma, debido a que un mismo hecho podría encuadrarse en dos normas, que tienen penal totalmente distintas y se podría provocar un concurso real de delitos, que concluirían en una pena totalmente desproporcionada.

Respecto de incluir el consentimiento como causa de atipicidad, en cuanto al posible contagio vía acceso carnal, nuestra postura es la conteste con la doctrina redactora del proyecto, es decir, debido a que la persona, en este caso, portadora del virus de inmunodeficiencia humana, ha sido lo debidamente diligente informándole a su pareja sexual que esta portadora de VIH, la



pareja sexual es libre de elegir y decidir si va a consentir la relación sexual, por lo tanto y en definitiva, podemos traer a colación dos argumentos a este caso:

- a. No podemos limitar la libertad sexual de una persona, privándole el acceder sexualmente a otra si esta así lo desea, al menos no a una persona mayor de 14 años.
- b. Si bien existe una postura contraria a la expuesta anteriormente, que afirma que, si bien hay consentimiento, que el bien jurídico protegido sea la salud individual implica que una infección de transmisión sexual causaría serias lesiones al organismo que incluso pueden derivar en la muerte, pasaría a considerarse base del libre desarrollo del ser humano y que por lo tanto no podría disponerse de estos bienes con tanta liviandad y libertad. Tenemos que enfatizar que las lesiones autoinfligidas en nuestro ordenamiento jurídico no están tipificadas por lo que no existe una sanción para quien se exponga a esta situación, en consecuencia, podríamos afirmar que el consentimiento de quien no es portador bajo el conocimiento de la situación configuraría una eximente de responsabilidad para el portador de VIH.

## **2. ¿Puede entenderse integrado el contagio o transmisión de VIH en el artículo 398 de nuestro Código Penal?**

Esta es, a nuestro parecer, la discusión más importante que rodea el estudio de nuestro trabajo, y es que hay una postura que efectivamente considera que la transmisión de VIH, o las infecciones venéreas como se ha visto en otros trabajos, está contenido dentro del artículo 398 de nuestro Código Penal y, por otra parte, existe otra doctrina no conteste con la que acepta la integración del contagio dentro del artículo mencionado que afirma que no puede considerarse la transmisión dentro de la figura delictiva del artículo 398 del Código Penal chileno.

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

o bebidas nocivas. Así, “quien se sabe portador de una grave enfermedad (VIH), no comunica este hecho a su pareja sexual y no adopta las medidas de precaución médicamente indicadas (condones), administraría (con dolo eventual o al menos culposamente) sustancias nocivas que causan una enfermedad a una persona que quizás no habría consentido libremente de conocer dicha enfermedad”<sup>10</sup>. Por otra parte, y siguiendo la tesis que abarca el contagio de infecciones de transmisión sexual dentro del artículo 398 del Código Penal, don Mario Garrido Montt, comparte esta postura al manifestar que los “virus transmisibles” del contagio venéreo, “podrían asimilarse a las sustancias nocivas y si son suministrados dolosamente y causan una enfermedad grave o gravísima, quedarían comprendidos en este tipo penal<sup>11</sup>”.

Los autores que mencionamos anteriormente comienzan de la base de que lo transmitido en la infección de transmisión sexual, es una sustancia nociva, lo que dista mucho de lo que pasa realmente. Descartamos, lamentablemente, la tesis que integra el contagio del virus de inmunodeficiencia humana en el artículo 398 del Código Penal debido a que, en primer lugar, el ordenamiento jurídico penal chileno se basa en un concepto de salud restringido, y que, por lo tanto, bajo esta concepción no se puede castigar un delito de lesiones si no está expresa y textualmente tipificado en nuestro Código. En segundo lugar, y afirmándonos de nuestro primer argumento, también descartamos la tesis de los profesores Politoff, Ramírez y Matus en consecuencia del tenor literal de la norma, y es que según la Real Academia Española, se entiende como “sustancia” el “ser, esencia o naturaleza de algo, jugo que se extrae de ciertas materias alimenticias o caldo que con ellas se hace, aquello que permanece en algo que cambia, aquello que constituye lo más importante de algo, valor y estimación que tiene las cosas, hacienda, causal de bienes, componentes nutritivos de los alimentos, juicio de madurez, realidad que existe por sí misma y es soporte de sus cualidades o accidente, consomé, alimento elaborado con leche, huevo, azúcar, que se da a personas convalecientes<sup>12</sup>” y por “nocivo” entendemos: “dañoso, pernicioso, perjudicial<sup>13</sup>”. Por lo tanto, por sustancia podríamos entender muchas cosas, sin embargo, la causa de una infección de este tipo no es cualquier sustancia, esto porque tiene una

---

<sup>10</sup> Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Editorial Jurídica, Santiago, año 2004, P. 139-141.

<sup>11</sup> Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, parte especial, Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, año 2007, p. 165.

<sup>12</sup> Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=Cad4vsT15DXX2FAvv9MN>> [consulta 04 de octubre de 2019].

<sup>13</sup> Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=nocivo>> [consulta 04 de octubre de 2019].

configuración determinada. Estamos hablando del contagio del virus de inmunodeficiencia humana, que de hecho puede, a la larga, pasar a ser el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), y este virus está compuesto por estructuras vivas que no pueden ser consideradas meras sustancias. La sangre u otros fluidos son sólo el medio de transporte de estos virus y bacterias, que no es nociva en sí misma, sino en cuanto susceptible de producir el contagio a través de estos microorganismos patógenos.

Considerando lo expuesto anteriormente es que estimamos que cuando el artículo 398 del Código Penal hace mención de las sustancias nocivas, este no comprende los virus y bacterias de esta infección, sino más bien hace referencia al veneno o aquellas sustancias que según las situaciones particulares de los casos podrían, eventualmente, causar lesiones graves.

Por otro lado, e igual de importante que lo que hemos mencionado, también tenemos que hacer un hincapié en el verbo rector, el cual consiste en “administrar”, y siguiendo nuestro argumento del tenor literal de la norma, “administrar” según la Real Academia Española, significa “gobernar, ejercer autoridad o el mando sobre un territorio y sobre personas que lo habitan, dirigir una institución, ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes, desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad, suministrar, proporcionar o distribuir algo, conferir o dar un sacramento, aplicar, dar o hacer tomar un medicamento, graduar o dosificar el uso de algo para obtener mayor rendimiento de ello o que produzca mejor efecto<sup>14</sup>”, por lo tanto, detectamos que no se trata de un verbo rector aplicable al caso del contagio de VIH que estamos analizando, ya que como sabemos, y aunque no sea el único, el medio de contagio principal por antonomasia es la vía sexual, después le siguen el contagio por heridas abiertas, por contacto con la sangre, etc. Entonces decimos que no es que una bacteria o virus se proporcione, distribuya o suministre como alguien que entrega algo. No obstante lo anterior, para Sergio Politoff, Francisco Grisolí y Juan Bustos, el concepto de este término “no puede subordinarse a los significados que ofrece el diccionario” “el sentido no puede ser otro que el que impone la lógica del texto” y se basaría en “la acción de introducir en el organismo de la víctima, aun usándola a ella como autor inmediato o material, por cualquier vía, la sustancia nociva, sea que se emplee en la violencia, engaño y aún con el conocimiento y hasta el consentimiento expreso del

---

<sup>14</sup> Diccionario de la Real Academia Española. [en línea]. <<http://lema.rae.es/drae/?val=administrar>>. [consulta 04 de octubre de 2019].

paciente<sup>15</sup>”, esta es una postura que consideramos criticable, ya que el concepto de las palabras las da el diccionario y no la lógica, y sabemos que en primería instancia tenemos que acudir a una interpretación literal, según el uso general de las mismas. Si uno de los fines del artículo es que se entendiera introducido de cualquier forma la sustancia nociva, es decir, que también se entendiera incorporado el contagio de VIH, se debió haber señalado con toda claridad, ya que el concepto, como lo hemos anticipado y analizado anteriormente, no es sinónimo de administrar y atienden los dos a conceptos diferentes.

Cabe destacar que, hay autores que van más lejos y que estando de acuerdo con incluir dentro de esta figura del artículo 398 del Código Penal, es decir, el contagio de VIH, manifiestan no estar de acuerdo con que incluya la figura culposa, por lo que proponen en casos de contagio con culpa castigarlo a título de abuso de credulidad o flaqueza de espíritu<sup>16</sup>.

Es por lo anteriormente expuesto que llegamos a la conclusión de que efectivamente, como hemos analizado, no se puede entender consagrado el contagio de VIH dentro del artículo 398 de nuestro ordenamiento jurídico y es por aquello que es menester regularizar este hecho, que como también hemos expresado en un comienzo de este trabajo, ha tenido un alza sumamente importante en los últimos años en nuestro país. Sin embargo, la tipificación, propiamente tal de este delito es un tema que vamos a analizar más exhaustivamente más adelante.

#### **IV. CUARTO CAPÍTULO: TIPO PENAL QUE SE QUIERE INTRODUCIR CON EL PROYECTO DE LEY MEDIANTE EL ARTÍCULO 398 BIS DEL CÓDIGO PENAL.**

##### **1. El proyecto de reforma de ley que tipificaría el contagio de VIH.**

Además de los proyectos que mencionamos en el capítulo anterior, el día 11 de abril del 2018 ingresa como moción por parte de los diputados Juan Manuel Fuenzalida y José Antonio Coloma

---

<sup>15</sup> Politoff, Sergio; Grisolia, Francisco; Bustos, Juan. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2001. P. 222.

<sup>16</sup> Politoff, Sergio; Bustos, Juan; Grisolia, Francisco. *Derecho Penal Chileno. Parte especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Segunda Edición*, Santiago, 1993, P. 225.

el proyecto de ley que Modifica el Código Penal para tipificar como delito el contagio del virus del VIH, boletín N° 11686-07.

Dicho proyecto, que lleva casi dos años ingresado, no ha tenido ningún tipo de movimiento en la Cámara de Diputados y de acuerdo con lo expresado por ambos diputados, el “proyecto de ley establece una figura delictual, castigando penalmente al que a sabiendas de ser portador del SIDA contagie con esta enfermedad a otra u otras personas.”<sup>17</sup>.

Este proyecto de ley cambia la forma en la que se presenta la tipificación, haciéndose cargo sólo del contagio de VIH, a diferencia de todos los proyectos anteriores ingresados al Congreso. De conformidad con lo anterior, el proyecto ingresado por Juan Manuel Fuenzalida y José Antonio Coloma, queda redactado de la siguiente forma:

Artículo Único: Incorpórese un nuevo artículo 398 bis en el Código Penal de acuerdo con el siguiente texto:

“El que a sabiendas de ser portador del virus del VIH y que se encuentra en el periodo de que puede efectivamente transmitirlo, contagiare o pusiere en peligro la vida o salud mediante relaciones sexuales a otra persona sin contar con su conocimiento o anuencia, se le aplicara la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio”.

Podemos decir, respecto del boletín y del proyecto, que, si bien se intenta tipificar esta figura particular como un delito, tiene cierto tipo de falencias que a nuestro parecer hacen que consideremos que este proyecto sea muy erróneo y es que:

1. En primer lugar, respecto de lo que se presenta en el contenido del boletín N° 11686-07, es decir, la parte que señalamos en un principio de este capítulo, cuando los diputados señalan que “de acuerdo a lo anterior el presente proyecto de ley establece una figura delictual, castigando penalmente al que a sabiendas de ser portador del SIDA contagie con esta enfermedad a otra u otras personas.”<sup>18</sup>, se evidencia una confusión con los conceptos, esto porque como hemos explicado en un comienzo de esta investigación, el

---

<sup>17</sup> Cámara de Diputados (2018): Modifica el Código Penal para tipificar como delito el contagio del virus del VIH, cometido en las condiciones que indica. Boletín N° 11686-07. Primer trámite constitucional, 17 de abril de 2019.

<sup>18</sup> Cámara de Diputados (2018): Modifica el Código Penal para tipificar como delito el contagio del virus del VIH, cometido en las condiciones que indica. Boletín N° 11686-07. Primer trámite constitucional, 17 de abril de 2019.

VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana) es totalmente diferente al SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida), y es que este último es la enfermedad en la que puede terminar el VIH por falta de diagnóstico y por falta de tratamiento. Es por esto, y aunque se corrige en el proyecto propiamente tal, que el concepto adecuado es “VIH” y no “SIDA”.

2. En segundo lugar, y ahora yéndonos directamente al proyecto de ley, se pueden criticar falencias que a nuestro parecer también podíamos identificar en los proyectos anteriores, y es que se hace referencia a un periodo de tiempo explícito que es “el periodo que puede efectivamente transmitirlo”, por lo que, como el proyecto anterior, acotaría el contagio sólo a este momento en el tiempo, esto significa que sería difícil configurar este delito.

Al igual que los últimos dos proyectos que se presentaron, este también hace hincapié en “poner peligro la vida o salud”, es decir, entendería el contagio de VIH como un delito de peligro, por lo tanto, acudiríamos a los mismos argumentos que hemos dado en el transcurso de este trabajo, respecto de por qué no apoyamos que el contagio de VIH se configure como un delito de peligro, y es que el hecho de que se castigue el mero acto de poner en peligro estaría vulnerando el sistema garantista en el que se encuentra inserto nuestro ordenamiento jurídico. Además, cabe destacar que en que en la misma información que se da en el boletín señala que se configura como un delito de lesiones, por lo tanto, se dan ideas contradictorias dentro de la presentación del proyecto.

Este proyecto señala específicamente que el contagio se produce sólo “mediante relaciones sexuales”, por lo que limitaría el castigo sólo a una forma de transmitir la infección, en circunstancias en que, como hemos abordado en un inicio de esta investigación, existen muchos más puentes de contagio, como lo es la mala utilización de instrumentos médicos como las jeringas, por ejemplo. Esto, sin mencionar que es un poco más entendible esta falencia en los proyectos anteriores debido a que en ellos se buscaba tipificar el contagio de infecciones de transmisión sexual, entendiéndose dentro de ellas no sólo al VIH sino al espectro de infecciones de transmisión sexual, a diferencia de este último proyecto que intenta tipificar sólo el contagio de VIH.

Tampoco se hace cargo de una de las críticas que consideramos más importante, y es que para que se encuentre en el periodo en que se pueda efectivamente transmitir el VIH se le impone, al agente, una carga de prueba adicional.

Es por el análisis y los argumentos anteriormente esgrimidos que consideramos que el proyecto ingresado el 2018 y su redacción no llenan el vacío que existe actualmente en nuestra legislación en materia de contagio venéreo del VIH, y es que, como hemos mencionado anteriormente, es un avance el hecho de que ingrese un proyecto de ley de esta materia al Congreso, sin embargo, podemos evidenciar la cantidad de falencias analizadas, que bajo nuestra perspectiva, podrían generar tanto vulneración a los derechos de las personas que sean portadoras de VIH como dejar impunes a aquellas otras personas que contagien el VIH mediante otro tipo de medios infecciosos, y por lo tanto, dejar desprotegidas a aquellas eventuales víctimas que sean contagiadas por estos otros tipos de medios. Incluso, cabe destacar que, este proyecto es prácticamente un copiar y pegar de los proyectos antiguos, esto debido a que la redacción es casi exactamente igual, sólo cambiaría el hecho de que en esta ocasión se tipifica sólo el contagio de VIH, no así la generalidad de las infecciones de transmisión sexual.

## **V. QUINTO CAPÍTULO: DE LA INTENCIONALIDAD EN LA CONDUCTA**

Este es, quizás, uno de los puntos más importantes de esta investigación, y es que tenemos que encuadrar si la conducta que queremos que eventualmente se tipifique en nuestro ordenamiento jurídico penal se puede constituir sólo bajo los parámetros del dolo o si cabe la posibilidad de que se pueda perpetrar también bajo otros parámetros.

Para esto, es menester poder hacer la distinción entre dolo y culpa, y, además, subclasificarlo también en sus ramas de dolo directo y dolo eventual, y culpa consciente e inconsciente respectivamente.

### **1. El dolo y la culpa**

Definiremos el dolo “el conocimiento del tipo penal, acompañado de la voluntad de querer realizarlo, o a lo menos, aceptar su realización”. Entonces, quien actúa dolosamente es el que sabe lo que hace y quiere hacerlo, por lo tanto, el sujeto activo debe saber los hechos que realiza. Así mismo, podemos distinguir, principalmente, dos clases de dolo:

- i. Dolo directo: corresponde a aquel en que el auto ve el resultado como cierto, es decir, sé perfectamente que disparar a alguien en el corazón tiene como resultado su muerte.
- ii. Dolo eventual: corresponde a aquel en que el sujeto ve el resultado sólo como probable, por ejemplo, si empujo a alguien de la escalera no tiene por qué ser mortal, sin embargo, hay posibilidades de que muera. Estamos hablando de un modo menos intenso de querer, pero lo acepta para el caso de que se produzca.

Por otra parte, nos encontramos con la culpa, la cual podemos definir diciendo que actúa culposamente el que al menos pudo prever el influjo de su conducta u omisión en el mundo circundante, aunque esperaba que no se produjese. La culpa, al igual que el dolo, también se puede distinguir en dos tipos:

- i. Culpa consciente: en este tipo de culpa, el sujeto prevé el resultado que eventualmente se puede ocasionar. En esta clasificación vemos una omisión de la debida diligencia, pero además vemos la esperanza de que no se produzca el influjo imprudente de la conducta.
- ii. Culpa inconsciente: en este tipo de culpa, aunque el sujeto haya podido prever, no hace. Aquí estamos frente a una imprudencia culposa, esto significa que, por ejemplo, no quise ser imprudente porque ni se me pasó por la cabeza que estaba cometiendo una imprudencia.

Además, cabe tener clara la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, debido a que estas dos figuras tienden a confundirse. La diferencia con respecto al dolo eventual y la culpa prevista está en cómo reaccionan los autores del tipo penal al resultado de la acción, y es que en el primer caso, el autor acepta el resultado para el caso en que se produzca, por ejemplo, un conductor que maneja a alta velocidad sin importarle el atropellar a alguien o no, a diferencia de la culpa prevista donde el autor viendo el resultado como probable, no lo acepta, es decir,



espera que este no se produzca, por ejemplo, un conductor que va a alta velocidad para llegar pronto a casa no quiere herir o matar a nadie.

## **2. Consciencia en la eventual ilicitud del contagio de VIH**

La pregunta clave que cabe hacernos en este momento es ¿sería justo que una persona que no está consciente de ser portador o portadora de VIH fuese condenada por contagiar dicho virus? No cabe ninguna duda que debería condenarse la conducta bajo las hipótesis del dolo directo y dolo eventual, sin embargo, ¿podría caber la posibilidad de que se consuma el delito bajo la hipótesis de la culpa?

Sobre este particular, nos inclinamos por dejar fuera de esta conducta la culpa inconsciente, esto porque no se puede condenar lo que no se sabe, o algo de lo que no se es consciente, sin embargo, surge la duda de ¿qué pasa con la culpa prevista?

Sea cual sea el grado de culpabilidad que se considera suficiente para imponer responsabilidad, el principio de conciencia material es fundamental en el derecho penal: para ser considerada responsable de un delito, una persona tiene que haber comprendido el carácter material de su comportamiento. La persona que no comprende la naturaleza de su comportamiento no puede decirse que tenga la mente culpable necesaria para una sanción penal. En el presente contexto, esto significa, cuando menos, que una persona acusada que tiene relaciones sexuales sin protección, transmite o corre el riesgo de transmitir el VIH, debe ser consciente de su estado serológico respecto al VIH para que pueda imputársele responsabilidad penal:

Sería injusto castigar a una persona sobre la base de la simple ignorancia. Además, no es realista confiar en que la penalización de la transmisión del VIH modifique el comportamiento de un individuo que no es consciente de su infección. Si no se requiere conocimiento (de la infección por el VIH) para constituir delito, la sombra de responsabilidad penal penderá sobre la cabeza de toda persona que no haya recibido un resultado negativo en la prueba del VIH<sup>19</sup>.

Lo que también indica es que, para ser considerado penalmente responsable, la persona VIH-positiva tiene que comprender que el VIH es un virus transmisible y cómo se transmite: es

---

<sup>19</sup> Turner, Alan. Criminal Liability and AIDS. Auckland University Law Review 1995; 7: 875-895: en p. 889. 43

decir, esa persona tiene que comprender que su comportamiento conllevaba el riesgo de causar un perjuicio personal infectando a otra persona. Tanto si el derecho penal se aplica a la transmisión/exposición al VIH promulgando una legislación específica o por medio de la aplicación judicial de delitos ordinarios, no es justo sancionar penalmente a una persona que no tiene conocimiento de que con su comportamiento puede perjudicar a otro, a menos que pueda decirse que ha habido negligencia grave en su falta de conocimiento del riesgo.

Persiste gran cantidad de información errónea y de malentendidos acerca de la transmisión del VIH. A un nivel pragmático, esto refuerza la necesidad de precaución en el uso del derecho penal, para no contribuir a tal confusión procesando una conducta que no conlleva ningún riesgo significativo de transmisión. A un nivel ético, también pone énfasis en la necesidad de moderación evitando la penalización en el caso de los individuos que no son conscientes de que su comportamiento conlleva un riesgo; en tales circunstancias, el objetivo de prevenir la transmisión del VIH exige educación, no procesamiento<sup>20</sup>.

## **VI. SEXTO CAPÍTULO: CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA FIGURA PENAL SOBRE CONTAGIO DE VIH**

Como hemos analizado y dado a entender a lo largo de este trabajo, es necesario que en nuestra legislación se incorpore un tipo que busque castigar el contagio de VIH y que además no deje ningún tipo de vacío que pueda dejar impune a quienes merecen ser procesados por esta conducta y tampoco deje sin acceder a la justicia a personas que han sido víctimas de este accionar.

### **1. Lege ferenda del contagio de VIH en Chile.**

Para generar, al menos para nosotros, un buen proyecto que pueda incorporar todos los factores necesarios que consideramos importantes para el tipo penal y, además, subsane los

---

<sup>20</sup> ONUSIDA de la ONU (2002): Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: Un documento de opciones de política. Disponible en: [http://data.unaids.org/publications/irc-pub02/jc733-criminallaw\\_es.pdf](http://data.unaids.org/publications/irc-pub02/jc733-criminallaw_es.pdf). Fecha última consulta: 15 de febrero de 2020.

errores que a nuestro parecer padece el proyecto de ley ingresado al Congreso el año 2018, nos vamos a alimentar de la base del mismo proyecto para articular la propuesta que creemos es adecuada para tipificar el delito, y es que el proyecto ingresado el 2018, como vimos anteriormente, advierte lo siguiente:

“El que a sabiendas de ser portador del virus del VIH y que se encuentra en el periodo de que puede efectivamente transmitirlo, contagiare o pusiere en peligro la vida o salud mediante relaciones sexuales a otra persona sin contar con su conocimiento o anuencia, se le aplicara la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio”<sup>21</sup>.

Nuestra propuesta para un eventual proyecto de ley sería la siguiente:

“El que a sabiendas de ser portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), lo transmitiere mediante relaciones sexuales a otra persona sin contar con su conocimiento o anuencia, se le aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Misma pena se aplicará a quien contagiare por otras vías de transmisión el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

No se aplicarán las penas del inciso anterior a la madre que transmitiere el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) por vía perinatal.”

Esta propuesta llenaría los vacíos más importantes que, bajo nuestra perspectiva, dejó el proyecto ingresado el año 2018, los cuales son, como hemos mencionado anteriormente, el hecho de que el acceso carnal no es la única vía de transmisión del virus y que, como también esbozamos en capítulos anteriores, a nuestro parecer no debería considerarse dicha conducta como un delito de peligro, sino sólo de lesiones.

## **2. Privacidad del proceso penal.**

Un punto que no podemos pasar por alto es el que apunta a que el diagnóstico del estado de VIH es confidencial, es así como lo regula el artículo 5° de la Ley N° 19.779 que establece

---

<sup>21</sup> Cámara de Diputados (2018): Modifica el Código Penal para tipificar como delito el contagio del virus del VIH, cometido en las condiciones que indica. Boletín N° 11686-07. Primer trámite constitucional, 17 de abril de 2019.

normas relativas al Virus de Inmunodeficiencia Humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas.

Por lo tanto, el resultado y estado positivo del portador del virus es una información personalísima que incluso podríamos considerar un dato personal, lo cual está regulado y protegido como un derecho fundamental en el artículo 19 número 4 inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República, es por lo mismo que ahora cabe hacernos la pregunta ¿qué pasa con el medio probatorio en caso de que se quiera acceder a la información de si el imputado, en el caso correspondiente, es efectivamente portador de VIH?

La respuesta a esta interrogante se encuentra en el artículo 289 del Código Procesal Penal, el cual prescribe que “La audiencia del juicio oral será pública, pero el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley:

- a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia;
- b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, y
- c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá.”

De modo que, el tribunal puede declarar la privacidad del proceso para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de la persona de la cual se accede a la información mediante el oficio al servicio de salud correspondiente y así se mantenga la confidencialidad del presunto portador.

## VII. SÉPTIMO CAPÍTULO: EL CONTAGIO DE VIH EN OTRAS SEDES JURÍDICAS

Nuestro país sigue estando un paso atrás cuando hablamos del ámbito normativo del contagio de VIH, y es que no ha sido tema de discusión en ninguna de las sedes jurídicas insertas dentro de nuestro ordenamiento.

Sin embargo, desde hace unos años a la fecha hemos encontrado rastro de lo que ha sido el reconocimiento del contagio o posible contagio de VIH. En nuestro país lo podemos visualizar, al menos, en dos áreas del ordenamiento jurídico y estas son el Derecho Civil y el Derecho Penal (en materia de circunstancias modificatorias de la pena).

### 1. En el Derecho Civil<sup>22</sup>.

La primera vez que hubo una iniciativa con consecuencias jurídicas en Chile fue recientemente en el año 2018, cuando se destapó que un médico viñamarino estaba, al parecer, contagiando de VIH a hombres, quien concretaba encuentros casuales mediante la aplicación de celular “Grindr”. Fue su pareja de ese entonces, con quien mantuvo una relación entre diciembre de 2016 y mayo de 2017, que descubrió que el médico compartía mensajes con un grupo de desconocidos y que se jactaba de propagar intencionalmente el VIH, entre otras infecciones de transmisión sexual. Un examen le revelaría luego que él mismo había contraído el virus.

Cuando la víctima supo que había contraído el VIH y se percató de que la única persona que pudo haberle contagiado el virus era su ex pareja, decidió tomar acciones legales en contra de este último, sin embargo, estas acciones legales sólo pudieron ser en sede civil, debido a que esta conducta no se encuentra tipificada como delito y sólo se puede perseguir una sanción por esto en sede civil, sea tanto por daño moral como por daño emergente en caso de que se de la posibilidad.

Fue un juzgado civil de Viña del Mar el que conoció sobre este asunto.

---

<sup>22</sup> Miranda, B. and Matus, A. (2019). Demandan a médico acusado de transmitir el VIH en forma intencional. [online] The Clinic - Reportajes, noticias, podcast, videos y humor. Disponible en: <https://www.theclinic.cl/2019/07/18/demandan-a-medico-acusado-de-transmitir-el-vih-en-forma-intencional/>. Fecha última consulta: 15 de enero de 2020.

## 2. En el Derecho Penal<sup>23</sup>.

Por otra parte, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, el año 2019, condenó a 10 años de presidio efectivo a un hombre de 35 años, quien en noviembre del 2018 ingresó al departamento de su vecina y la violó, a sabiendas de que era portador del virus del VIH.

Según se acreditó en el juicio, a las 07:35 horas del 7 de noviembre de 2018, el agresor ingresó al departamento de la mujer, aprovechando que se encontraba sola, la amenazó con un cuchillo, la golpeó en distintas partes del cuerpo y la accedió carnalmente por vía vaginal y bucal, mediante la fuerza e intimidación. En un descuido del agresor, la mujer escapó desnuda y solicitó auxilio a una vecina. Al concurrir Carabineros, encontró al sujeto oculto en el entretecho del inmueble, con 160 mil pesos que la víctima le ofreció para que no la violara.

En este caso en particular, no se condenó al sujeto por contagiar a la víctima, sino que se le aplicó una agravante por poner en riesgo la salud de la individuo. Así fue como el fiscal Miguel Rojas Thiele, de la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía de Temuco, destacó que el tribunal consideró en la sentencia, como agravante, que el violador cometió el delito sexual pese a estar en conocimiento de que padecía VIH, lo que suponía un adicional y evidente riesgo de contagio para la mujer.

"Fue acreditado en el juicio, mediante distintos medios probatorios, que hace una cantidad de tiempo considerable él estaba en conocimiento de que padecía esta patología y, sin embargo, comete el delito. Dicha situación fue considerada debidamente por el tribunal al momento de determinar la pena, en cuanto a la extensión del mal causado, y bajo esa perspectiva entendió que la pena que merecía el imputado era la de 10 años de privación de libertad", dijo Rojas.

Este fue el primer indicio que tuvo la judicatura en nuestro país en materia de contagio de VIH, sin embargo, cabe destacar en el caso particular que al victimario se le aplicó la agravante sólo por el hecho de poder en peligro la salud de la víctima, es decir, se estaría considerando,

---

<sup>23</sup> Cooperativa.cl. (2019). Portador de VIH que asaltó y violó a su vecina fue condenado a 10 años de cárcel. [online] Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/policial/delitos-sexuales/portador-de-vih-que-asalto-y-violo-a-su-vecina-fue-condenado-a-10-anos/2019-08-21/114416.html>. Fecha última consulta: 15 de enero de 2020.

como hemos explicado anteriormente, que esta conducta sería una conducta de peligro y no así de resultado.

## VIII. OCTAVO CAPÍTULO: EL CONTAGIO DE VIH EN EL DERECHO COMPARADO.

El hecho de que estemos haciendo una investigación sobre la ausencia de tipificación de contagio de VIH no es algo innovador para el mundo, y es que hay más de 50 países a nivel mundial que ya han tipificado esta conducta, dentro de los cuales encontramos más de 10 de estos que se ubican entre América y el Caribe.

Cabe destacar que los sistemas legales que han incorporado esta conducta tienen muchos elementos en común, es decir, comparten el hecho de tener un tratamiento médico obligatorio para el portador del virus, deber de denuncia por parte del médico del sujeto infectado, sancionando la omisión de denuncia y la penalidad del contagio venéreo. Son muchos los países que han tipificado este delito, a diferencia de Chile, que en la palestra se queda como uno de los pocos países que aún no lo ha hecho.

Es por lo anterior, que a continuación describiremos, de forma breve, algunos de estos modelos de los que hablamos.

### 1. Brasil<sup>24</sup>.

El Código Penal Brasileño le da tanta relevancia al tema del contagio de infecciones de transmisión sexual que tiene un capítulo independiente sobre el contagio venéreo. Corresponde al título I, sobre “Los crímenes contra las personas”, capítulo III, “Del peligro de vida y la salud”, donde se refiere al peligro de contagio venéreo, junto con otros delitos como el abandono de las personas, omisión de socorro y malos tratos.

El artículo 130 del Código Penal Brasileño advierte que se castigará el contagio de enfermedades venéreas a través de relaciones sexuales o acto lascivo, al que sabe o debía saber

---

<sup>24</sup> Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [en línea]. <[www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf](http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf)> [consulta: 09 de noviembre de 2019].

que está contaminado, dependiendo del dolo con el que se actúa la pena que corresponderá aplicar en cada caso.

También dispone, en los artículos 131 y 132, una figura de peligro y es que se refiere al peligro de contagio de una enfermedad grave, así en el artículo 131, castiga con una pena de reclusión de 1 a 4 años y multa a quien con el fin de contagiar una enfermedad grave de la cual está contaminado es capaz de producir el contagio.

Por otro lado, el artículo 132 de dicho Código, castiga a quien expone la vida o la salud de otras personas para ocasionar un peligro inminente, con la pena de prisión de 3 meses a un año, si el hecho punible en cuestión no constituye un delito o conducta típica más grave.

## **2. España<sup>25</sup>.**

Fue el Código Penal Español de 1928 el que introdujo como delito de propagación maliciosa de enfermedades en general y, por primera vez, el delito de contagio venéreo. Este fue uno de los pioneros entre los delitos contra la salud pública y el segundo entre los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas.

Posteriormente el gobierno republicano preparó un proyecto para la lucha antivenérea en los años 1931-1932 cuyo precepto punitivo fundamental apuntaba a que el que mantenga relaciones sexuales a sabiendas de estar infectado por una infección de transmisión sexual en periodo contagioso será castigado con penas de 6 meses a 2 años y multa, a no ser que el Código Penal imponga a los hechos una sanción más alta. Además, la omisión de denuncia a la autoridad sanitaria del abandono de tratamiento por parte del infectado se configuraba como una infracción administrativa y se autorizaba la hospitalización forzosa para los refractarios al tratamiento.

En la reforma del Código Penal, la cual data en el año 1958, se introdujo el artículo 348 bis, que contiene el delito de propagación maliciosa de enfermedades. Este se encuentra, geográficamente, dentro de los últimos delitos en contra de la salud pública y la redacción versaba sobre que el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será

---

<sup>25</sup> Arroyo Zapatero, Luis, La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA. Derecho y salud, vol. 4, num.2, julio-diciembre de 1996, pp. 210 y ss.



castigado con una pena de 6 meses a 6 años. Sin embargo, los tribunales considerando el nivel de intención de causar el mal, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad pudiese causar podrán imponer la pena superior inmediata, es decir, de 6 años a 12 años, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere un delito más grave. Este artículo, fuera de ser muy criticado por la doctrina, no tuvo aplicación por parte de los tribunales y es que si construcción técnica presenta algunas falencias, por ejemplo, la exigencia de propagación de la enfermedad debía además ser maliciosa.

Tratándose exclusivamente de la transmisión dolosa del Virus de Inmunodeficiencia Humana, este constituía delito de lesiones graves, ya que con la reforma de 1989 se eliminó la limitación de los medios típicos de causación.

Actualmente, en España no existe un tipo específico de contagio del Virus de Inmunodeficiencia Humana, sin embargo, la criminalización de conductas que supongan la transmisión de este virus se puede encuadrar en el delito de lesiones. Es el título tercero del libro segundo del Código Penal Español, en sus artículos 147 y siguientes.

En efecto, el artículo 147 señala que comete delito de lesiones:

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

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

Luego, el artículo 149 del Código Español encuadra las lesiones agravadas al sostener que:

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

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.”

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

“1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1. Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratase de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.
2. Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratase de las lesiones del artículo 149.
3. Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratase de las lesiones del artículo 150. [...]”

Es necesario traer a colación que los tribunales españoles, han venido resolviendo respecto de la culpabilidad del autor o de la autora que ésta se determina según si usó o no algún tipo de protección para evitar el eventual contagio, es decir, por ejemplo, el uso de preservativos como condones (femeninos o masculinos), esto para los tribunales es decisivo para verificar si la persona en cuestión actuó con dolo o con culpa<sup>26</sup>. Si la persona que es portadora de VIH no

---

<sup>26</sup> Sentencia (2011): sobre recurso de casación N° 1218/2011, se pronunció por estimar que se configuraba en los hechos, un delito de lesiones graves dolosas, teniendo en consideración, que el acusado, “tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente

utiliza preservativo, se presume por lo general, que en el caso concurre, al menos, dolo eventual y no culpa. La Culpa es considerada en la mayoría de los casos en que, habiendo usado preservativo, éste se rompe en el acto sexual<sup>27</sup>.

### 3. Argentina<sup>28</sup>.

El Código Penal argentino, tipificó específicamente en el artículo 202, la siguiente figura:

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

En el caso de la redacción del artículo, hablamos de un delito de peligro contra la salud pública, que abarca un espectro extenso de enfermedades, explicitando sólo el hecho de que sea peligrosa y contagiosa, lo que incluso remarcaría la amplitud del espectro.

Luego, nos encontramos con el artículo 203 del Código Penal Argentino, que se refiere a la misma conducta cuando fuere cometida con imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes de su cargo, imponiéndose una pena de prisión si resultara el hecho en enfermedad o muerte, o en su defecto, una pena de multa. En este artículo

---

se ocasionaran, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativos. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran el contagio cuya representación resultaba obligada para su agresor, como lo evidencia el hecho de que conscientemente, y para seguir manteniendo esas relaciones, omitió informar a su víctima de que era portador de una enfermedad que se contagia con ese tipo de relaciones, como así sucedió.” Roj: 7857/2011, (2011): Supremo Tribunal de Madrid, sala de lo penal 4 junio 2004, [En línea] <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>> [consulta: 06 de noviembre de 2019].

<sup>27</sup> Sentencia (2011): se señala que la utilización de preservativos, “no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la acusación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado. No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1 2º del Código Penal, por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida), respecto de la conducta descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por el acusado, era no sólo evitable sino sin duda también previsible.” Roj:3527/2011, (2011): Supremo Tribunal de Madrid, sala de lo penal 6 junio 2011. [En línea]. <<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>>\_ [consulta: 06 de noviembre de 2019]

<sup>28</sup> Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [en línea] <[www.iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf](http://www.iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf)> [07 de noviembre de 2019]

se pueden incluir a los médicos o personal de la salud en su práctica profesional, cuando se incurre en una violación del deber de cuidado.

Podemos comparar este artículo con el artículo 316 de nuestro Código Penal, es que ambos caen en la abstracción, esto debido a que ambas redacciones son en lo absoluto específicas, como lo hemos analizado anteriormente. Además, en el caso del Código Penal Argentino, el artículo 202 de este deja en la impunidad aquellos casos en los que el resultado sea categorizado como lesión menos grave o de menor entidad, ya que exige que dicho resultado sea una enfermedad grave o la muerte.

Las normas aplicables en caso de que resultaren lesiones por un contagio son las que corresponden al Capítulo I, Título II del Código Penal Argentino sobre “Lesiones”, así, el artículo 89 de dicho Código dispone que “se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.”.

Es menester destacar que este Código, al igual que el nuestro, distingue entre integridad corporal y salud, dejando libres las formas comisivas, sin embargo, no las restringe como el nuestro y con esto nos referimos al “herir, golpear o maltratar de obra”, con lo cual el hecho de constituir lesiones en Argentina, no se limita como la de nuestro ordenamiento jurídico, expresando que la única exigencia es que cause un daño. Tanto corporal como en la salud.

Asimismo, la pena varía según la lesión provocada, es así como lo sostiene el artículo 90 del Código Penal Argentino, y es que este prescribe que “se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente en la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro”.

El artículo 91 de este mismo Código agrava este delito, agregando que ““Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la

capacidad de engendrar o concebir”. Este es el artículo en el que se concentrara, en ocasiones, el delito de contagio venéreo.

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

En el caso del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, existe una regulación especial en Argentina, la cual corresponde a la Ley N° 23.798, la cual abarca todo lo que se refiere al SIDA, es decir, desde los puntos de vista éticos, médicos, sanitarios, sociales y jurídicos. Cabe destacar que según lo que prescribe el artículo 1° de esta Ley, la lucha contra el SIDA se declara una materia de interés nacional.

Finalmente, es menester traer a colación que el inciso cuarto del artículo 119 del Código Penal Argentino establece una circunstancia agravante para los delitos de abuso sexual y violación, la letra c) de este artículo dispone que “si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiese existido peligro de contagio [...]”, se aumentará la pena de 8 a 20 años de reclusión o prisión. Esta agravante constituye una figura de peligro, es decir, no es necesario que la víctima haya sido infectada con la infección de transmisión sexual, sólo se exige en el tipo que el autor del delito tuviere conocimiento de ser portador de esta, aumentando considerablemente la pena.

#### **4. Estados Unidos<sup>29</sup>.**

Son más de 30 estados de Estados Unidos los que tienen regulación sobre la conducta de personas que viven con VIH, dentro de los cuales se encuentran: Alabama, Alaska, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas,

---

<sup>29</sup> Estatutos criminales sobre transmisión del VIH en los Estados de U.S.A [en línea] <<http://thebody.com/content/art6936.html>> [consulta: 09 de noviembre de 2019].

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

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

California especifica en su normativa que, además de castigar el peligro del contagio, este se da por en no uso de protección o preservativos, el portador debe saber que se encuentra infectado y debe actuar con la intención de contagiar, es decir con dolo, sin revelar su estado de VIH. Cabe agregar que el ordenamiento jurídico de California contempla una circunstancia agravante para quien cometa un delito sexual a sabiendas de ser portador de VIH en el momento de la comisión, agravándose el castigo a tres años por cada violación, además de la pena prevista para el delito sexual en sí.

El estado de Arkansas establece el contagio venéreo como delito de peligro, y además de esto, la norma de Arkansas establece como formas de cometer el delitos la transferencia de sangre o productos de sangre o por tener relaciones sexuales, cunnilingus, felación, el coito anal, o cualquier otra intrusión, por insignificante que sea, de cualquier parte del cuerpo de una persona o de cualquier objeto en las aberturas genitales o anales del cuerpo de otra persona, sin antes haber informado a la otra persona de la presencia del VIH.

En el estado de Florida, está prohibido para quien vive con VIH acceder carnalmente a otra persona, salvo que el o la portadora le haya informado a la otra persona el hecho de ser VIH positivo y a su vez ésta hubiere dado el consentimiento al acto sexual.

Por otra parte, Iowa es el estado con la legislación más grave en materia de transmisión de VIH hasta el 01 de mayo de 2014. La política de Iowa, desde hace 16 años, castigaba a cualquier persona que se encontrara contagiado de VIH y que expusiera a otra persona sin revelar su estado positivo.

De acuerdo con información del Departamento de Salud Pública de Iowa, este estado ocupa el segundo lugar en cantidad de juicios respecto de este tema, el primero es Tennessee.

Las intenciones de reformas esta legislación se puso en marcha desde el año 2009, dirigido por defensores de la comunidad VIH/Hepatitis de Iowa Red y otros 12 profesiones del área de la salud de Iowa y organizaciones interesadas. El archivo N° 2297 del Senado, redefine los delitos para la transmisión del VIH, también de la hepatitis, la tuberculosis y la enfermedad meningocócica e introduce un sistema escalonado de la sentencia con variantes según si hay o no intención y transmisión. También incluye la defensa en los tribunales, después de un régimen de tratamiento y asesoramiento de un médico y ya no requiere registro de delincuentes sexuales.

En julio de 2010, la Casa Blanca anunció un cambio importante en su política sobre el VIH / SIDA; la "Estrategia Nacional de VIH/SIDA para los Estados Unidos", afirmó que la persistencia y la ejecución de este tipo de leyes (de criminalizar la infección del VIH) es ir en contra de la evidencia científica sobre las vías de transmisión del VIH y pueden socavar los objetivos de promoción de la salud pública. Respecto a la prueba 2008, escrito por Scott Burris y Edwin Cameron, juez sudafricano, que señalaba: "El uso del Derecho penal para hacer frente a la infección por VIH es inadecuado, **excepto en raros casos en que una persona actúa con intención consciente de transmitir el VIH y lo hace**".

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

## **CONCLUSIONES.**

1. Es un hecho que el Virus de Inmunodeficiencia Humana, como estudiamos en esta investigación, es una infección que puede generar diversas consecuencias en la persona portadora de este, sobretodo si no se accede a la asistencia de salud correspondiente a tiempo. Que, además de lo anterior, en los últimos años ha incrementado exponencialmente el número de infectados en nuestro país, convirtiéndose Chile en el país latinoamericano con mayor tasa anual de nuevos contagios.

2. Sosteniéndonos de lo anterior, advertimos que es menester en nuestro ordenamiento jurídico y deber del legislador que se consagre expresamente tal acto como una conducta delictiva, ya que el hecho de que no exista un tipo penal que castigue dicho comportamiento implica *per se* que no exista protección del bien jurídico vulnerado, por lo tanto, nos encontraríamos con un conjunto de personas que no tendrían acceso a la justicia porque no hay crimen ni pena sin ley.
3. Sobre el particular, respecto de la eventual tipificación de la conducta, nos inclinamos porque el bien protegido en el contagio de VIH sea la salud individual, por lo tanto, consideraríamos dicho delito como un delito de lesiones, lo que implicaría también que sea considerado como un delito de resultado.
4. Que, de tipificar esta conducta en nuestro ordenamiento jurídico daríamos un gran paso para las políticas públicas de nuestro país, considerando que este comportamiento es un hecho que ya no podemos pasar por alto y es una realidad que tiene que ser enfrentada cuanto antes. Además, no podemos dejar de lado el hecho de que la mayor cantidad de personas afectadas por el contagio son hombres, de los cuales gran parte corresponden a la comunidad de disidencias sexuales en Chile, esto porque, como analizamos en un inicio de este trabajo, el medio de contagio más común es mediante relaciones sexuales y que quienes son más propensos a contraer el VIH, según se ha expresado en estudios, son los hombres pasivos dentro de la relación sexual. Comunidad que, por lo demás, ha sido históricamente invisibilizada a lo largo de nuestra historia, no permitiendo que personas quienes se reconozcan con distintos géneros u orientaciones sexuales accedan correspondientemente a los derechos que la Constitución y los Tratados Internacionales les han conferido.



## **BIBLIOGRAFÍA.**

### LIBROS:

- 1) Bustos Ramírez, Juan (2005): *Obras Completas, Tomo II. Control social y otros estudios*. Ara Editores, Perú.
- 2) Chomalí, Fernando (2005): *Aspectos científicos y éticos de la epidemia del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)*, Santillana, Santiago de Chile.
- 3) Garrido Montt, Mario (2005): *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
- 4) Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, parte especial, Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, año 2007, p. 165.
- 5) Guzmán Dálbora, José Luis (1995): *El derecho penal chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual. Doctrina, estudios, notas y comentarios N° 180*. Doctrinas esenciales, Gaceta Jurídica Derecho Penal, Santiago de Chile.
- 6) Politoff, Sergio; Bustos, Juan; Grisolí, Francisco. *Derecho Penal Chileno. Parte especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Segunda Edición, Santiago, 1993, P. 225.
- 7) Politoff, Sergio; Grisolí, Francisco; Bustos, Juan (2001): *Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- 8) Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
- 9) Sepúlveda, Cecilia; Afani, Alejandro (2002): *SIDA*. tercera edición, Mediterráneo, Santiago de Chile.

### ARTÍCULOS:

- 1) Arroyo Zapatero, Luis (1996): *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*. En Derecho y salud, vol. 4, núm. 2. Pp. 210-218.
- 2) Turner, Alan (1995): *Criminal Liability and AIDS*. Auckland University Law Review. Pp. 875-895. 43

### DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS:

- 1) Cámara de Diputados de la República de Chile. <[http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=1669&prmBL=864-07](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1669&prmBL=864-07)>. [consulta 28 de septiembre de 2019]
- 2) Cámara de Diputados de la República de Chile. <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=4753&prmBoletin=4364-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4753&prmBoletin=4364-07)>. [Consulta 28 de septiembre de 2019].
- 3) Cooperativa.cl. (2019). *Portador de VIH que asaltó y violó a su vecina fue condenado a 10 años de cárcel*. Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/policial/delitos-sexuales/portador-de-vih-que-asalto-y-violo-a-su-vecina-fue-condenado-a-10-anos/2019-08-21/114416.html>. Fecha última consulta: 15 de enero de 2020.
- 4) Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=Cad4vsTl5DXX2FAvv9MN>> [consulta 04 de octubre de 2019].
- 5) Diccionario de la Real Academia Española. [En línea] <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=nocivo>> [consulta 04 de octubre de 2019].
- 6) Diccionario de la Real Academia Española. [en línea]. <<http://lema.rae.es/drae/?val=administrar>>. [consulta 04 de octubre de 2019].
- 7) Estatutos criminales sobre transmisión del VIH en los Estados de U.S.A [en línea] <<http://thebody.com/content/art6936.html>> [consulta: 09 de noviembre de 2019].
- 8) Miranda, B. and Matus, A. (2019). *Demandan a médico acusado de transmitir el VIH en forma intencional*. The Clinic - Reportajes, noticias, podcast, videos y humor. Disponible en: <https://www.theclinic.cl/2019/07/18/demandan-a-medico-acusado-de-transmitir-el-vih-en-forma-intencional/>. Fecha última consulta: 15 de enero de 2020.
- 9) ONUSIDA de la ONU (2002): Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: Un documento de opciones de política. Disponible en: [http://data.unaids.org/publications/irc-pub02/jc733-criminallaw\\_es.pdf](http://data.unaids.org/publications/irc-pub02/jc733-criminallaw_es.pdf). Fecha última consulta: 15 de febrero de 2020.
- 10) Organización Mundial De La Salud (1946): Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en: [http://apps.who.int/gb/DGNP/pdf\\_files/constitucion-sp.pdf](http://apps.who.int/gb/DGNP/pdf_files/constitucion-sp.pdf). Fecha última consulta: 22 de agosto de 2019.

- 11) Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [en línea]. <[www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf](http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf)> [consulta: 09 de noviembre de 2019].
- 12) Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. [en línea] <[www.iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf](http://www.iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf)> [07 de noviembre de 2019]

## JURISPRUDENCIA

- 1) Sentencia del Supremo Tribunal de Madrid (2011): sobre recurso de casación N° 1218/2011, se pronunció por estimar que se configuraba en los hechos, un delito de lesiones graves dolosas, teniendo en consideración, que el acusado, “tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativos. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran el contagio cuya representación resultaba obligada para su agresor, como lo evidencia el hecho de que conscientemente, y para seguir manteniendo esas relaciones, omitió informar a su víctima de que era portador de una enfermedad que se contagia con ese tipo de relaciones, como así sucedió.” Roj: 7857/2011, (2011).
- 2) Sentencia del Supremo Tribunal de Madrid (2011): se señala que la utilización de preservativos, “no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la acusación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado. No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1 2º del Código Penal, por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida), respecto de la conducta

descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por el acusado, era no sólo evitable sino sin duda también previsible.” Roj: 3527/2011, (2011).