MODIFICA LOS ARTÍCULOS 397 Y 398 DEL CÓDIGO PENAL EN RELACIÓN CON EL CONTAGIO DE ENFERMEDADES
BOLETÍN Nº 4364-07

A los múltiples problemas de orden ético, médico y social, que ha planteado el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), que tantas polémicas provoca y que, antes que entregar soluciones, se agotan sólo con el planteamiento de los mismos, deben considerarse algunas situaciones para las cuales el derecho está obligado a entregar une respuesta.

Lo anterior cobra importancia al estimarse que el SIDA, más que un problema de salud individual, representa un problema político que interesa a la sociedad toda, si consideramos el aumento alarmante de los contagiados por este mal, que se encuentran en todos los sectores de la población, ya no sólo en el de aquellos seres marginales como homosexuales, prostitutas drogaditos, sino también, puesto que se conocen de muchos casos de contagio, entre personas heterosexuales y no adictas a drogas.

Por otra parte, el hecho que tal enfermedad sea necesariamente mortal y que hasta el momento la ciencia médica nada puede hacer ante los efectos últimos del mal en el enfermo y por evitar su propagación, es necesario asumir actitudes reguladoras, ya que habrán de pasar varios años antes del descubrimiento de un remedio eficaz o de una vacuna, que son los grandes desafíos médicos del siglo.

De acuerdo con las informaciones que hasta el momento se manejan, esta verdadera pandemia presenta como formas de contagio, las siguientes:

a) Contacto sexual íntimo con un infectado que permite que el semen penetre a través de vías microscópicas al torrente sanguíneo del receptor, en especial por la vía rectal.

b) Contacto con sangre o derivados de sangre contaminada.

c) Embarazo, parto o lactancia de una madre infectada.

d) Donación de órganos infectados, otros tejidos y semen.

e) Transfusión de sangre y componentes infectados.

f) No utilización de material descartable en hemoterapia y cirugía.

g) Endoscopias con instrumental contaminado.

La sola mención de tales vías de contagio lleva a concluir que los problemas a que puede verse enfrentado un ordenamiento legal son múltiples y hacen necesaria que la legislación se vaya adecuando a esta nueva realidad. Sin duda habrá algunos que requieren de planteamientos amplios y de soluciones a un plazo relativamente largo, como es el de la prevención del mal, pero otros, en cambio, necesitan de una respuesta única e inmediata, ya que se han planteado en el ámbito judicial y que por ello requieren del pronunciamiento respectivo, lo que trae consigo la cuestión relativa a una posible solución legal.

En concreto, si se acepta que el SIDA es necesariamente un producto del contagio y que provoca un daño orgánico que irremediablemente lleva a la muerte,¿cuál es el trato legal para quien, sabiéndose portador del mal, acepta una relación que inevitablemente traerá el contagio, sin advertir de ello a la futura víctima?. La situación particular se ha planteado en los tribunales de nuestro país al recibirse denuncias tales como la interpuesta contra un homosexual contagiado que, con plena conciencia de su mal, mantuvo relaciones homosexuales con varias personas, a quienes no advirtió de su enfermedad, porque según expresara “no le interesaba”, con las consecuencias que tal conducta provocara; la magnitud del mal causado, que incluso alcanzó a una mujer y su criatura, hizo necesario plantearse la interrogante en cuanto a que tal conducta no tendría sanción legal alguna y sólo habría que adoptar una actitud pasiva ante semejante atentado.

Similares interrogantes se plantean si se consideran los problemas que pueden darse con las otras formas de contagio que se han señalado, en las que es posible encontrar una conducta dolosa o culposa, frente a la cual es preciso que haya una respuesta del derecho. No se trata de un mero afán de “penalización” frente o una situación social problemática, actitud muy generalizada y de la cual reclaman,

con razón, los penalistas, sino de la manifestación de una inquietud que comienza a preocupar e muchos y que a nadie puede dejar indiferente.

El juez, enfrentado al problema antes reseñado, deberá preguntarse si existe una respuesta en el ámbito de nuestro ordenamiento legal y para ello habrá de abocarse al estudio de las normas atinentes al tema, en particular aquellas contempladas en nuestro Código Penal.

Para entender la solución que podría entregar el Código Penal chileno, es necesario considerar el bien jurídico protegido.

Dentro de los delitos cuyo bien jurídico tutelado es la salud, encontramos aquellos que se refieren a la salud del individuo y a la salud pública. Entre los primeros debemos incluir el delito de lesiones, entendidas éstas como “todo menoscabo de la salud y de la integridad corporal”, en el decir del tratadista Rodríguez Devesa, quien abundando sobre el particular manifiesta que "lo contrario de la salud sería la enfermedad, lo opuesto a la integridad personal sería la falta de algún miembro u órgano corporal. Una enfermedad puede curar sin residuo o dejar defectos en el sujeto que la ha padecido, por consiguiente, por lesión hay que entender tanto las enfermedades físicas como las síquicas, los defectos que provengan de ella y la pérdida de una parte de la sustancia corporal. Los bienes jurídicos protegidos son, pues, la salud y 1a integridad personal” (José María Rodríguez Devesa “Derecho Penal español, parte especial”, novena edición 1983).

Frente a las acciones u omisiones por cuya consecuencia los individuos se vieran afectados por un contagio de SIDA, el Código Penal chileno no establece una hipótesis destinada a hacer punible tales conductas, no sólo porque a la época de su gestación no existía el problema específico, sino porque el artículo 397 estableció en forma precisa el castigo para aquellos que causen lesiones a través de heridas, golpes o maltrato de obra, excluyendo así aquellas acciones u omisiones qué afectan a la salud o a la integridad corporal, a través de otro medio que no sea alguno de los ya mencionados. Hay que concluir entonces que las lesiones ocasionadas por contagio, dolosa o culposamente, se encuentran impunes.

Siguiendo en la consideración de esta normativa penal, es necesario referirse al artículo 398, que

hace aplicables las penas del artículo 397 a los que causaren alguna lesión grave ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu “el tipo gira en torno a dos conductas, una es la de administrar a sabiendas sustancias o bebidas nocivas causando a otro una lesión grave, y la otra, abusar de la credulidad o flaqueza de espíritu causando a otro una lesión grave”, según se expresa en la obra "Derecho Penal chileno, parte especial”, de los profesores Bustos, Grisolía y Politoff, quienes agregan “en lo que concierne el contagio sexual, en su primera parte exige el dolo directo cuando ocupa la frase “a sabiendas” lo que significa eliminar la incriminación del contagio culposo, pero en la segunda hipótesis se ha pensado por la doctrina minoritaria, que el artículo 398 es enteramente abierto en lo que respecta a los medios (principalmente morales, pero en caso alguno sólo estos), por lo que bastaría la causalidad y su presupuesto síquico: el abuso de la credulidad y flaqueza de espíritu. En tal evento sí es admisible el dolo eventual y hasta la culpa".

El planteamiento anterior implicaría acudir a una interpretación progresiva que no es bien mirada por la doctrina, porque por dicha vía se atenta contra el principio de la legalidad, pilar fundamental del Derecho Penal que garantiza a los ciudadanos el no ser castigado por un delito que se haya establecido con posterioridad.

Tampoco resultaría aplicable en la especie el artículo 399 del Código que se refiere a las lesiones menos graves, toda vez que parten del supuesto antes indicado, esto es, lesiones causadas por acciones de herir, golpear o maltratar de obra, solución que no se lograría ni aún considerando las dos hipótesis del artículo 398 del mismo Código, para el caso que fueran aplicables a esta figura de las lesiones menos graves.

En consecuencia, debe concluirse que los delitos establecidos en la legislación chilena, para proteger la salud individual o la integridad corporal, no incluyen en sus verbos rectores la posibilidad que las lesiones que atenten en contra de la salud, sea física o mental, se causen por otros medios que no sean los señalados, descartándose así el contagio doloso (directo o eventual) y con mayor razón, el contagio culposo del SIDA.

En directa relación con la cuestión planteada, debe recordarse que problemas semejantes se

suscitaron con motivo de los contagios venéreos, llegándose a concluir que debía configurarse una figura delictual que sancionara semejantes conductas, estimándose por parte del profesor Luis Cousiño MacIver, que tal delito debía referirse al contagio de una enfermedad en general y no sólo al contagio venéreo.

El tratadista Rodríguez Devesa antes citado, comentando el contagio venéreo en relación con los delitos de lesiones, manifestó que “la jurisprudencia ha declarado que constituyen lesiones los menoscabos de la salud ocasionados en estos delitos por la transmisión de una enfermedad venérea al cometerla. De esta manera se abrió paso en la práctica española el delito de contagio venéreo, no reconocido en la legislación y que no puede fundamentarse sino en una interpretación analógica en contra del reo y, por tanto, prohibida, ya que los medios en las lesiones están legalmente predeterminados, y lo son, herir, golpear o maltratar de obra a otro, administrarle, a sabiendas, sustancias o bebidas nocivas a la salud y abusar de su credulidad o flaqueza de espíritu.

Sobre este mismo particular, preciso es considerar las reflexiones hechas por el profesor Luis Jiménez de Asúa en su libro “Libertad de amar y derecho a morir”, donde señala que a veces un contagio venéreo sexual puede ser más grave que una lesión ocasionada por un revólver o puñal, pues el herido podrá recobrar su salud al cabo de unas semanas o de unos meses, podrá contraer matrimonio, fundar una familia que perpetúe su estirpe y el trágico episodio se irá borrando poco a poco de su memoria, pero el que fue afectado de lúes, acaso ve amargada su vida, deshecha las posibilidades de una familia, destruida la generación futura. El doloroso trance deja, a menudo, una huella que nunca se olvidará. Agrega que tales circunstancias lo llevaron a recomendar en el Primer Congreso Latinoamericano de Criminología, celebrado en Buenos Aires en 1938, la necesidad de incluir en las legislaciones de los países que no lo contengan, el delito de contagio venéreo, sexual y extrasexual, doloso o culposo, estimando que debía configurarse un delito de peligro, cuando por dolo o culpa se haya transmitido realmente a una persona el mal que padecía el que yació con ella. Agregaba que si todos los tipos de infracción fueran creados de nuevo “convendría configurar la transmisión de males contagiosos como delito de peligro y dar a las lesiones, dolosas o culposas, la estructura conceptual necesaria para qué configurara en ellaa el contagio de esas dolencias.

Las consideraciones anteriores cobran plena validez en la actualidad ante el problema del SIDA y son muchos los que se inquietan frente al drama de su expansión, por lo que una solución legislativa es más que urgente ante este caso puntual, que no considerara el problema de las lesiones en general, por las muchas complicaciones que el mismo presenta, pero que a lo menos diera una salida legal, para lo cual, siguiéndose el Derecho Penal español, resulta pertinente la modificación de los artículos 397 y 398 de nuestro Código Penal, que en la práctica se han tornado inaplicables y han carecido de eficacia para la protección del bien jurídico, lo que queda en evidencia si se considera que la casuística sobre el mismo es escasa.

La modificación del artículo 397 que proponemos aparece conveniente porque permite castigar el contagio venéreo como delito culposo (cuasidelito), de manera perfectamente delimitada. Sobre el inciso final del artículo 397, que se sugiere agregar, es del caso reconocer en cuanto al contagio venéreo se refiere, la conveniencia de que el consentimiento de la víctima constituya una eficaz eximente, en resguardo de la libertad individual en orden al ejercicio de la actividad sexual y la intimidad de la pareja humana. Y, por otra parte, basándose en los mismos principios, se establece el ejercicio de la acción en el sentido que el delito sólo puede ser perseguido por querella de la víctima, salvo en los casos de tratarse de un menor o un incapacitado, para lo cual debe hacerse aplicable el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, con esta redacción, no sólo queda resuelto el problema penal que suscitan los contagios venéreos u otros, sino también el de las formas y medios de ejecución del delito en general, comprendiendo sin lugar a dudas la comisión por omisión y los llamados medios morales, esto es, los de acción psíquica.

En relación al artículo 398, se propone un delito de peligro concreto (sólo doloso y no puede ser culposo), con el objeto de corregir la actitud de la ciudadanía en el sentido de contener sus deseos si padece de alguna enfermedad transmisible, obligándola a ponerla en conocimiento de su pareja y esperar su anuencia. Esta modificación recoge un anhelado deseo de los juristas en orden o acoger el peligro del contagio del Sida, que no constituye una enfermedad venérea pero sin lugar a dudas es una enfermedad transmisible mediante relación genital o trato carnal y por lo mismo puede producir lesiones por contagio

venéreo en el sentido de la aceptación latina de la palabra que admite el concepto de deleite sexual, (yacer, está tomado como trato carnal, según acepción del Diccionario de la Lengua Española) por lo tanto, incluye todas las formas posibles de relaciones.

Creemos que son muchos los problemas, que requieren especial regulación, creados por la aparición del Sida en nuestra sociedad, uno de ellos es que el diagnóstico de portador del Virus V.I.H., aún en etapas asintomáticas, conduce a una situación de inestabilidad laboral que frecuentemente termina en despido. Esta situación necesita un expreso pronunciamiento legislativo en el sentido de prohibir, por regla general, que el test ELISA/V.I.H. sea requisito pare el ingreso a una actividad laboral, establecer su reserva o secreto y fijar además un fuero laboral para quienes padecen de la enfermedad. Otras iniciativas que es posible implementar dicen relación con la modificación de la legislación que regula la jubilación por invalidez y con el establecimiento de procedimientos especiales que normen la relación del sidoso con las instituciones de salud. Por último, es imprescindible decir algo al personal de salud que participa en la atención directa y frecuente de pacientes sidosos, dictando normas que incentiven y protejan a estos trabajadores. Nuestra pretensión en esta moción es promover la discusión sobre una de las aristas del tema que necesita un urgente pronunciamiento.

Por todo lo expuesto venimos en presentar el siguiente

PROYECTO DE LEY

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

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

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

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

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

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

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

Denise Pascal Allende

Diputada.

Laura Soto González

Diputada