

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
VI SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 1993



**“ANÁLISIS JURÍDICO DOGMÁTICO DE LA CONDUCTA DEL
CONTAGIO DEL SIDA EN LA NORMATIVA PENAL SALVADOREÑA”**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

LUIS ERNESTO ALBEÑO SALAS

MARIO DENNIS BRUNO ARIAS

JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ

DIRECTOR DEL SEMINARIO

LICENCIADO DAVID OMAR MOLINA ZEPEDA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2004.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE - RECTOR ACADÉMICO

ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICE - RECTORA ADMINISTRATIVA

LIC. CARMEN ELÍZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL INTERINA

LIC. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA NÓCHEZ DE ALDANA

VICE - DECANO

LIC. ÓSCAR MAURICIO DUARTE

SECRETARIO

LIC. JOSÉ RODOLFO CASTRO ORELLANA

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. DAVID OMAR MOLINA ZEPEDA

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS TODOPODEROSO,

Por todas las bendiciones derramadas en mí, por ser la luz y mi camino en los momentos de tribulación y porque me llevó de la mano en los momentos de alegría y me cargó en las pruebas más difíciles.

A MIS PADRES,

Que han sido las bases de mi formación, que me apoyaron incondicionalmente en mis estudios y que siempre han creído en mí cuando pocos lo hacían.

A MI NOVIA,

Por ser la persona que más me soporta, quien me conoció en momentos de duda, quien ha estado junto a mí en la hora de los buenos aires, pero sobre todo en los malos tiempos, que es donde más ha relucido el amor que me tiene.

A MI HERMANO,

A quien pocas veces agradezco y por el contrario debo mucho, porque siempre espera más de mí y es mi principal detractor, cuando vienen las adulaciones.

A NUESTRO ASESOR,

Por hacernos sentir durante este tiempo sin esa frecuente e irascible relación entre asesor y estudiante para dejarnos ser nosotros mismos, guiándonos con esa amplitud de pensamiento que sólo quien sabe enseñar puede manifestar.

Y a todos aquellos que no he nombrado pero que guardo en el corazón y en la mente porque me han permitido ser un poco mejor de lo que antes fui, a quienes entrego sólo derechos de autor, un siete en el corazón y un mar de dudas...

Luis Ernesto Albeño Salas.

A quienes amo, quiero, necesito y agradezco:

Cuando se alcanza un triunfo suele suceder que en el fragor del mismo se quiera agradecer a todos por todo. No es que el egoísmo sea en mí una virtud, sino al caso un defecto virtuoso, que me permite sentir que a pocos tengo que agradecer mucho, y a muchos nada.

Para empezar, a un ser superior a todo lo que existe, que no puede ser monopolizado por nadie ni está maniatado a religión alguna, ni se encierra en ideologías ni en morales falsas, ser al que llamaré DIOS, no por costumbre, como otros, sino con el pleno convencimiento que hay algo más que sólo palabras vacías de los traficantes de la fe (cómo los detesto), alguien que se manifiesta en cada segundo del tiempo, en cada lugar, en cada latir de todos los corazones del mundo, en la vida que existe gracias a él, desde la que hoy nace hasta la que mañana se apagará, como la mía.

*Antes de agradecer a mis padres les pido disculpas, tanto papel y tinta no hay en este mundo; que les baste las siguientes palabras a los que me sacaron del anonimato perpetuo: a mi madre, **María de la Paz Arias de Bruno**, la por siempre "Pacita", la que cree no saber nada y a la que acuso de enseñarme casi todo, a la señora sencilla que la vida no le permitió jactarse de manejar las santas letras del saber, pero que pudo decirme más que todos los libros con su humildad, la que a mí muchas veces me falta, no es que haya sido mala maestra, el agravio está en que*

soy mal alumno; a la señora con la que puedo conversar tanto tiempo que las horas mutan en segundos, a esa mujer que no sabe de lujos ni oropel, que se conforma con poco pues nunca tuvo mucho, bastándole con aquellos pequeños pero grandes detalles virtuosos que da la vida, aquellos de los cuales muchos ricos carecen y creen no necesitar, pobres ricos; a esa sílfide a la que la mala intención nunca ha contagiado, a esa señora que dentro de su infinita sencillez no se da cuenta lo mucho que me ha dado, por siempre aprenderé de usted mamá.

*Al que fue, sigue y seguirá siendo mi héroe: **Mario Bruno Alvarado**, mi figura, mi ejemplo, mi papá; al hombre que cabalgó en el corcel de hierro toda su vida, a ese ferrocarrilero de cepa pura que le tocó un hijo inexacto como yo, al hombre que recordaré siempre, en la espesura de mis recuerdos de niño, jugando a ser mi caballito, llevándome a los interminables fines de semana de fútbol, paseando en bici hasta el hastío, dándome el consejo sabio, arreglando todo en la casa, acaso un genio sin oportunidad, el que siempre me sorprendió con algo más; ese hombre que sabe hacer de todo e hizo de todo para verme feliz, al hombre que los años no le han agotado la vitalidad y la disponibilidad de estar siempre conmigo, a ese hombre que dejó la fuerza, la vida y trabajó más de lo debido para llevarme lo mejor y que no me faltara nada. A ese hombre que no cosechó un título académico, no por falta de capacidad sino por la*

pobreza y el egoísmo de la vida, pero que ni falta le hace; papá, ya quisieran muchos ser tan hombre como lo es usted. Gracias papá.

*A mi "rival" de destino, a la que el antagonismo genético me permitió tener de hermana: **Thelma Yannette Bruno Arias**, esa muchacha que hizo en orden todo en la vida (de las escasísimas que razonan en tierra de atolondradas), con la que con no poca frecuencia jugamos a no querernos, a la que a pesar de estar entre las personas que más quiero casi nunca florecen palabras de mis labios para decírselo, la costumbre es casi mutua, pero querernos en silencio es casi un ritual de la rutina, si en verdad los hechos son los que prevalecen pues las palabras se marchitan asfixiadas en el viento, pocos (o ninguno) me han dado como tú Thelma y en esto el agradecimiento no es obligado sino necesario y permanente, si lo que apenas he logrado en la vida lleva tu sello ¿Cómo negar que quieres a este tu hermano mitad humano mitad animal?; y por lo tanto, a mí qué me importa que me digan que me quieren si no lo veo, prefiero ser un ciego de las palabras y poder sentir con hechos el amor, y ahí sí que te has mandado Thelma.*

*Quiero tomarme el tiempo (insuficiente de todas maneras) para agradecer a una mujer muy especial: **Dorian Georgina Flores González**; siempre ahí cuando la necesito, a la que aguanta con estoicismo todo el lado bruno de mi ser con especial y único cariño, a la que comprende sin yo explicar; a la que ahora se ríe de pensar cuánto nos detestábamos en*

un principio por culpa de los flamantes Euros (ella y yo entendemos). Ella, la consejera de este su bellaco compañero, gracias a su equilibrio incólume e inteligencia privilegiada (esta última de sobra, del mismo clan de mi hermana); ella, cuya ternura se guarda para unos pocos, ¡qué dicha estar entre ellos!; ella, cuyo raciocinio es superior al promedio y que con ella eclipsa mis arrebatos; a esa amiga que por estar siempre conmigo, prueba la felicidad con mi felicidad y la amargura del dolor con mi dolor. Con toda razón te puedo decir que para este maltratado humano existe un solo elixir: tu ternura y cariño, y si falta más, tu ternura y cariño otra vez. Dorian, sólo te puedo decir, que sin ti nada es igual, gracias por poder tenerte a mi lado.

A mis compañeros y amigos desde tiempos académicos inmemorables: José Miguel Vásquez López y a Luis Ernesto Albeño Salas; qué decir de estos dos, los dos un caos, los dos serenidad.

Empecemos con José Miguel, cuyo estandarte es la jovialidad con ratos de alma iracunda, al que tiene de camarada al empeño; a este muchacho a cuyo corazón lo atrapó la mocedad lo que le permite brindar siempre una fresca amistad; el que se queja a cada rato de no saber lo suficiente y no se percata que en su avidéz de gnosis ya superó a muchos (¿cómo hacerte entender?). A ti te debo el favor de haberle impregnado terquedad a lo último de este esfuerzo para lograr finiquitar un sueño que de a poco se convertirá en realidad, este trabajo y los tantos otros del

*pasado están hechos con algo más que tinta y cabeza, ahí va tu preocupación, tu desvelo, tu ahínco, tu tiempo, tus ganas de ganar y un enorme etcétera. Te tengo que agradecer también, esa honestidad para señalar lo que está mal, pocos lo hacen, si a caso sólo los buenos y verdaderos amigos, eso ha ayudado tanto en nuestros trabajos académicos como en mi propia vida, por eso debo decir que son pocos como tú, estás entre los mejores. Asimismo, no puedo dejar de agradecer a otras dos personas sin cuyo apoyo y disponibilidad esto no hubiera sido posible: **Don José Miguel Vásquez Cubías y Doña Milagro López de Vásquez**, padres de José Miguel; les agradezco por hacer de su casa mi casa desde un principio, por haberme adoptado como uno más de la familia, créanme que su fineza y amabilidad irán siempre conmigo.*

Cómo no agradecer a Luis Albeño, a ese sujeto al cual la madre naturaleza le dio un poco más de capacidad neuronal que al promedio, a ese que desde principio pintaba como discípulo de la genialidad, capaz de razonar lo irracional, devoto de lo que se hace a última hora quizá con el imperceptible afán de pelear con el destino hasta lo último y ganarle, a este muchacho, amante de los versos de Sabina y sus secuaces, le tengo que agradecer que me enseñase un poco más de lo ya aprendido del mundo jurídico; asiduo como yo lo soy del sarcasmo sin límite del que disfrutamos de cuando en cuando en la respectiva tertulia ¡si supieran nuestros nefastos políticos cuántas veces han sido muertos a puñaladas con el

cuchillo de la criticidad danzando en nuestras cabezas!, te confieso que con poquísima gente se conversa tan a gusto y sustancioso de cualquier tema. Dueño de un acervo de conocimientos gigantesco, es indudable su enorme aporte a todo el trabajo académico que nos demandó los años de universidad y claro está a éste que sirve para culminar nuestra carrera, vaya mi reconocimiento para este muchacho que demuestra a cada momento todo lo que antes ya he dicho.

*Finalmente, y no por que le agradezca menos, quiero agradecer a una persona que son las ganas hechas hombre, al que es la jovialidad andando: **René Mauricio Chacón Cea**, una persona que aparte de tener buen gusto futbolístico (le va también a mi FAS), me ha brindado siempre su apoyo, la disponibilidad de tiempo y su alegría; vaya para él mi reconocimiento total sin nada de escatimas.*

Espero con todas las ansias que el presente trabajo contribuya a herir aunque sea un poco la mediocridad académica que manosea los trabajos similares a este y que se hacen de la manera más irresponsable, no porque este sea el mejor, sino porque en cada letra de su contenido se puso un esfuerzo extra para diferenciarlo de los demás, no por vanidad, sino por dignidad cognoscitiva, la que hace mucha falta hoy día, notándose en cada aula, en cada nota, en cada tesis; el que esto escribe de ninguna manera se jacta de ser el paladín de la sabiduría, mucho menos un vasallo de la inteligencia, pero sí de ser un fiel creyente en la

necesidad que todos debemos tener de saber más, lástima que el hambre en nuestro país (“logro” de la que instancias gubernamentales sí se pueden verdaderamente jactar) sea la principal maestra, y sólo dé tiempo para sobrevivir, matar o morir, nada más; se dice que la pobreza es ignorancia con la espantosa cuota de realidad que en nuestro medio toma, las letras no calman el hambre biológica a corto plazo, por lo tanto ¿saber o comer?, la respuesta es obvia; pero quien piense que la riqueza da necesariamente sabiduría se equivoca de manera aciaga y cretina, los hay de millonarios con miserias mentales y, peor aún, con escasez de espíritu (en una decepcionante e insultante mayoría); la dignidad de los de abajo es lo único que queda, cuando se apague dejaremos de ser lo que pocas veces fuimos: humanos.

Ergo, la clave está en perseguir la sabiduría por siempre, aun sabiendo que nunca será nuestra, ¿Quiénes se apuntan?

Mario Dennis Bruno Arias.

AGRADECIMIENTOS

Todo lo que he logrado en mi vida no ha sido un trabajo fácil, y sería arrogante y soberbio si dijera que todo lo hice sólo sin ayuda de muchas personas que me aman. Se vuelve extremadamente difícil agradecer a todas las personas que me han ayudado, no porque no quiera agradecerles sino porque son tantas que no he podido recordarlas a todas, sin embargo trataré de hacer mi mejor esfuerzo en ésta tarea de agradecimientos, la cual comienzo a continuación:

GRACIAS a JESÚS SACRAMENTADO, pues desde que te descubrí en ese pedacito de pan, Tú has sido mi Amor, mi Pan, mi Paz, mi Vida, mi Razón de existir, mi Ayuda, mi Refugio en las pruebas y necesidades y mi TODO; nada me has negado, y lo que no me has dado es porque sabes que no es bueno para mí; ¿Qué te puedo dar, si Tú me lo has dado todo ya?; Tú me conoces perfectamente, sabes que es lo que hay dentro de mí, conoces mis secretos y mis podredumbres, y también conoces cuánto he deseado el éxito en mi esfuerzo universitario; Por eso, vengo a ofrecerte como humilde agradecimiento ésta tesis que en suma, no responde a mis méritos, sino a tu infinita misericordia y bondad que me has dado en todos éstos años. Hay sentimientos y pensamientos en mí, que la palabra hablada y escrita no las alcanzan a expresar en este momento pero que me queman, por eso lo único que puedo decirte es: GRACIAS.

Gracias a MARÍA AUXILIADORA, porque siempre sentí tu intercesión, por mí que soy indigno de llamarte: MADRE; Tú también siempre estuviste al pie de mi cruz, GRACIAS.

Gracias a mi MADRE y a mi PADRE: MILAGRO DEL CARMEN LÓPEZ DE VÁSQUEZ y JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ CUBÍAS, pues ellos me han acompañado en todas mis alegrías y tristezas, son los héroes anónimos, los que en el silencio hacen cosas grandes y maravillosas, los que no gritan para ufanarse sino que callan para servir y amar. Estoy seguro que siempre han deseado lo mejor para mí, y que no basta sólo con hacer mención de ustedes, porque han sufrido y trabajado para salir de dónde estaban, se han esforzado por mí y me han enseñado el amor por aquel que es el Amor de los Amores. Por eso éste agradecimiento se convierte en un compromiso con ustedes de darles lo mejor que yo pueda lograr en mi vida, pues hoy es el comienzo de mi faena por ustedes, quienes nunca me han pedido nada, más que mi propia felicidad, y créanme mi felicidad es hacerlos felices a ustedes que me aman sin condición y sin interés.

GRACIAS a mi buen AMIGO, Mario Dennis Bruno Arias, quién me ha demostrado su fidelidad en el estudio y su empeño en el trabajo, quién me ha enseñado a pensar en grande en la investigación de las ciencias. Yo te definiría como un apasionado del Saber. Me has enseñado que se puede saber más sin transgredir la humildad y la sencillez de los corazones. Me enorgullezco de ser tu compañero de tesis y de la carrera, y de haber compartido tus retos, triunfos, anhelos..... y hasta tus desgracias y torturas académicas.

No puedo dejar de lado, a mi amigo SAN JUAN BOSCO; nunca te he visto en persona, pero siempre he sentido tu presencia amiga en mis opciones de la vida y percibo que me conoces mucho y sabes de mi interés por los jóvenes; soy fruto de tu Sistema Educativo; te agradezco que hayas

puesto excelentes educadores que marcaron mi forma de ser y mis opciones por la vida: Mi bien recordado Rev. Padre JUAN GIRAUDO, P. ROGER CASTILLO, HNA. LILIAN ORELLANA, MANUEL ANTONIO TORRES, FRANCISCO AGUILA y ROBERTO GANUZA, entre otros que siempre confiaron en mí.

Mis otros amigos, que siempre me han dado un empujón divino: Gracias por su paciencia: mi amigo: ERNESTO LÓPEZ, mi Director Espiritual; Hermana Bessy, P. PACHI LOIDI, mi admirado y diligente P. SAMUEL LARA, el MINISTERIO DE JÓVENES de la RENOV. CARISMÁTICA CATÓLICA "RICALDONE".

A mi compañero Luis Albeño por su generosidad para compartir sus conocimientos conmigo, ya que me sacó de atolladeros jurídicos graves, pero también de algunos no me sacó, y en otros me terminó de enredar, pero igual..... Gracias.

A todos aquellos que no he podido mencionar: GRACIAS AMIGOS.

Este esfuerzo lo dedico a los más pobres y abandonados, con quien tengo un compromiso y misión que Jesús definirá.

JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ.-

ÍNDICE

Página.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

SISTEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1) Ubicación del problema en el contexto social, histórico y económico.....	1
1.2) IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	5
1.3) DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
1.3.1) Delimitación Jurídica.....	9
1.3.2) Delimitación Dogmática.....	9
1.3.3) Delimitación Temporal.....	10
1.3.4) Delimitación Geográfica.....	10
1.4) ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	11
1.5) JUSTIFICACIÓN.....	11
1.6) OBJETIVOS.....	12
1.6.1) Objetivo General.....	12
1.6.2) Objetivos Específicos.....	12
1.7) MARCO DE REFERENCIA.....	12
1.7.1) Marco Doctrinario.....	12
1.7.2) Marco Jurídico.....	17

1.7.2.1) Constitución de la República.....	17
1.7.2.2) Tratados Internacionales.....	18
1.7.2.2.1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	18
1.7.2.2.2) Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	19
1.7.2.3) Código Penal.....	19
1.8) HIPÓTESIS.....	20
1.8.1) Operacionalización de la Hipótesis.....	20
1.9) ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	22

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS PUNITIVAS DE REACCIÓN CONTRA EL APARECIMIENTO DE ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS.

2.1) ETAPA PRE - CIENTÍFICA.....	26
2.1.1) Período Primitivo.....	27
2.1.2) Período de la Antigüedad.....	31
2.1.2.1) El Pueblo Persa.....	31
2.1.2.2) El Pueblo Hindú.....	32
2.1.2.3) El Pueblo Egipcio.....	33
2.1.2.4) El Pueblo Hebreo.....	34
2.1.2.5) El Pueblo Griego.....	34
2.1.2.6) El Pueblo Romano.....	36
2.1.3) La Edad Media.....	37
2.2) ETAPA CIENTÍFICA.....	38

CAPÍTULO III
BREVE ESTUDIO SOBRE EL CUADRO CLÍNICO DEL SIDA.

3.1) ¿QUÉ ES EL SIDA?.....	43
3.2) ETIOLOGÍA Y DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA EPIDEMIA.....	52
3.3 FORMAS DE CONTAGIO.....	65
3.3.1) Vía Sexual.....	70
3.3.2) Vía Sanguínea.....	72
3.3.3) Vía Perinatal.....	74
3.4) FASES DEL DESARROLLO DE LA INFECCIÓN.....	76
3.4.1) Periodo Asintomático.....	77
3.4.2) Periodo Sintomático.....	80
3.5) FARMACOLOGÍA.....	82
3.6) SITUACIÓN DE LA ENFERMEDAD EN NUESTRO PAÍS.....	88

CAPÍTULO IV
**BIENES JURÍDICOS AFECTADOS POR LA CONDUCTA DE
CONTAGIO DEL SIDA Y SUS FORMAS DE PROTECCIÓN PENAL A
TRAVÉS DE LA NORMATIVA JURÍDICA.**

4.1) ACERCA DE LA NECESARIA DELIMITACIÓN DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL CASO DEL CONTAGIO DEL SIDA.....	95
4.2) DEFINICIÓN DE BIEN JURÍDICO Y BIEN JURÍDICO PENAL.....	97

4.3)	LA NORMATIVA JURÍDICA ENFOCADA EN LA CONDUCTA DEL CONTAGIO DEL VIRUS DEL SIDA.....	103
4.3.1)	Derivación Constitucional de las formas protegidas de los bienes jurídicos frente al contagio del SIDA.....	104
4.3.2)	El derecho a la vida desde su fundamentación Constitucional.....	105
4.3.3)	La integridad física como bien de orden constitucional.....	108
4.3.4)	La Salud desde su demarcación constitucional y lo relevante de su tratamiento frente al contagio del SIDA.....	108
4.4)	SINOPSIS SOBRE ALGUNOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CELEBRADOS Y/O RATIFICADOS POR EL SALVADOR Y SU ÁMBITO DE FORMULACIÓN EN EL TRATAMIENTO DEL CONTAGIO DEL SIDA.....	109
4.4.1)	La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	110
4.4.2)	El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	111
4.4.3)	Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	112
4.5)	LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA INFECCIÓN PROVOCADA POR EL V.I.H.	113
4.6)	ÁMBITO DE TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS, BAJO LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO PENAL CON RELACIÓN AL POSIBLE CONTAGIO DEL SIDA.....	116
4.6.1)	¿Se trata de una conducta homicida?	117
4.6.2)	¿Se produce el tipo penal de Lesiones?	119
4.6.3)	La Salud Pública en su estudio con relación a la tutela de los intereses difusos frente a la infestación del SIDA.....	120

4.7) LA CONVENIENCIA DE CREAR UN SUBTIPO PENAL PARA TUTELAR LOS BIENES JURÍDICOS QUE PUEDEN SER LESIONADOS POR LA CONDUCTA DEL CONTAGIO DEL SIDA.....	121
---	-----

CAPÍTULO V.

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DELITO DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONTAGIO DEL SIDA.

5.1) FORMAS DE COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTE EN ATENCIÓN AL CONTAGIO DEL SIDA.....	124
5.1.1) De la Acción de contagio penalmente relevante. Características. Dolo y Culpa.....	124
5.1.1.1) Actitudes dolosas del contagio de SIDA.....	126
5.1.1.2) Acciones culposas de contagio de SIDA.....	130
5.1.2) Actitudes Omisivas del Contagio.....	133
5.2) EL RESULTADO PRODUCIDO POR LA CONDUCTA DE CONTAGIO.....	137
5.2.1) Análisis de la relación de causalidad e imputación objetiva.....	138
5.2.1.1) Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	140
5.2.1.2) Teoría de la causación o causalidad adecuada.....	142
5.2.1.3) Teoría de la imputación objetiva.....	144
5.3) ESTRUCTURA DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y SUS IMPLICACIONES FRENTE AL CONTAGIO DEL SIDA.....	148

5.3.1) El tipo penal de homicidio observado como posible delito frente a la conducta del contagio del SIDA.....	149
5.3.2) El tipo penal de lesiones frente a la existencia de un delito de lesiones como parte de una conducta de contagio del SIDA.....	152
5.3.4) Formulación de un tipo penal especial frente a la acción del contagio del SIDA.....	155
5. 6) CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.....	163
5.6.1) La Pena.....	163
5.6.2 ¿Hay necesidad de imponer una pena?	168
5.6.3 Las Medidas de Seguridad.....	180
5.6.4 Causas de Extinción de la Responsabilidad Penal.....	185
5.6.5 La Responsabilidad Civil derivada del hecho punible.....	187

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1) CONCLUSIONES.....	190
6.1.1) Conclusiones sobre el Capítulo II.....	190
6.1.2. Conclusiones sobre el Capítulo III.....	192
6.1.3. Conclusiones sobre el Capítulo IV.....	194
6.1.4. Conclusiones sobre el Capítulo V.....	197
6.2) RECOMENDACIONES.....	205
GLOSARIO.....	210
BIBLIOGRAFÍA.....	218

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal por el cual fue elaborado el presente trabajo fue el de dar una respuesta jurídica penal a un problema que ya se presenta en la realidad de nuestro país y que prácticamente ha pasado inadvertido; el SIDA es una pandemia que nivel mundial ha causado y seguirá causando dificultades en todos los planos sociales, desde los más básicos que incluyen la esfera individual de la persona humana en lo que respecta a su salud, pasando por la familia, la economía, e incluyendo graves consecuencias en el plano de los sistemas de salud; sabemos de antemano que la respuesta primordial que tal problemática requiere es de tipo médica por sobre cualquier otra, y que el aspecto jurídico no es sustancial a la discusión de encontrar lo que se busca en definitiva que es: la cura definitiva. Empero, nosotros compartimos una esfera de visión más amplia en donde las soluciones de los problemas que tienen repercusión social provengan de todas las fuentes posibles, pues como ya dijimos, no sólo la salud individual se ve afectada, pues apenas en ésta tiene su punto de partida ya que sus efectos se expanden más allá incluyendo los elementos que ya mencionamos; es por ello que revitalizando la ineludible misión del derecho de ir acorde a los cambios que se den en el entorno social independientemente de su génesis, nos mostramos a favor de estudiar la temática del SIDA desde un punto de vista inédito, por lo menos en nuestro país, tal y como lo es el Derecho Penal.

No consideramos nuestro esfuerzo como una idea nueva, pero sí como un primer paso a nivel de las conceptualizaciones dogmáticas que permitan esfuerzos posteriores que en definitiva superen al nuestro; este trabajo lleva como cometido intrínseco que se vuelva la vista hacia un problema de

grandes dimensiones y que pone en riesgo bienes jurídicos de vital importancia para una sociedad, pareciera que nuestro discurso es de tipo apocalíptico y que lo aquí propuesto es la panacea, en lo absoluto, simplemente es un mal silencioso que está ganado terreno cada día, con la indeferencia del sistema de justicia salvadoreño, las casillas vacías en los registros del Órgano Judicial de los casos que incluyan esta forma de contagio no significa que todo marcha bien, por el contrario, sólo contribuye a reforzar nuestra sospecha de que el problema ha sido hasta el momento ignorado.

Nuestra visión no es la de atribuirle soluciones a los problemas que afectan la sociedad por medio del *ius puniendi*, estamos plenamente conscientes que esta debe ser la última alternativa a usar, sin embargo la situación que se vive en tiempos modernos es del todo preocupante, sobre todo cuando a diario, con cada contagio, se constata que los mecanismos para detener la epidemia fallan, y que tal peligro no hace sino extenderse sobre personas que merecen ser resguardadas en sus bienes jurídicos más básicos, es ahí donde el Derecho Penal, a nuestro entender, no debe quedarse de manera pasiva, sino actuar para salvaguardar los mismos y la constitución de la sociedad en su totalidad.

Es de esta manera que con un esfuerzo académico esperamos aportar en alguna medida parte de una solución integral, para que en nuestro país se encuentren herramientas útiles para tal problemática, mucho más cuando su abordaje encierra visos de urgencia pues consideramos que un análisis tardío en nada ayudará cuando la coyuntura haya demandado previsión y tratar de dilucidar en ese momento es coadyuvar con otro problema a uno que para entonces estará consolidado; puede ser que con los años se encuentre la cura

al SIDA y que se crea que nuestro esfuerzo no valió la pena, pero mientras ese momento llega tal esfuerzo lo consideramos impostergable.

CAPÍTULO I

SISTEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN.

Introducción.

Como una forma introductoria a lo que será el desarrollo completo del presente estudio, creemos que es necesario mostrar de manera general las bases que sustentan los motivos de la investigación, es decir, que creemos indispensable brindar una panorámica al lector para que comprenda las nociones, objetivos y fines de la misma, para dar una respuesta a la problemática que aquí nos planteamos.

El problema que ponemos en discusión no es visto en la actualidad como tal, o si bien se ha tomado en cuenta, no ha tenido un estudio profundo que en verdad merece. Las consecuencias de una epidemia como el SIDA abarca un sinnúmero de ámbitos, y el Derecho Penal no puede ser la excepción; la configuración de una conducta delictiva a partir de tal fenómeno está lejos de considerarse improbable y mucho menos imposible, acontece que en nuestro medio, por no representar la problemática elementos de atención urgente, por lo menos en apariencia, su estudio no se ha dado a nivel de doctrina e inclusive su confrontación práctica es nula nivel de Tribunales. Dado lo anterior, a continuación presentamos lo que en resumen se constituye en el abordaje dogmático jurídico de esta problemática de acuerdo a nuestra realidad.

1.1) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.1) Ubicación del problema en el contexto social, histórico y económico.

Nuestro país, tal como ocurre en los demás países pobres en el mundo, adolece de una falta de interés estatal en el desarrollo de propuestas

para controlar graves problemáticas que están causando consecuencias nefastas en el desarrollo de la persona como elemento individual de una estructura más amplia como es la sociedad en su conjunto; eso es precisamente lo que ocurre con epidemias como el SIDA, que “en apariencia” no ocasiona problemas tan graves, pues por las mismas características de la infección, sus efectos pueden pasar desapercibidos, pero que en otras latitudes¹ amenaza con arrasar poblaciones enteras y con ella toda la superestructura que le rodea (sistema, régimen e instituciones estatales), muy aparte de comenzar a analizar las diversas teorías que especulan sobre el origen de esta infección² las cuales serán tratadas de manera específica en el desarrollo del presente trabajo, lo importante es la repercusión de ésta desde su apercibimiento en el país, las consecuencias médicas son más que evidentes aunque su influencia como desequilibrante de la sociedad salvadoreña no se percibe como preocupante³ el aumento

¹ El África subsahariana que tiene la décima parte de la población mundial, alberga a más del setenta por ciento de casos de VIH en todo el mundo; además, casi cuarenta millones de personas en todo el mundo - 95% de ellas no han sido oficialmente declaradas seropositivas- y casi un millón 800 mil (*sic*) en América Latina y el Caribe son portadoras del VIH. Y que cada 24 horas, 15 mil seres humanos más son infectados en todo el planeta, mientras que otros ocho mil mueren a causa de esta enfermedad. WEISS, Rick y KLEUSS, Michael: “La guerra contra las epidemias” y “En busca de una cura”, respectivamente. En Revista National Geographic, volumen 10, número 2, febrero de 2002, págs. 11 y 34.

² La especulación de las teorías a las que nos estamos refiriendo es ampliamente discutida en el medio científico; y van desde las que propugnan que fue transmitido de los monos verdes a los exploradores en África a principios del siglo pasado (1920); hasta las que hablan de un experimento secreto fuera de control por parte de los laboratorios del gobierno de los Estados Unidos de América que en un principio tenía la intención de estudiar las reacciones que provocaba tal enfermedad en homosexuales alrededor de los años 50 del siglo pasado; sobre lo mismo volveremos en el apartado *infra* en el apartado 3.1 del Capítulo III.

³ No nos referimos con esto a que no exista ningún tipo de preocupación en nuestro país para el tratamiento de la enfermedad, pues hay relativos esfuerzos, en el sistema de salud e instituciones como FUNDASIDA y la Asociación Atlacatl para la atención y sobre todo prevención de la enfermedad; empero, el riesgo de que esta enfermedad represente una amenaza para la economía activa del país, todavía se encuentra en etapa latente, situación que no obsta para que en futuro cercano cambie, en parte por la misma incertidumbre de las cifras reales sobre contagiados que se manejan de manera oficial. Además, para efectos de ejemplificar algún ámbito de inclinación gubernamental por el tema del contagio de SIDA, podemos destacar la discusión sobre la formulación de una ley que atiende la problemática de la misma.

de la cantidad de personas contagiadas en un momento determinado va a provocar que el tema pase de ser secundario a uno de prioridad nacional, al menos mientras no se le encuentre cura a la dolencia.

Así, resulta que analizar de manera minuciosa la idiosincrasia salvadoreña con respecto a la problemática es un tema que escapa a nuestro contexto investigativo; empero, sí es de nuestro interés introducirnos brevemente en el campo médico para dejar sentadas las características especiales de esta dolencia para retomarlas en un análisis jurídico; siendo que de este primer análisis no se puede dejar por fuera la idiosincrasia salvadoreña la cual se constituye en una variable que coadyuva a que el comportamiento de la epidemia sea en avanzada, señalaremos especialmente la vía que por excelencia contribuye a la extensión de la infección: las relaciones sexuales, no por que desechemos las otras formas de contagio que también analizaremos, sino por que tales prácticas sexuales se ven rodeadas en nuestro país de características muy especiales; las costumbres sexuales salvadoreñas son inclusive menos múltiples y liberales si se comparan con las de Europa occidental⁴, pero están rodeadas de la ignorancia en todos los estratos sociales. De lo anterior se deduce que existen elementos que agravan la problemática aquí planteada; entre los factores que inciden en gran medida está la prejuiciada y deficiente educación sexual que se brinda en la esfera del sistema educativo formal a nivel nacional, ya que ocurre con frecuencia que sectores conservadores logran tener tal influencia sobre los

⁴ Nos referimos a países como Holanda y Bélgica donde la pornografía y la prostitución son legales, así como el consumo restringido de cocaína en los bares. Con esto en ningún momento estamos diciendo que tales situaciones no se den en nuestro medio; sin embargo, las mismas no tienen una regulación formal amplia, e inclusive son prohibidas, así tenemos pues el Comercio, Tráfico y Almacenamiento Ilícito de Estupefacientes, contenido y regulado en el Art. 36 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las drogas; también en el caso de la inducción, promoción y favorecimiento de la prostitución, en el Art. 169 del Código Penal; y en el caso de la prostitución sólo se prohíbe a nivel de ordenanzas municipales como en la Ordenanza Contravencional del Municipio de San Salvador.

derroteros de la educación que se impartirá a los jóvenes, que terminan por aplacar cualquier intento de cambio que desemboque en la impartición de una educación sexual amparada bajo conceptos más modernos, amén de otras limitaciones como los prejuicios de los mismos educadores que muchas veces sin quererlo transmiten una visión de la sexualidad matizada de tabúes, lo que se convierte en una multiplicación de un conocimiento viciado, lo que obliga mayormente a los jóvenes a buscar respuestas en la línea del conocimiento vulgo, lo que trae muchas consecuencias no sólo respecto a la dolencia, sino a otros problemas que están palpables en la realidad, bastando revisar las estadísticas de las jóvenes adolescentes embarazadas, por ejemplo. Aparte, hay patrones meramente culturales que predominan en nuestro medio como el machismo y los diversos tabúes sociales que fomentan las condiciones precisas para que en un futuro no lejano esta pandemia muestre su faceta en alta escala sintomática, será entonces cuando se percibirá de manera clara la problemática y la necesidad de regularlo apropiadamente a través de soluciones jurídicas que se apeguen a la realidad, soluciones que por el momento no se tienen, las cuales serán susceptibles de tener en concreto después de un análisis realizado en la doctrina moderna como parte del estudio que aquí se propone.

En el aspecto económico, no basta con el hecho de analizar qué tanto afecta a la economía activa del país un síndrome como este, de hecho ya dejamos sentado que por el momento tal problemática no tiene un papel preponderante como elemento influyente⁵; en consecuencia, si pensamos en un plano más individualizado, y en la manera en que se afectaría

⁵ Cuando nos referimos a esto no estamos incluyendo aún el aspecto de la erogación que Salud Pública realiza para el control preventivo y de mitigación de la epidemia, cuestión que por demás está decirlo, sí es creciente año con año, dado el costo de sobrellevar esta enfermedad (*Vid. infra* acápite número 3.6 correspondiente al Capítulo III). La economía activa del país a la que estamos haciendo alusión en esta ocasión es a la desarrollada por la Población Económicamente Activa (PEA).

directamente a una víctima de contagio de SIDA ya no en el aspecto psicológico, que también es importante, sino el aspecto económico para el tratamiento subsecuente que tendrá que llevar para poder tener estabilidad en su salud y no morir a corto plazo, se logra advertir que el costo de un tratamiento para esta dolencia es actualmente elevado y no es asequible para la media de la población que resulta por lo general afectada; esto, por tanto, se convierte en otro punto de discusión, ya que aparte de las consecuencias inevitables del padecimiento (especialmente la muerte) se añade que para evitar la proximidad de tales consecuencias debe invertirse una gran cantidad de dinero que desestabilizaría casi cualquier economía personal, agregando además que las personas que padecen la infección por lo menos en las etapas finales se les hace difícil mantener ingresos provenientes de algún tipo de trabajo, pues es de hacer notar que aunque los síntomas de la dolencia no sean visibles; a las personas infectadas se les niega la posibilidad de ingresar al campo laboral, dado que no son pocas las ocasiones en que las empresas hacen exigibles las pruebas correspondientes para evitar contratar a un candidato que porte el mortal síndrome, socavando más rápidamente aquellas condiciones económicas más precarias.

1.2) IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

Partimos de la condición por la cual la vida, como derecho fundamental del ser humano, se encuentra reconocida y protegida a partir de la norma constitucional, como eje fundamental y rector de toda la convivencia social, a través de la que se configura e identifica, especialmente, lo encontramos así en los Arts. 1 y 2 de la Constitución⁶.

⁶ Al respecto, *Vid.* JAKOBS, Günther: "Sociedad, norma y persona: teoría de un Derecho Penal desde una perspectiva funcionalista", pág. 12.

Por ello es obvio que todo el ordenamiento jurídico interno se aboque al resguardo del derecho a la vida, situación que implica que los operadores del sistema le den cumplimiento según el ámbito de protección de la norma jurídica; ya que se trata del más elemental de los bienes jurídicos, siendo que para aproximarnos a esta idea nos adscribimos a la tesis sociológica del bien jurídico entendiendo por tal: “todo elemento que en esencia es indispensable para la autorrealización de la persona humana en la esfera de la vida social⁷.”

De esta forma y por lógica jurídica, tenemos que el posterior desarrollo a través de normas secundarias como lo es el Código Penal, debe tener una cohesión que le permita la efectiva protección del bien jurídico vida, para que no se pierda la cohesión lógica - jurídica que éste debe tener con la Constitución.

Empero, sucede que dicha perspectiva de protección se encuentra restringida o limitada cuando acontece la conducta que será objeto de nuestro estudio: el contagio del virus del SIDA.

Nos encontramos entonces ante una situación *sui generis*, que de forma contundente pone en riesgo la integridad física y en definitiva la vida. Nuestra preocupación se traslada al campo de lo normativo y lo dogmático, materias que son indisolubles entre sí, pues el tipo penal no puede abarcar en su conjunto todas las valoraciones que le corresponden al campo de lo teórico, de hacerlo caería en un casuismo innecesario y problemático⁸.

⁷ Vid. HORMAZABAL, Malaree: “Teoría del Bien Jurídico”. En especial puede revisarse la nota introductoria que al respecto efectúa Francisco Muñoz Conde, págs. I a III.

⁸ “Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuismo abrumador que, de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal. La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos imponen la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el tipo”, así MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría General del Delito”, págs. 31 y 32.

Al observar e interpretar los artículos del Código Penal en los cuales probablemente se enmarca la conducta del contagio del virus del SIDA y por lo tanto su posterior castigo por crear un riesgo jurídicamente desaprobado, nos damos cuenta que los mismos desde su perspectiva normativa pueden dar una aparente solución a nuestra problemática, pero la misma puede ser insatisfactoria, es decir, que adentrándonos a su contenido nos demos cuenta que tales normas, bien pudieran ser limitadas.

Así, analizando la normativa penal salvadoreña para encontrar un tipo penal adecuado en el cual subsumir la conducta que consiste en producir el contagio del virus del SIDA, supondría en consideración de la tipicidad, que la adecuación del hecho se desarrollaría en el delito de lesiones (Art. 142 C. P. como tipo básico) o del de homicidio (Art. 128 ó 129 numeral 3 C. P. si concurriera una de las agravantes del mismo) o en última instancia quedaría como una figura atípica, pues atendiendo a la imposibilidad de aplicar la analogía, en los principios de elaboración de una imputación objetiva, el factor de atribuir una conducta delictiva cierta, es indispensable; empero, si decidimos enmarcarlo como homicidio *a priori* (pues causará la muerte), bajo las características del cuadro clínico de la dolencia, el juzgador no puede aplicar la ley a futuro, es decir, conminar al autor del contagio a una pena por homicidio, sin haberse producido el resultado, lo cual llevaría a cuestionar la aplicación de varios principios del Derecho Penal, como lo son: el de legalidad, lesividad y responsabilidad; pues, aún y cuando es inminente que se producirá un resultado, en tanto nos encontramos frente aun síndrome que hasta la fecha no tiene cura médicamente reconocida.

Con la anterior valoración interpretamos que el Art. 142 C. P. es insuficiente, pues el mismo menciona solamente el concepto “contagio”, lo cual puede ser adecuado para el análisis de enfermedades infecto

contagiosas que causen un menoscabo en la salud, y que sólo como posibilidad y debido a un mal tratamiento puede causar la muerte (como la tuberculosis y la hepatitis C, mas no en el caso del SIDA que, salvo en aparentes ocasiones⁹, siempre la causará, lo mismo podríamos decir del Art. 144 numeral 4 C. P. que es al que tendría que acudir el resultado de una *"enfermedad"*¹⁰ que pusiere en grave peligro la salud de la persona"; el SIDA no pone en peligro la salud a nivel individual, sino la vida misma; aún más, ¿Cómo es posible catalogar como lesiones algo que en verdad no las causará¹¹, y que por el contrario casi siempre matará a la víctima? Y en el caso que se decida tratar esta situación como lesiones, el problema derivaría en el hecho de que en este síndrome las lesiones no se generan como normalmente pudieren aparecer (como por ejemplo, las causadas con armas cortopunzantes) sino que las mismas se generan como cuadro evolutivo de la infección y en realidad las mismas no causan un daño grave, pues estas son inclusive producto de una afección mayor. No obstante las consideraciones apuntadas, no podemos dejar de lado la posibilidad de catalogar como lesiones muy graves esta conducta cuya tipificación se establece en el Art. 144 No 4 C. P., ya que en un primer momento sería la única figura jurídica que ofrecería nuestro catalogo punitivo para resolver de forma más o menos

⁹ Se tienen casos documentados que provienen de Kenia, África; en donde algunas personas han logrado tolerar por factores, al parecer genéticos, el desarrollo de la enfermedad. Es el caso de algunas prostitutas que no obstante mantenían relaciones sexuales con hombre infectados no eran afectadas, sin embargo dicha resistencia, en algunas de ellas, al parecer sólo duraba mientras estaban expuestas a contactos sucesivos con el virus, desarrollando posteriormente el padecimiento cuando dejaban de laborar como trabajadoras del sexo, bien podrían ser enmarcadas estas últimas dentro de los denominados pacientes "no progresivos crónicos", *Vid. infra* pág. 79.

¹⁰ Más adelante en el presente trabajo aclararemos que el SIDA estrictamente hablando en términos de catalogación clínica no es una enfermedad, tal y como se conoce comúnmente, no siendo por lo tanto oportuno incluir en este tipo tal conducta.

¹¹ Estamos ante una infección que tiene aproximadamente un periodo de incubación de seis meses como mínimo, y que en el transcurso de ese tiempo no produce síntoma alguno y que por lo tanto no puede causar lesiones por lo menos físicamente como apuntábamos antes.

adecuada el problema que sometemos a estudio, pero que en definitiva no logra satisfacer completamente tal inquietud.

El análisis se extiende más si incluimos la posibilidad de un concurso ideal de delitos (Art. 40 C. P.) como sucedería si una persona víctima de violación puede ser al mismo tiempo infectada del virus del SIDA, situación que a la fecha no ha sido totalmente definida por los aplicadores de la ley penal, no por que no exista la figura del concurso, sino que por la misma aparecería también difuminada o imposible de aplicar.

1.3) DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y DE LA INVESTIGACIÓN.

1.3.1) Delimitación Jurídica.

La delimitación jurídica de nuestro trabajo abarca un análisis de los cuerpos jurídicos de nuestra legislación, partiendo de la base constitucional, especialmente en aquellas disposiciones que consideramos que tiene relación directa con la protección de los posibles bienes jurídicos afectados por la conducta del contagio del SIDA (como el Art. 1 Cn.); además, en ese orden de ideas, realizaremos una evaluación de las características de los tipos penales que se encuentran en nuestro Código Penal para observar las deficiencias planteadas en nuestra hipótesis.

1.3.2) Delimitación Dogmática.

Por otra parte, nuestra investigación presenta un campo de acción mayoritariamente doctrinario; en tal sentido, es necesario señalar que se enmarcará en analizar, sintetizar, comprender y desarrollar las diversas

proposiciones teóricas referentes al tema, entre las que aparecen la Teoría General del Delito, pues abordaremos los elementos de la misma que se apeguen a un primer análisis derivado de los bienes jurídicos atacados, y teniendo en cuenta esto, poder valorar si las acciones puestas en marcha se adecuan a los componentes de un ilícito penal; Victimodogmática, que en uno de sus componentes desarrolla incidencia que la victimología tiene en la dogmática penal, y en otro la aplicación de la dogmática a las víctimas en el análisis del delito; nos referiremos en este trabajo especialmente al segundo rubro, pues nos interesa factores como la eximente de responsabilidad por competencia de víctima; Política Criminal, en tanto valoraremos las prioridades que actualmente se le da a la problemática y a la necesidad que el tratamiento se haga efectivo en una agenda de discusión de directrices de política social normada, para la definitiva regulación de la problemática, por parte de los entes comprometidos a hacerlo, dilucidando al mismo tiempo los intereses que ayudan y se contraponen a la anterior regulación; entre otras.

1.3.3) Delimitación Temporal.

Comprende desde el inicio de la vigencia de nuestra actual normativa penal (1998 - 2003) pues nos interesan los antecedentes de su aplicación, sobre todo para la comprobación de nuestra hipótesis.

1.3.4) Delimitación Geográfica.

La investigación que aquí se presenta, se adscribe al manejo que esta problemática tiene respecto a todo el territorio nacional.

1.4) ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿Son inadecuados los tipos existentes en la normativa penal salvadoreña para determinar la punibilidad de la conducta de contagio del virus del SIDA?

1.5) JUSTIFICACIÓN.

Consideramos que nuestra investigación se justifica a partir de los futuros problemas jurídicos que se presentarán ante la deficiente legislación jurídica penal, al no contemplar un tipo penal definido para el contagio del virus del SIDA; las razones esenciales son dos:

- 1) Realizar un estudio dogmático jurídico, a través de las distintas teorías penales con el fin de esclarecer la problemática en un ámbito teórico. Esta razón particularmente nos interesa porque necesitamos efectuar un análisis eminentemente doctrinario donde se puedan observar las distintas soluciones que propone la dogmática penal, y consecuentemente, adoptar la que más funcione para resolver los conflictos penales.

- 2) El segundo aspecto, constituye el propósito de generar un precedente de estudio científico en el que se analice esta situación, que ya antes hemos calificado de *sui generis* en el contexto nacional, ya que no existe ningún antecedente al respecto; que sin embargo, debe ocuparnos en virtud que la situación del SIDA se ha tornado en un problema de grandes dimensiones, del que no está exento el Derecho Penal y al que no se ha prestado la debida atención para sus posibles soluciones jurídicas.

1.6) OBJETIVOS.

1.6.1) Objetivo General.

Determinar la insuficiencia de los tipos existentes en la normativa penal para la punición de la conducta de contagio del virus del SIDA.

1.6.2) Objetivos Específicos.

- a) Analizar el tratamiento de la historia evolutiva en la protección del bien jurídico vida e integridad personal cuando es atacado o puesto en riesgo por un agente infectocontagioso;
- b) Realizar un breve estudio etiológico del cuadro clínico del SIDA para comprender las características especiales que dicha infección posee;
- c) Determinar el bien jurídico que resulta lesionado ante la conducta de contagio del virus del SIDA y la forma normativa más adecuada para su protección;
- d) Realizar un estudio minucioso del tratamiento que la normativa penal salvadoreña y la legislación internacional da a la conducta que produce el contagio del virus del SIDA;
- e) Determinar el tratamiento específico que la construcción jurídica del delito debe dar a la problemática planteada; y
- f) Introducir las soluciones y conclusiones a la problemática planteada.

1.7) MARCO DE REFERENCIA.

1.7.1) Marco Doctrinario.

En cuanto al tema objeto de nuestra investigación, el cual consiste en el análisis jurídico-dogmático de la conducta de contagio del virus del SIDA en la normativa penal salvadoreña, debemos señalar que este es necesario

para el mismo poner en evidencia que los parámetros legales con los que se cuentan en la actualidad y en los cuales se enmarcaría tal comportamiento en nuestro medio, son inadecuados, siendo necesario añadir hasta donde sea posible las contribuciones que la Teoría General del Delito brinda para su solución. Entonces, este objeto aparece sometido al tratamiento que la dogmática penal desarrolla en cuanto al contenido en general del Derecho Penal, no obstante, el interés preciso en este momento consiste en generar una aproximación jurídico-penal sobre la conducta que provoca el contagio del virus del SIDA; y, en atención a tal finalidad, es necesario hacer un análisis epistemológico¹² que sea útil para fundamentar lo que en la actualidad consideramos una posible ruptura en cuanto a la información que del principio de legalidad hace la Constitución¹³ a todo el ordenamiento jurídico y especialmente a la ley penal¹⁴, esto sencillamente por la razón que *supra* apuntábamos, y es que si la normativa penal no otorga una respuesta satisfactoria cuando es sometido a su discernimiento una problemática, en este caso el contagio del virus del SIDA, resultando que la misma es solucionada a medias, tal solución no puede ser aceptada como jurídicamente valedera; hacerlo de esa manera provoca la ruptura que alegamos, pues extralimitaría su funcionabilidad, dando lugar resultados

¹² Decimos epistemológico, porque necesariamente debemos transitar al análisis de los diferentes estadios del conocimiento penal, los cuales preferentemente se edifican a partir de dos conceptos: a) El Bien Jurídico; b) La Pena. Al respecto una visión más completa en: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho Penal Parte General"; y CASTELLÓN, René A: "La Teoría del Bien Jurídico en la normativa penal salvadoreña, un análisis introductorio", pág. 34; y TREJO, Miguel A. *et al.*, "Manual de Derecho Penal: Parte General".

¹³ *Vid.* JAKOBS, Günter: "Sociedad, Norma Penal y persona..." *Op. cit.*, pág. 18; y sobre la fundamentalidad constitucional, *Vid.* LASALLE, Ferdinand. "¿Qué es una Constitución?", pág. 19

¹⁴ Nos estamos refiriendo a la construcción planteada por Paul Anselm Ritter von Feuerbach que originalmente versa de esta manera: "*Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*"; que evidentemente motivó a Carlos Binding en el establecimiento de la tipicidad en la teoría del delito. Situación que ha derivado con el desarrollo de la Ciencia Penal, en cuanto a los niveles de abstracción de que configuran el delito, así como el hecho de que materialmente signifique un límite de la actuación del Estado frente a los gobernados a quienes en una antinomia de fines debe defender o castigar.

contrarios como la analogía en la aplicación del Derecho Penal, incumpliendo aquel principio. De esa manera, estamos interesados en revisar el resultado de la conducta promovida: “el contagio del SIDA”, desde un enfoque de su contextualización clínica para entender el comportamiento de la infección en alguna medida, pero es obvio que nuestros esfuerzos estarán más enfocados a un análisis eminentemente de Derecho Penal que va desde la teoría del bien jurídico, en tanto para puntualizar en la gravedad de la conducta primero debemos definir cuál es el bien jurídico atacado para posteriormente revisar el tratamiento que se le da a través de teoría del delito, tratando de encontrar en esta conducta los elementos comunes a todos los delitos que nos sirvan para encontrar en la misma la respectiva punición, es decir hasta la consecuencia jurídica del mismo: la pena¹⁵; no obstante que la pena es la principal consecuencia jurídica penal también cabe preguntarnos si ésta en algunas ocasiones será necesaria, pues recordemos que el síndrome es mortal y puede establecerse que dicha condición origine la no necesidad de la misma; por el contrario, puede darse la situación de que el responsable por diversas circunstancias se equilibre en su estado de salud, siendo por lo tanto imposible dejar sin castigo su actuar; amén de otras circunstancias como la pena a imponer en los casos de contagio culposo, en donde el sujeto activo pudiera estar sano.

Iniciamos por la evaluación del bien jurídico, que constituye hasta la etapa actual el aspecto que otorga legitimación al Derecho Penal¹⁶, esto a

¹⁵ Ciertos autores incluyen la pena como elemento general del delito, sin embargo, esto no es constante en la doctrina; En una orientación favorable a esta postura, *Vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, págs. 4 y siguientes, y GARRIDO MONT, Fernando: “Nociones de una Teoría del Delito”, pág. 20.

¹⁶ Nos encontramos aquí con lo que respecta al Principio de Lesividad que igualmente puede acercarnos a un diseño protectivo de bienes jurídicos, ya como un Derecho Penal de *prima ratio* o de *ultima ratio*, *Cfr.* ROXIN, Claus: “Proyecto de Política Criminal Alternativo”, Trad. de Santiago Mir Puig. Además, CASTELLÓN, René y ALBEÑO, Luis: “Manual Básico de Criminología”; especialmente el Cap. IV.

pesar de que existen argumentos muy consistentes acerca de la idea de que el Derecho Penal en su tarea de configuración de la sociedad esta destinado a mantener la identidad normativa¹⁷.

En atención a lo anterior consideramos que en el manejo doctrinario aún es de idea dominante que la misión fundamental del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos y para los fines académicos que perseguimos, nos adscribimos a ella; aunque no pensamos que se trate de una idea absoluta, pues en realidad todo el conocimiento, incluyendo por su puesto el jurídico penal es relativo y perfectible¹⁸.

En cuanto a la Teoría del Delito, es necesario realizar, por lo menos a nivel teórico, un proceso de subsunción de la conducta del contagio del SIDA, en donde habremos de precisar cada uno de los elementos generales del delito: tipicidad, antijuricidad¹⁹ y culpabilidad.

Por lo tanto, no creemos que sea necesario revisar de manera completa y exhaustiva el desarrollo científico del Derecho Penal, el cual tiene su punto primigenio en la Teoría del Delito, que marca un distanciamiento entre una visión ritualista de la norma penal²⁰ y los procesos de abstracción que definen la dogmática penal. Baste de esta manera decir que podemos establecer que la teoría del delito contemporánea es el fruto del trabajo dogmático que se emprendió a fines del Siglo XIX, y en especial, a partir de la Teoría de las Normas de Karl Binding, la Tesis de la Antijuricidad

¹⁷ Vid. CASTELLÓN, René; "La Teoría del Bien Jurídico..." Op. cit. También, JAKOBS, Günther; "¿Qué protege el Derecho Penal bienes jurídicos o la vigencia del Norma?", Trad. Manuel Cancio Meliá, págs. 7 y siguientes.

¹⁸ En este sentido se expresa Roberto Bergalli, citado por MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: "¿Qué pasa en la Criminología Moderna?".

¹⁹ Aquí podemos estructurarlo a través de la Antijuricidad dimensionada en Formal y en Material. Vid. BARATTA, Alessandro: "Efectos Simbólicos e instrumentales acerca de la teoría del bien jurídico", pág. 20.

²⁰ Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Delito y Error: Perspectiva Político Criminal", pág. 1.

inaugurada por Franz von Liszt y la Doctrina del Tipo Penal que en 1905 fundó Ernst von Beling²¹.

En efecto, los primeros estudios que involucran el estudio científico del hecho delictivo parten de valoraciones ontológicas sobre el concepto mismo de acción, esto ocurre en la Teoría Causalista, donde se advierte la acción como “manifestación humana que genera un resultado en el mundo real²²”, con lo cual se observa la intencionalidad del sujeto hasta el momento de revisión del elemento culpabilidad²³.

En este sentido, el principal sustento de esta corriente causalista, que especialmente se ve orientada por los postulados de Luis Jiménez de Asúa²⁴, Sebastián Soler²⁵ y Carlos Fontán Balestra²⁶; se deriva de las teorías atingentes a la determinación del nexo causal, tales son: la equivalencia de condiciones y la de causación adecuada.

Finalmente y con un interés de ampliación de la dogmática penal, pretendemos introducir un breve estudio la teoría de la imputación objetiva y aún de Victimodogmática, especialmente en supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor²⁷.

²¹ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ; José Manuel: “Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal: Parte General”, pág. 36.

²² Vid. FRANK, Reinhard: “Sobre la estructura del concepto de Culpabilidad”, pág. 14.

²³ “Es posible que durante mucho tiempo haya coexistido, junto con la actividad punitiva sobre conductas que amenazaban efectivamente la cohesión y preservación del grupo, otras de procedencia mágica concretadas en el castigo de las infracciones a las prohibiciones tabú, que eran reglas de aquel orden, tendientes a mantener la armonía del hombre con las fuerzas cuyo origen le era desconocido”. Así, CREUS, Carlos: “Derecho Penal: Parte General”, cuarta edición actualizada y ampliada, pág. 30.

²⁴ El insigne maestro español dedicó toda su obra a la posición causalista en el Derecho Penal, como nota ejemplificativa nos remitimos a su obra: Lecciones de Derecho Penal.

²⁵ Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: “Criminología”.

²⁶ Vid. Su obra: “Derecho Penal: Parte General”.

²⁷ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, et al: “Estudio sobre Imputación Objetiva”, pág. 84.

1.7.2) Marco Jurídico.

Nuestra Temática gira en torno de una problemática técnico jurídica, no obstante, arribar de forma consecuentemente con la solución de la misma, representa una aplicación práctica de gran relevancia y actualidad.

Por consiguiente, el presente estudio parte del análisis efectuado a la normatividad penal salvadoreña y la subsunción del hecho delictivo de contagio del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en la misma la cual consideramos que no es tratada de manera correcta en el ámbito de realización del Derecho Penal.

Ahora, como nuestro estudio encierra un fuerte componente normativo, creemos necesario que apliquemos un análisis a los cuerpos legales que rigen nuestra convivencia social, y por ende incluye dentro de estos la problemática de contagio del virus del SIDA; comenzaremos - necesariamente - por la norma constitucional, luego por la normativa penal que es la ley secundaria y posteriormente los instrumentos internacionales.

Cabe mencionar que se mencionarán en algunas ocasiones sólo el artículo con una breve referencia del mismo y en otras sólo se hará referencia al acápite del mismo, es decir, a denominación genérica, pues no es objetivo del presente estudio exploratorio el explicar minuciosamente cada una de las formas jurídicas penales.

1.7.2.1) Constitución de la República.

De conformidad a lo que establece la disposición constitucional del Art. 246 Cn., el referido cuerpo legal constituye el orden jurídico primario, fundamental y supremo dentro de toda actividad normativo - jurídica de nuestro territorio. Así las cosas, la Constitución se encarga de realizar el proceso de información para la legislación penal secundaria, en el sentido de

consagrar los derechos fundamentales de la persona, los cuales reflejan el sustento de toda la estructura proteccionista del Derecho Penal.

Fundamentalmente, los Arts. 1 y 2, ambos de la Constitución, nos señalan la determinación a favor de los bienes jurídicos individuales, al expresar en el caso del primero el reconocimiento *“a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado”*, y en el caso del segundo de los artículos mencionados, expresando el caso de la tutela efectiva, en un caso al bien jurídico *“vida”* a través de la protección penal del delito de homicidio, y además de las formas protectoras en abstracto, en cuanto la misma disposición constitucional afirma que es deber del Estado: *asegurar a los habitantes el goce de salud*, siendo deber del mismo el proteger ese bien jurídico, que en perspectiva se vería menoscabado por la conducta del contagio del virus del SIDA; y el de *“integridad física y moral”*, tutelado ante la punibilidad del delito de lesiones. Por tanto, del artículo 2 Cn. parte la protección generalizada de los derechos fundamentales de la persona, entre éstos se incluye como principal el derecho a la vida y a la integridad física que se encuentran enunciados de manera taxativa. En ese sentido, esto nos da la pauta para entender que, estos son unos derechos inherentes a la persona humana y que por lo tanto su tutela es indispensable.

1.7.2.2) Tratados Internacionales.

1.7.2.2.1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De conformidad a lo prescrito en el Art. 144 Cn. los tratados incorporados de acuerdo a lo prescrito en la norma constitucional son leyes de la República, en este orden de ideas, nos encontramos con el Art. 6.1 del referido Pacto en el cual se consagra el derecho a la vida de la persona humana, con lo cual queda ratificado su valor como bien jurídico.

1.7.2.2) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Encontramos primero el Art. 4.1 que se refiere al derecho a la vida y el 5.1 relativo al derecho a la integridad personal, lo cual nos permitirá dilucidar en la problemática qué bien jurídico es el que se tutela con el tipo penal sugerido. Por ello debemos recordar que un bien jurídico es todo elemento para la autorrealización personal dentro de la sociedad.

1.7.2.3) Código Penal.

En un principio lo que buscamos es establecer el marco analítico de la Teoría General del Delito aplicable al problema escogido y dentro de ese mismo objetivo encontrar dentro del catálogo punitivo los parámetros generales de la legislación penal salvadoreña en el tratamiento del delito y sobre todo el analizar los principios que rigen el tratamiento. Así, el Art. 1 C. P. determina que nadie podrá ser sancionado si no existe una norma penal que describa el delito o falta a sancionar. Con esto observamos una situación de suma importancia para nuestra investigación, esto porque ya hemos mencionado que no existe un tipo penal que en verdad cubra la tipificación de la conducta a estudiar; siendo por lo tanto importante su estudio por obvias razones.

Otro artículo de fundamental atención e interés para nuestros fines es el Art. 3 atinente al Principio de Lesividad del bien jurídico, que determina los casos en que el Derecho Penal y su mecanismo de realización: el proceso, actuarán en defensa de los bienes jurídicos de las personas.

Luego, aparece el Art. 4 reconocido como Principio de Responsabilidad, en atención al hecho que no basta con la circunstancia de que se modifique sustancialmente el mundo real como resultado de una

acción u omisión típica, sino que además se requiere que el infractor de la norma penal haya estado en capacidad de motivarse por la misma.

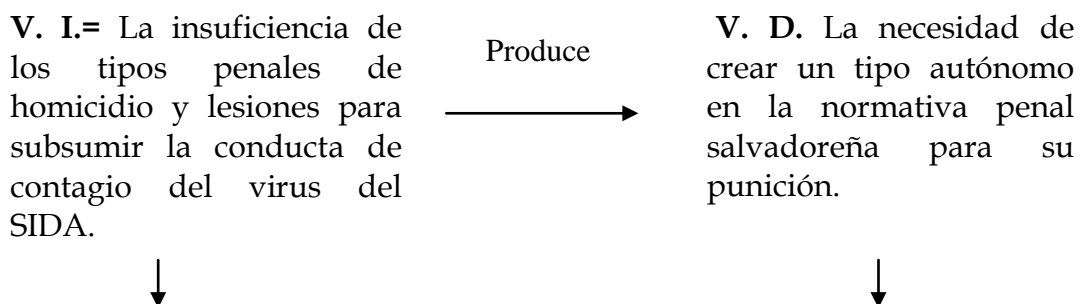
Además, el Principio de Necesidad que recoge el Art. 5 que implica una condición de no imponerse una pena sino con relación proporcional a la gravedad del hecho realizado.

Por consiguiente, en comprensión de una parte general de la estructura del tipo penal será necesario revisar las disposiciones que se refieran a la aplicación de la ley penal (Arts. 7, 8, 9, 10, 13 C. P.) las que aluden a los elementos generales del tipo (Arts. 19, 20, 24 C. P.), las que atañen a sus consecuencias penales (Art. 44 C. P.) y de la parte especial sobre los caracteres específicos del tipo de homicidio (Arts. 128 y 129 C. P.) y del delito de lesiones (Arts. 142 y 144 numeral 4 C. P.).

1.8) HIPÓTESIS.

“La insuficiencia de los tipos penales de homicidio y lesiones para subsumir la conducta de contagio del virus del SIDA, provoca la necesidad de crear un tipo autónomo en la normativa penal salvadoreña para su punición”

1.8.1) Operacionalización de la Hipótesis.



X1= El tipo de lesiones (Art. 142 C. P.) no tiene alcance con respecto a la conducta estudiada, en el sentido de que conforme a los elementos objetivos, no se produce una lesión como tal, ni siquiera la manifestación mínima de la misma.



Y1= La inaplicación de tal norma al sujeto activo de la acción, ya que los efectos de su acción (lesión) no se manifiestan como tal en la realidad.

X2= Dentro de la estructura del tipo de Lesiones Muy Graves (Art. 144 n° 4 C. P.), se habla de poner en riesgo la salud de una persona, a través del contagio de una "enfermedad", y el SIDA no lo es.



Y2= La inaplicación del tipo ya que el SIDA es un síndrome y no una enfermedad

X3= El tipo de homicidio es inapropiado, porque la víctima de contagio no muere.



Y3= El tipo de homicidio es inadecuado porque no hay un nexo causal entre causa y muerte dentro de un mismo hecho.

X4= La creación de un tipo autónomo que considere la conducta del contagio es probablemente la solución de este problema.



Y4= Conduciría a cumplir el Principio de Legalidad y se lograría la tutela del Bien Jurídico lesionado a la víctima con su respectiva punición.

1.9) ASPECTOS METODOLÓGICOS.

Partamos de un orden de ideas; para determinar qué tipo de método, técnica o instrumento es el indicado para solventar nuestro problema, es necesario verificar qué tipo de investigación se realiza.

Nuestro trabajo se ubica en el ámbito de la investigación dogmática jurídico formalista, a nivel teórico. Aunque, según nuestras consideraciones, ronda en el sentido de adoptar un criterio más ecléctico, ya que hemos visto este problema a nivel de probabilidad, en tanto que no existen criterio teórico- dogmáticos y doctrinarios a nivel nacional que puedan facilitar la solución de la problemática.

En vista que el tipo de investigación se presta al análisis, es necesario mencionar el método a utilizar. Para establecer de una manera clara, cuál es el método a aplicar, es esencial tomar en cuenta los indicadores que se fijan en la operacionalización, en consecuencia el método para comprobar la hipótesis en nuestro caso es la investigación bibliográfica, pues requeriremos de más información en lo relativo a las tendencias de las ciencias jurídicas; por lo tanto necesitaremos de un método altamente efectivo como lo es la síntesis bibliográfica con lo cual accederemos a un entendimiento abstracto del contenido a estudiar. Es necesario, sin embargo, aclarar que en este tipo de investigaciones por lo general se hace necesaria la opinión de las personas que están en contacto con el fenómeno a estudiar, empero en nuestro caso no nos parece adecuado utilizar métodos como el muestreo selectivo de informantes claves como lo podrían ser los operadores del sistema, pues la opinión de los mismos puede estar marcada con un dejo de subjetividad, aunado a esto se puede mencionar que el tema en discusión resulta novedoso en gran parte para la discusión jurídica ya que, por ejemplo, ni siquiera a nivel de Tribunales de Sentencia de San Salvador se ha tenido una

experiencia previa de juzgar una situación como la que nosotros proponemos, siendo un trabajo inútil sondear sobre una base desconocida a niveles prácticos.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS PUNITIVAS DE REACCIÓN CONTRA EL APARECIMIENTO DE ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS.

Introducción.

No es extraño que reiteradamente la doctrina penal sostenga que la cronología del Derecho Penal es la misma del delito, el cual surge en el preciso momento en que el hombre atenta contra los principios que según los juicios de valor comunitarios mantienen su identidad social²⁸; lo anterior nos lleva extensivamente a proponer la idea que en consecuencia, el delito es tan antiguo como la existencia del ser humano, no omitiendo establecer que tal formulación sólo puede tener validez si se aprecia al ser humano desde la óptica social²⁹.

En tal sentido, el estudio de la historia del Derecho Penal nos permitirá comprender de un modo más preciso la forma en que han evolucionado sus instituciones, especialmente haremos referencia a sus tres elementos fundamentales: el estudio del delito, el delincuente y la pena³⁰, siempre observados a partir de nuestra temática fundamental que es la del contagio del SIDA.

Por lo tanto, con este capítulo pretendemos cumplir dos objetivos importantes; el primero de ellos, es el de presentar lo que hemos dado por llamar: “El origen y evolución de la reacción punitiva frente a las manifestaciones de enfermedades epidémicas”, que nos colocará de frente a

²⁸ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Derecho Penal General”, pág. 155.

²⁹ Esto lo advertimos en virtud que siendo el Derecho Penal un modo de Control Social, la actuación del ser humano individual le es prácticamente irrelevante, pues no es su tarea ser un mecanismo de vigilancia de un Estado policial que atente contra la libertad individual cuando no genera efectos sobre bienes jurídicos de terceros. Sobre esto: CARRARA, Francesco: “Derecho Penal”, pág. 52.

³⁰ Vid. TREJO, Miguel A. *et al*: “Manual de Derecho Penal”, pág. 19.

los orígenes del derecho de punir y su legitimación como principal instrumento coercitivo al instaurarse los grupos organizativos comunitarios³¹ y posteriormente cuando en un plano formal aparecen los Estados.

En cuanto al segundo objetivo, este consiste en que procuraremos la posibilidad de observar el Derecho Penal integrando o reflejando las necesidades sociales de protección en cada época, con el propósito de cumplir con las expectativas normativas de esa precisa sociedad.

De ello, evidentemente se desprende que en épocas pretéritas el Derecho Penal resolvió problemas con menores niveles de abstracción, en el sentido de que mediaba frente a hechos de individuos a quienes se les quitaba la posibilidad de procurarse un resarcimiento de perjuicios por su propia mano.

Sin embargo, cuando se trata de encontrarnos en una vista del Derecho Penal con relación a la sociedad moderna en la que interactuamos, podemos advertir que se diferencia de manera amplia de aquellas primeras orientaciones jurídico-penales, razones que se agregan a la variación gradual del estudio teórico contemporáneo de la Ciencia Penal, afrontada más como parte funcional de una sociedad que ha modificado sustancialmente sus patrones de vida³².

En atención a lo antes dicho es que, para fines estrictamente de análisis, hemos optado por separar todo este proceso histórico en que se sustenta y del que deriva la dogmática penal moderna, con el interés de que

³¹ Con esta expresión de lo que se trata es de hacer alusión a que de forma primigenia el ser humano aparece en el planeta, no obstante en ese momento no existe ninguna distinción entre él y los animales, incluso cuando se organiza con otros de su especie como medio de pervivencia no se ha separado del reino animal (pues hay comunidades en otros organismos vivos, verbigracia las termitas y las hormigas) lo que en realidad genera el primer atisbo de civilización es la comprensión de ese vínculo: el sentido de comunidad y su comunicación social.

³² Aquí. *Vid.* CAMPOS MORENO, Juan Carlos: "Los Actos Preparatorios Punibles", pág. 1.

más adelante podamos ubicar el cuadro general de tratamiento jurídico penal del contagio de SIDA, resultando en dos fases o periodos denominados pre-científico y científico de forma respectiva.

2.1) ETAPA PRE - CIENTÍFICA.

Para iniciar este acápite resulta imprescindible aclarar el sentido en que usamos la denominación de “pre-científica” y de esa manera evitarnos confrontaciones posteriores en cuanto al rumbo u orientación histórica del Derecho Penal, que obviamente es una sola, pero que a través de las diversas explicaciones de la evolución del castigo³³ le han otorgado una clasificación particular.

Es así que, al avocarnos a tal concepto, hacemos alusión a una fase del desarrollo humano muy limitada, donde paulatinamente se distancia de la autodefensa y se coloca en perspectiva del control comunitario, donde se llega a la idea de un mecanismo que moldea el comportamiento individual y la convivencia social, es decir, donde se dota a la norma de coercitividad; sin embargo, para que el ser humano se colocara en camino de una formulación lógico- concreta del Derecho, debió transitar por varios estadios que con frecuencia son denominados de los albores de la civilización³⁴.

³³ Nos referimos a la Sistemática que coloca los orígenes punitivos en: a) Derecho Penal Público, que al mismo tiempo se subdivide en una fase de venganza de sangre, luego la expulsión de la comunidad de la paz y finalmente la pena tasada hasta llegar a transformarse en un Derecho Penal público con poder penal ilimitado del Estado; b) Tendencia Humanista, de la que va resultando el Derecho Penal liberal; y c) Época de las Luces. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “Lecciones de Derecho Penal”, págs. 12-17.

³⁴ Vid. ENGELS, Friedrich y MARX, Karl: “Ludwig Feuerbach y el fin de la Filosofía Clásica Alemana”, pág. 17.

2.1.1) Período Primitivo.

Estamos acá en presencia de una sub - fase del desarrollo humano, específicamente en la que los seres humanos aparecen, se integran y finalmente toman dominio sobre la naturaleza. Este momento, -que obviamente representa una intensa etapa evolutiva de miles de años- parte de ciertas especulaciones que lo trasladan a la búsqueda de una primera observancia del género humano frente a las normas jurídicas y a sus consecuencias.

De tal manera, que estando nuestro interés centrado en presentar una aproximación a la conciencia del delito y sus resultados, debemos principiar por reconocer que muy poco se tiene de exacto en el nacimiento del Derecho Penal y apenas hay ciertos atisbos de las formas en que estas comunidades o grupos de individuos persiguieron o atacaron hechos vinculados al contagio de enfermedades, así que nos vincularemos a propuestas teóricas que han dado preliminarmente sus aportes.

En esa medida, si nos adherimos a la teoría contractualista³⁵ para el simple efecto de brindar una explicación acerca de cómo el individuo pasó de un estado pre-lógico y natural, a formar parte de un conglomerado con ideas aparentemente similares entre sí, entonces, deberemos avocarnos con iteración a las ideas de Hobbes³⁶, Montesquieu³⁷ y

³⁵ Hacemos notar que no se trata en este planteamiento de un interés de mantener en la formación doctrinaria las corrientes que lograron el apereamiento del Derecho Penal y la Criminología Clásica, sino que lo hacemos con un interés puramente académico para mantener la logicidad en este discurso. Por el contrario, ya la mayor parte de la doctrina ha reducido el valor científico de esta teoría al mínimo. *Vid.* JAKOBS, Günther: "Sociedad Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", pág. 15.

³⁶ Sobre Thomas Hobbes, puede observarse en la obra de: ABAGNANO, Nicolás: "Historia de la Filosofía", Tomo I, págs. 178 y siguientes.

³⁷ *Vid.* MONTESQUIEU, Charles Luis: "Del Espíritu de las Leyes", pág. 33. Sobre esto se ha tratado ya en otros textos, especialmente con orientación Criminológica, al respecto *Vid.* CASTELLÓN, René y ALBEÑO, Luis: *Op. cit.*, pág. 42.

Rousseau³⁸, que aún divergentes en su sistema guardan relación en cuanto a su contenido.

Así, tratándose de la reacción penal, ésta no puede aparecer en esa etapa de “Estado Natural”³⁹; pues hasta allí no existe una idea configurada hacia un sistema social, cada ser humano se preocupa sólo en obtener el sustento y así mejorar sus posibilidades de supervivencia⁴⁰. Luego, en la medida que por temor o por protección y resguardo los seres humanos se agrupan, surgiendo de esta manera la conciencia colectiva, cuya trasgresión genera reproche⁴¹, resulta que se va volviendo necesario ir definiendo parámetros de actuación de los individuos.

Pese a lo antes expuesto, cabe acotar que en esta etapa, el Derecho Penal se confunde con los componentes morales y religiosos, que conjuntamente generan las normas prohibitivas o imperativas de realización del individuo y paralelamente determinan las sanciones de las que se volverán receptores los sujetos que infrinjan su función comunitaria. Es decir, que nos encontramos hasta ese momento de la historia, con una fundamentación animista de los hechos en los que el hombre participa o de los que le provocan perjuicios, sin diferenciar entre responsabilidades humanas y catástrofes naturales; coincidimos por tanto con la idea de Montesquieu, en cuanto afirma que “en este estado, la voluntad humana está

³⁸ De este autor destacaremos en lo principal su idea sobre el Estado Natural y de la propiedad privada como su ruptura, situación que se especifica con claridad en las explicaciones contenidas en la obra de DEL VECCIO, Jorge: “Los derechos del hombre y del ciudadano y el contrato social”, pág. 17.

³⁹ Vid. ROUSSEAU, Juan Jacobo: “El Contrato Social”, pág. 22.

⁴⁰ En esta etapa, a la que se puede llamar “Estado Inferior del Salvajismo” aparece la infancia del género humano, que vive en los árboles y se alimenta de frutos, nueces y raíces. Así, ENGELS, Friedrich: “El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado”, pág. 8.

⁴¹ Nos encontramos aquí con las formas de penalización más usuales, como la venganza privada, que es la primer forma de administrar justicia que se conoce, haciéndose justicia por propia mano; la venganza de la sangre, que ya implicaba un derecho colectivo para castigar al infractor; posteriormente aparece el sistema talional, que es en detrimento de lo que piensan sus detractores, un progreso en la civilización, sobre esto último Vid. DRAPKIN, Israel: “Criminología de la Violencia”, pág. 71.

apenas dirigida a procurarse las condiciones de vida, no quedando lugar para preguntarse el por qué de las cosas, ni para darles en fundamento como juicio de valor”⁴².

De hecho todos los fenómenos suscitados y que derivaban en consecuencias concretas para el ser humano eran explicados desde una orientación anímica, onírica, mágica o ideal⁴³. Así, a medida la religión fue formando las conciencias de los seres humanos, fueron estas normas las que fundamentaron esa primaria concepción penal, dotando precisamente a la sanción de un carácter expiatorio, casi fatalista⁴⁴.

Surgen así las dos formas primordiales del delito: el homicidio y el hurto⁴⁵, que significan comunitariamente agresiones al dominio en sus formas más elementales: el cuerpo y la propiedad. Las que se ven determinadas por la pre-existencia de las normas “no matar” y “no robar” respectivamente, las cuales aparecen contenidas en diversos textos histórico-religiosos que rigieron los modos de convivencia de culturas alrededor del mundo⁴⁶.

Por supuesto, que si el asunto trata, dentro de la generalidad de lo precisado, en explicar los mecanismos de control punitivo y las legitimantes que le fueron aplicadas en épocas pretéritas, también ineludiblemente tiende

⁴² Cfr. MONTESQUIEU, Charles Luis: *Op. cit.*, pág. 128.

⁴³ Por cierto, que ya en relación con esta idea, ha expresado en su tiempo Engels, que todo el desarrollo del hombre primitivo se ve truncado desde que resuelve las interrogantes a los fenómenos naturales a través de asignaciones ritualistas, totémicas o teológicas que se muestran como más fáciles, tal y como lo demuestra la protohistoria y la prehistoria. Cfr. ENGELS, Federico: “De la transformación del mono al hombre en el capitalismo”, págs. 25 y 26.

⁴⁴ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Op. cit.*, pág. 156.

⁴⁵ Vid. CARNELUTTI, Francesco: “Cómo nace el Derecho”, pág. 23.

⁴⁶ Algunas de estas expresiones normativas, cabe advertir, siguen existiendo en la actualidad, sin embargo –al menos– en occidente como producto de la secularización del Estado, lo religioso y lo jurídico se encuentran delimitados, no así en ciertos países orientales donde religión y Estado conforman un cuerpo indisoluble, verbigracia los países regidos por el Islam (Irán, Paquistán, Arabia Saudita, entre otros) y los que se ciñen al Código de Manú (India). Al respecto, GRANARIS, Giuseppe: “Filosofía del Derecho”, pág. 8.

con puntualidad a lo que implica nuestro cuestionamiento principal, esto es el tratamiento penal y la punibilidad asignada (en caso la haya) de las conductas que provocan el contagio del SIDA. Sin embargo, en atención a la orientación científica predominante, aparece que el padecimiento provocado por el VIH no surge en el historial médico de la humanidad, sino hasta las postrimerías del Siglo XX, por lo tanto, pretender encontrarla como objeto de estudio, según las elucubraciones que realizamos en estos acápites sería una presunción que no encontraría un verdadero respaldo histórico que la fundamente, que sin embargo, nos servirá como base para elaborar ciertos postulados, pues no debemos descuidar que aún la historia debe sortear obstáculos al no lograr atar todos los puntos cronológicos y que muchas veces -sobre todo en la prehistoria- se ha tenido que llegar a la teorización por medio de la revisión de indicios⁴⁷.

Resulta así, que de acuerdo al hábitat en que se ve inmerso el ser humano, y de acuerdo a la adaptabilidad que logra en las distintas zonas geográficas, en la medida que entra en contacto con la naturaleza también se enfrenta a la manifestación de enfermedades. De tal manera, que las primeras enfermedades de contagio que al parecer hicieron su aparición en menoscabo del pleno desarrollo del ser humano fueron las relacionadas con los resfriados, las erupciones cutáneas y las fiebres, que a diferencia de lo que para nosotros en la actualidad significan, reflejaron una elevada tasa de mortalidad en la población primitiva. De hecho, fue tal el grado de alarma que provocó esta primera manifestación epidémica, que pronto se le buscó solución. Así, a veces se pensó en “quitar el mal” al que padece a través de

⁴⁷ Sino bástenos recordar el caso en que Morgan presume que en la infancia del género humano, éste debió vivir encima de los árboles porque sólo así se explicaría que pudiera continuar existiendo en presencia de las grandes fieras. Al respecto, la tesis de Morgan está citada en la obra de ENGELS, Friedrich. “El origen de la Familia...” *Op. cit.*, pág. 8.

peticiones y rituales a los dioses que se hallaban en la naturaleza; en otras ocasiones más radicales se observó como necesario el sacrificio de los enfermos para salvar a toda la tribu o clan, pues había una especie de conciencia colectiva dispuesta en creer que el enfermo estaba así porque había obrado mal frente a los dioses.

2.1.2) Período de la Antigüedad.

Ratificando lo que antes ya manifestamos, el SIDA, recibe su primer documentación médica y de tratamiento hacia finales del siglo XX; no obstante, lo que sí podemos hacer, con la intención de aproximarnos al entendimiento de la forma en que se regularon ciertas conductas en la antigüedad y posteriormente aprehender el sentido en que el Derecho Penal forma parte del control de la sociedad, es revisar cómo aparecen en ciertos órdenes normativos vestigios del tratamiento de hechos que ocasionaron la propagación de epidemias, así como de las personas afectadas por dichas enfermedades, para lo cual hacemos una sub-división que incluye los pueblos persas, hindúes, egipcios, hebreos, griegos y romanos.

2.1.2.1) El Pueblo Persa.

A este pueblo y especialmente a uno de sus monarcas llamado Hammurabi⁴⁸, se debe la existencia del más antiguo Sistema Normativo conocido por el mundo moderno⁴⁹. De hecho tal código ha sido históricamente reconocido como el “Código de Hammurabi” y al que podríamos considerar como el primer intento de regulación formal y de limitación frente al sistema de autodefensa en la comunidad, de tal suerte

⁴⁸ Etimológicamente “*Hammu*” significa grande, y se trató del emperador que reinó de 1728 a 1686 a.c.

⁴⁹ BOSCH GIMPERA, Pedro: “Historia de Oriente”, pág. 334.

que se convirtió en el primer reconocimiento a la determinación proporcional del castigo con respecto al daño causado, lo cual logró a través de la formulación de la ley talional cuya expresión más conocida viene a ser el “ojo por ojo, diente por diente”⁵⁰.

Este primer intento normativo, cabe decir, muy a pesar de lo que se cree, no significó una forma deshumana de punir, sino que conminó a la existencia de una medida máxima de castigo, pues el que era herido ya no podía, amparado en esa lesión matar a su agresor, sino que solamente debía ser castigado hasta el nivel de ser herido en una situación similar.

Con referencia a posibles sanciones por el contagio de enfermedades, lo que se puede destacar es que se aplicó el mismo sistema de graduación de la pena, esto es, que si un individuo sufría algún padecimiento grave debía guardarse en su casa hasta estabilizarse, si salía y alguno que tuviere contacto con él se enfermaba, el sujeto transmisor podía ser alcanzado por una pena de azotamiento, cercenamiento de alguno de sus miembros, o finalmente la muerte. Por último, hay que manifestar que destaca principalmente de este código un sentido de orden preventivo y lo que vendría a ser un embrionario contenido Político Criminal, donde más allá de la imposición del castigo al infractor se encontraba un franco sentido de búsqueda de protección y defensa de los derechos de los gobernados.

2.1.2.2) El Pueblo Hindú.

Así, continuando en esta tendencia, encontramos el caso de los hindúes quienes radicados en un panteísmo deidificador de todo, que asienta

⁵⁰ Como ejemplo de sus normas, los médicos, en caso de éxito, se veían recompensados con sus honorarios, pero si fallaban culposamente se les amputaban las manos. Los arquitectos a los que se derrumbaban los edificios mal contruidos eran condenados a muerte si el propietario estaba dentro de la casa al ocurrir el siniestro. Sobre ello, *Vid.* RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: *Op. cit.*, pág. 150.

los principios de igualdad humana en una desigualdad de creación divina⁵¹ y regidos por el Código de Manú⁵² y los versos del Rig Veda, establecían una condena de proscripción para los que resultaren infectados de alguna enfermedad “impura” (verbigracia la lepra) adquiriendo la calidad de “intocables”⁵³.

Los principales efectos que traía la calidad de intocables se resume en los siguientes: una muerte civil, en la cual el intocable no podía optar a ningún cargo en la administración, el estigma de intocable era hereditario, por tanto su descendencia seguirá padeciendo la condena, se le prohibía beber o bañarse en manantiales donde acudía toda la comunidad y nadie debía aproximarse a él.

2.1.2.3) El Pueblo Egipcio.

En el antiguo Egipto, existió un vínculo casi inescindible entre derecho, religión, magia y ciencia, encontrando su sentido más terminado en el llamado “Libro de los muertos”⁵⁴, que contenía una serie de fórmulas que el muerto debía pronunciar al llegar al juicio frente a los dioses las cuales han servido para encontrar un claro catálogo de todo lo que podía considerarse antisocial en aquella época, ya que el muerto debía recitar todo lo malo que hizo en su vida. Sin embargo, y esto debido a los prodigiosos avances médicos de este pueblo, no hubo una determinación clara de sanciones por

⁵¹ Vid. GRANARIS, Giuseppe: *Op. cit.*, pág.19.

⁵² Sobre esto: DRAPKIN, Israel: *Op. cit.*, pág. 87.

⁵³ Este concepto difiere de la interpretación que sobre el término “intocable” se puede tener en el pensamiento del mundo occidental, donde se alude con frecuencia al emplearlo, la calidad de ciertas personas influyentes a quienes no se les persigue a través del sistema judicial; por el contrario en la India, dicha palabra sirve para calificar a los que son excluidos y marginados por tradición religiosa, por definición política y necesidad económica.

⁵⁴ Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: *Op. cit.*, pág. 151.

transmisión de enfermedades, sino más bien las enfermedades fueron revisadas desde una óptica de estudio, con escasa relevancia jurídica.

2.1.2.4) El Pueblo Hebreo.

Por otra parte, está el pueblo Hebreo, cuyas normas de convivencia están contenidas en la Biblia, específicamente en los libros Éxodo, Levítico y Deuteronomio, constitutivos de la legislación mosaica que forma parte de este texto histórico-religioso⁵⁵, donde se configura toda la identidad de dicho pueblo nómada.

Así, en procura de apreciar la manera en que se regulaba la dispersión o contagio de enfermedades, tenemos que dentro de los libros deuterocanónicos⁵⁶ existían condenas precisas para quienes se mezclaren con personas profanas, especialmente con los de cuerpo “impuro”⁵⁷, a quienes correspondía una proscripción total de las actividades religiosas y civiles.

2.1.2.5) El Pueblo Griego.

Luego de toda esta etapa, la que se puede clasificar de “proto-historia del Derecho Penal” encontramos sistemas organizativamente superiores, de los que en atención a su extensión se reducen para su virtual análisis en los dos paradigmas del pensamiento occidental: Grecia y Roma⁵⁸.

⁵⁵ Por cierto, algo se ha escrito anteriormente como referencia, por ejemplo: TREJO, Miguel A. *et al*: “Derecho Penal...” *Op. cit.*, pág. 66.

⁵⁶ Este concepto, dentro del mundo cristiano involucra los libros de: Génesis, Éxodo, Deuteronomio, Levítico y Números, también llamados “Pentateuco”, los que según la tradición judía fueron escritos por el patriarca Moisés, quien liberó a Israel de la esclavitud egipcia.

⁵⁷ Así, pueden apreciarse los Libros de Éxodo, Caps. 21 y 22; Levítico, Cap. 20 y Deuteronomio, Cap. 19.

⁵⁸ Esto se debe a que argüirse una tarea como la de revisar el desarrollo pleno e integral de la ciencia penal rebasaría los límites de esta investigación, por eso suele reducirse en los mismos términos que lo hacemos; en esto coincide gran parte de la doctrina; así, por todos: CARRARA, Francesco: *Op. cit.*, pág. 11.

En el mundo helénico hay dos fenómenos muy marcados, que obviamente van a terminar orientando toda su civilización. El primero de ellos tiene que ver con sus costumbres, las cuales si son vistas desde la óptica actual⁵⁹, podrían catalogarse como “desviaciones sexuales” que tergiversaban las relaciones humanas; prácticas que, sin embargo, eran consideradas normales ya que formaban parte de lo que se entiende como idiosincrasia social, la cual obviamente variará según se trate de la ubicación y el tiempo donde tiene validez y se ejecuta, por el anterior argumento, es necesario recalcar que la valoración de las mismas debe ser menguada y sólo adscribir la realidad de entonces sin entrar a juicios calificativos paralelos; de esta manera los griegos tenían costumbres que los caracterizaban⁶⁰.

Esa diversidad de relaciones, incluyendo las homosexuales⁶¹ contribuyó en cierto modo, a que se fueran dando enfermedades sexualmente transmisibles de las que la humanidad tiene precedentes más ancestrales, resultando así que para ellos esta actividad se volvió no sólo válida, sino que constituyó un ideal entre los grandes hombres de Grecia.

Surgió, por tanto, un condicionamiento por el que los sujetos no se presentaban como responsables directos de su actuar, pues toda su obra estaba motivada por la dirección de sus dioses⁶² siendo aprehensible una

⁵⁹ No queremos pretender con este término abarcar una generalidad que desde todo punto de vista no puede ser, si bien es cierto que el grado de civilización y de prácticas sociales en su mayoría no permiten o por lo menos no ven bien este tipo de conductas, también es cierto que dentro de la vasta participación del subjetivismo, tales conductas no se consideren como “desviaciones”, aún en la época actual.

⁶⁰ *Cfr.* La obra “Del banquete del amor”, atribuida en su autoría a Platón, especialmente lo que se refiere a su estudio preliminar.

⁶¹ De hecho estas prácticas se evidencian al revisar los perfiles de sus dioses, marcados no por la pureza de su proceder, ni la perfección, sino por la cercanía a las pasiones humanas, por ejemplo Zeus el padre de los Dioses, favorece el homosexualismo, de hecho sostiene relaciones con Gamínedes; también Apolo es homosexual e incluso seduce a Forbes, Admeto e Hipólito; al respecto, *Vid.* RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: *Op. cit.*, págs. 155 y 156.

⁶² En este tiempo, la responsabilidad criminal no es clara, pues la influencia divina es determinante. *Vid.* RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: *Op. cit.*, pág. 156.

situación de predestinamiento o sometimiento de los mortales a designios prefijados. En consecuencia, tampoco debía ser reprochada una actitud en que el propio perjudicado de forma voluntaria hubiere seguido sosteniendo tales tipos de relaciones⁶³.

El segundo de los fenómenos consistía en las proclividades del pensamiento griego, cuya base fue la filosofía, al rededor de la que se vincularon los demás saberes⁶⁴ razón por la cual el derecho sólo es observado como parte de un estudio de orden filosófico; siendo por ende un conocimiento al que se miraba como un producto no del todo preponderante como lo fue la filosofía.

2.1.2.6) El Pueblo Romano.

Al contrario del fenómeno que en Grecia hizo destacar la filosofía como forma universal y precisa de expresión del pensamiento, en Roma su ciencia se desarrolló a partir de las relaciones concretas de interacción de los ciudadanos, es decir, que habría excluido la abstracción, optando por procurar la regulación de la vida estatal por medio de los hechos o sucesos que lograron aprehender de la realidad⁶⁵.

Así, resultó que para los romanos, el derecho se volvió el principal instrumento de mantenimiento de su sistema por lo que en consecuencia

⁶³ Tomamos en cuenta esta idea, a través de nota referencial, pues consideramos que es con dicha proposición esquemática que se puede formar en el Derecho Penal moderno un criterio de imputación objetiva sobre la base de la competencia de la víctima, sobre la cual volveremos con detenimiento más adelante, por el momento, *Cfr.* JAKOBS, Günther: “Imputación objetiva”, págs. 17 y siguientes.

⁶⁴ Sobre esta idea con cierta profundidad, *Vid.* DEL VECCIO, Jorge: *Op. cit.*, pág. 32.

⁶⁵ Esta fue una de las situaciones que impulsó la prodigiosa obra jurídica que nos ha sido legada por los romanos.

creció el análisis jurisprudencial⁶⁶, mientras la filosofía se ubicó en un papel marginal⁶⁷.

Además, cabe apuntar que habiendo recibido el pueblo romano la influencia plena y nada depurada de la sociedad griega (tradiciones, dioses, arte, cultura en general) se mantuvieron los hábitos de contacto sexual con las mismas secuelas, sin embargo, se llegó a definir un nivel de responsabilidad de carácter civil de parte del individuo que conociendo el padecimiento de una enfermedad con probabilidades de convertirse en epidemia no adecuase su comportamiento a ciertas medidas profilácticas, no obstante esta regulación se hallaba relacionada a enfermedades respiratorias.

Finalmente, podríamos apuntar como las características más destacadas de su concepción del Derecho Penal los siguientes⁶⁸: diferenció los hechos dolosos de culposos; distinguió el hecho consumado del meramente tentado, sin alcanzar este punto un alto nivel de construcción; desarrolló las teorías de la imputabilidad, la culpabilidad y el error como causa excluyente de responsabilidad.

2.1.3) La Edad Media.

Este periodo se inicia con la caída del Imperio Romano de occidente, y se prolonga hasta la caída de Constantinopla, aproximadamente ubicado entre los siglos V y XV, en el cual se destacan ciertos aspectos, a los que a continuación habremos de referirnos.

⁶⁶ Aquí no aludimos al concepto de jurisprudencia según actualmente lo entendemos, ya de forma doctrinaria como la determinación científica en el derecho y legalmente según dispone el Art. 3 de la Ley de Casación; más bien aludimos al hecho de haber consolidado una aproximación del derecho como una compilación normativa de resolución de conflictos.

⁶⁷ Vid. DEL VECCIO, Jorge: *Op. cit.*, pág. 12.

⁶⁸ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Op. cit.*, págs.158 y 159.

La época se configura a partir del creciente poder eclesiástico, ya que se instaló a lo largo de la Edad Media un Derecho Penal de la Iglesia Católica que, siendo disciplinario en sus comienzos, terminó por imponerse. Se caracterizó por cierto, por introducir una clasificación de los delitos en tres categorías distintas, pese a que no distinguía con claridad entre moral y derecho: los atentatorios contra el derecho divino, de competencia exclusiva de la Iglesia; los lesionadores del orden humano, punidos por el poder laico; y los mixtos.

2.2) ETAPA CIENTÍFICA.

Esta clasificación científica, obviamente nos ubica frente a lo que son los inicios de la dogmática penal y en el mismo sentido representa la ruptura entre derecho, moral y religión, esto que también suele denominarse visión ritualista del Derecho Penal, y que se manifiesta predominante y de forma distinta en los orígenes punibles del ser humano, en su desarrollo dentro de la antigüedad y aún en la Edad Media.

Siendo puntuales en la forma de apreciar este desarrollo gradual de las formas punibles en la modernidad de la historia del Derecho Penal, hay que señalar que dentro de las distintas Escuelas del Derecho Penal, que acontecen desde la Ilustración hasta las últimas década del siglo XX⁶⁹ no hay una relación clara en la búsqueda de sancionar conductas que involucren el contagio de enfermedades, a esto probablemente haya que agregar que en la medida que la abstracción y la formulación filosófica vuelven a adquirir un papel especial en el desarrollo de la ciencia jurídico penal, se va dejando sin

⁶⁹ Nos estamos refiriendo a la evolución que atraviesa desde la Escuela Clásica, el Neo- Kantismo, Positivismo, Finalismo y Funcionalismo, como sus corrientes más conocidas y al mismo tiempo que más auge han tenido en su tiempo. Sobre ello, VELÁSQUEZ VELÁQUEZ, Fernando: *Op. cit.*, págs. 166-174.

lugar a la exégesis y comienza un proceso de incalculable formulación dogmática, que válido es destacar tiene su mayor complejidad en la teoría del delito⁷⁰.

De tal manera, que este proceso que inicia con un Derecho Penal Liberal, no puede verse marcado por un estudio centralizado en aspectos de conductas que pueden propagar epidemias, pues su bastión de lucha y progreso intelectual parte de la erradicación de viejas estructuras de pensamiento⁷¹.

En consecuencia, las diferentes escuelas del Derecho Penal, se colocan en discusión sobre los elementos fundamentales que conforman esta disciplina, desatendiendo la más de las ocasiones las necesidades que van apareciendo conforme se re-estructura la sociedad, lo cual origina que paulatinamente se comienza a hacer alusión al Derecho Penal desde su conformación como parte de un control social y también que se caiga a cuenta que el Derecho Penal no existe inmodificable e invariable, sino que se va configurando de acuerdo a los valores que la misma sociedad y el Estado requieren proteger y que por lo tanto se encuentra cimentado en la legislación que guarda todas las expectativas normativas de la sociedad.

De ese modo, hay que advertir que desde que existe el sistema de legislación formal o legislación escrita existe una tendencia a considerar que el simple hecho de incorporar a los Códigos o Leyes Especiales una serie de conductas a las cuales se les punibiliza, podrá cumplir con el fin de mantener protegidos los bienes jurídicos de la sociedad o estabilizada su funcionalidad, situación que evidentemente recogen nuestros legisladores y

⁷⁰ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M: "Tipicidad e Imputación Objetiva", pág. 1.

⁷¹ Así se denota, por ejemplo, en la época de la Ilustración, donde se trata de derrocar a las Monarquías y así terminar con el Absolutismo predominante, al que se simbolizó también por Voltaire como "Aurora de la razón", *Vid.* VOLTAIRE: "El filósofo ignorante", pág. 159.

que de no estar fundados en estudios integrales de los fenómenos a erradicar o prevenir, se queda limitado a condiciones simbólicas o medidas paliativas que aparecen coyunturalmente, pero que no pueden por sí solas modificar la realidad a la que la sociedad ha dado un carácter de conducta disvaliosa. De esta manera el análisis del manejo dogmático y legal del contagio del SIDA, también ha tenido y debe pasar por un estudio de control social, de acuerdo a la situación actual en la que este fenómeno se ve manifestado en el entorno social.

Se trata, tal y como se observa, de un enfoque no individual, pues el mismo siempre tendrá su sentido en un cuadro médico general, sino de los efectos y consecuencias que un sujeto contagiado con el SIDA, puede provocar estando inmerso en el entorno social, es decir que siempre quedándonos ubicados en el margen de la relevancia penal, es como podremos atender en los siguientes capítulos cuando tratemos a puntualidad esta problemática.

CAPÍTULO III

BREVE ESTUDIO SOBRE EL CUADRO CLÍNICO DEL SIDA.

Introducción.

La vida de todo organismo siempre verá afectada por irregularidades en su funcionamiento biológico, estas irregularidades las constituyen las enfermedades; dichas alteraciones provendrán de una lista interminable de factores innatos o adquiridos, a su vez es obvio que la gravedad de las mismas tendrá una escala diferenciada, yendo desde las leves y pasajeras, hasta las graves, mortales y crónicas, que pueden causar la muerte, tal es el caso de algunos tipos de cánceres, que no son más que tumores o malformaciones producidas por un desarrollo anormal de las células en cualquier parte del sistema biológico como por ejemplo el colon, el hígado o hasta el mismo cerebro. Es esencial tener en cuenta que la unidad biológica más importante del organismo humano, como lo es la célula, se ve involucrada en una serie de enfermedades, cómo las que ya apuntábamos. Formando parte de ese grupo de padecimientos graves, mortales y crónicos se encuentra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

El SIDA es una condición que presenta cualidades que no encontramos en ningún cuadro clínico hasta antes de su aparecimiento; para comenzar tenemos que lidiar con una premisa básica y es el hecho que ni siquiera se puede catalogar como una enfermedad, ya que en la misma estamos hablando de la manifestación de setenta o más condiciones que aparecen como un producto del daño que causa al sistema inmunológico y a otras partes del cuerpo la infección del virus del SIDA. Dado lo anterior es más conveniente denominar al SIDA como un síndrome, pues este concepto hace referencia a un conjunto de diversos síntomas, infecciones y

condiciones. Tanta es la peculiaridad de este síndrome que, éste como tal y por sí solo, no causa la muerte⁷², tal peculiaridad es sólo una muestra de lo compleja que es la infección en su accionar, y que ya ha provocado alrededor del mundo millones de muertes.

Como estamos ante una infección cuyo cuadro se desliga de otras y que aunado a esto no tiene cura conocida, es necesario que emprendamos un recorrido por sus particularidades patológicas que ponga al descubierto, por lo menos de manera somera, cuál es el comportamiento de la dolencia. Si bien creemos necesario este apartado explicativo de la infección para continuar con las valoraciones jurídicas posteriores sobre una base material elaborada de manera responsable, no es nuestra intención ahondar en demasía con los temas médicos, porque atentaríamos contra el contenido teleológico de nuestra investigación; es decir, el tema médico sólo nos servirá de referencia para contextualizar las posibles formas de apareamiento en la realidad. No obstante, la intención de que el presente capítulo repase brevemente las condiciones médicas en el estudio de la infección, en modo alguno debe verse como sinónimo de desatención científica al mismo, ya que sabemos que el lector necesitará de toda la ilustración posible para entender el posterior desarrollo del presente trabajo; debido a lo señalado anteriormente, en ésta tesis nos vamos a valer de una parte de la ciencia médica que nos servirá para poder entender el VIH y el SIDA, ésta rama es la patología, que se encarga de la descripción de las enfermedades a nivel médico o dicho de otra forma es el “estudio de las características, causas y efectos de la enfermedad tales como se reflejan en la estructura y función del

⁷² Estamos ante la presencia de una condición que devasta el sistema inmunológico lo cual es aprovechado por enfermedades oportunistas para causar graves daños en la salud del paciente, además de desarrollarse en él cuadros de otras dolencias cercanas a la infección que son los que en definitiva acabarán con la vida del paciente.

organismo⁷³". También, haremos un breve repaso por la farmacología⁷⁴, tendrá que ser de esa manera dado que su campo de acción es muy vasto, y lo que aquí se expondrá es una parte muy mínima que se limita a explicar los fármacos⁷⁵ que se pueden administrar a individuos portadores del VIH, la intención que conlleva a tal explicación es la de observar los mecanismos existentes para frenar el avance de la misma. A la vez es necesario distinguir el VIH del SIDA que en no pocas ocasiones se confunden, ya que se da entre ellos una relación de causa y efecto, que en no pocas ocasiones se confunden. Todo esto con el fin de utilizar nuestro ensayo a nivel jurídico y encausarlo para explicar del por qué este virus es relevante en el ámbito jurídico penal, pues como se observará y explicará más adelante el VIH es un agente idóneo para producir la muerte de cualquier persona, pese a que la muerte pueda sobrevenir mucho tiempo después del contagio o existan fármacos para prolongar la vida o mejorarla sensiblemente.

Así las cosas, no omitiremos ser extensos en la explicación cuando el concepto o tema lo demande, todo en procura de una visión global de la problemática que nos ocupa.

3.1) ¿QUÉ ES EL SIDA?

Lo que en definitiva se entiende por SIDA en la actualidad no coincide en el concepto de enfermedad con el sentido que se manejaba al término de la primera mitad del siglo XX, ya que los enfermos que son afectados por el síndrome sufren y mueren con signos y lesiones que son

⁷³ Vid. "Océano Mosby, Diccionario Médico", pág. 984.

⁷⁴ Estudio de la preparación, propiedades, aplicaciones y acciones de los fármacos". Vid. *ibid.* pág. 534.

⁷⁵ "Cualquier sustancia que se administra por vía oral, se inyecta en un músculo, en la piel en un vaso sanguíneo o en una cavidad corporal o se aplica tópicamente para tratar o evitar una enfermedad", Cfr. "Océano Mosby..." *Op. cit.* pág. 533.

propias de otras enfermedades, es por esto que en sus inicios hubo un grave y desafortunado retraso en la detección del agente que provocaba la infección, pues como ya se dijo el síndrome despistaba a los investigadores que lo veían como cuadro evolutivo de enfermedades que ya se conocían con anticipación. Los médicos se encontraron en una encrucijada al tratar de definir al agente causante, que en la actualidad está plenamente definida tratándose de un virus⁷⁶ y específicamente de un retrovirus, no nos extenderemos en este apartado en tratar de explicar cuáles fueron los pasos científicos que coadyuvaron a su plena identificación pues esto se realizará *infra* en el apartado 3.2.

Así pues, anteriormente no se tenían plenamente definidos los patrones de funcionamientos de los virus y se los solía confundir con otros agentes como las bacterias; sin embargo, los virus, a diferencia de estas últimas, no tienen vida autónoma, ya que aprovecha de la célula que lo aloja las mismas sustancias que le permiten estar viva, pero utilizan para ese fin sus propia maquinaria de metabolismo y de reproducción, diferenciándose de las bacterias patógenas, pues estas son parásitos relativos; siendo su existencia limitada a una vida total y absolutamente parasitaria.

Dado que anteriormente se dio la definición de lo que es un virus apuntaremos directamente lo que es el VIH de esta forma:

⁷⁶ El término virus proviene del latín antiguo que significaba *juco*, *humor* o más a menudo *veneno*, se empleaba en el siglo XIX para designar cualquier materia susceptible de multiplicarse en un organismo. Además, los mismos medicamento son definidos como "un microorganismo diminuto, mucho más pequeño que una bacteria, que al no poseer una actividad metabólica independiente, sólo puede reproducirse dentro de una célula vegetal o animal viva. Consta de un número de ácido (ADN o RNA) rodeado por una cubierta de proteína antigénica y a veces por otra lipoproteica. El virus tiene el código genético para su reproducción y el huésped le aporta la energía y los materiales necesarios para ella. Se han identificado hasta la actualidad más de 200 virus capaces de producir enfermedades en el ser humano" Cfr. "Océano Mosby...", pág. 1297.

“El VIH es un virus que afecta al sistema inmunológico del ser humano. Pertenece a la familia de los retrovirus, porque se reproduce lentamente. La información genética está contenida en forma de ARN, ácido ribonucleico, aquí se almacena la información necesaria para la posterior síntesis de proteína”⁷⁷.

Un concepto que aparece en la definición de VIH es retrovirus. El retrovirus es un tipo de virus que es caracterizado porque transcribe su genoma⁷⁸ de ARN a ADN, o de manera más simple, el VIH tiene la característica singular de poder transformar su ARN en ADN para poder entrar al núcleo de la célula de tal forma que su ADN se fusione con el de la célula donde se hospedará y así iniciar su trabajo de destrucción del sistema inmunológico. El ARN es la información genética que contiene el VIH para poder liberar proteínas con el fin de reproducir el virus en la célula misma y después en las otras células. Esto le sirve al VIH para tomar control de la célula y que ésta le sirva para poder replicar el virus en otras células.

Trataremos de explicar de manera sinóptica el proceso de desarrollo del virus en el organismo del ser humano, esto con el afán de darle al lector un entendimiento global del comportamiento de la infección.

El cuerpo humano posee mecanismos de defensa para la invasión de agentes extraños, los que conforman el Sistema Inmunológico y que podríamos definir como “aquel complejo bioquímico que protege al

⁷⁷ Esta definición, aunque escueta, es de las definiciones más claras para entender el VIH. Debido a que nuestra investigación no se adscribe a un estudio profundamente científico de la infección, creemos conveniente fijar éste concepto para términos de mayor entendimiento en el desarrollo de este capítulo. *Vid.* Organización Panamericana para la Salud, “Manual de Consejería VIH/SIDA para personal de Salud”, pág. 41.

⁷⁸ Un genoma consiste en una dotación completa de genes existente en los cromosomas de cada célula de un organismo particular, entendiéndose como un gen: “toda aquella Unidad Biológica de material genético y de la herencia biológica” y cromosoma como: “Cada una de las estructuras en forma de hebra situadas en el núcleo de una célula y que transmiten la información genética de la especie.” *Cfr.* “Océano Mosby...”, *Op. cit.*, págs. 328, 599 y 602.

organismo frente a los gérmenes patógenos⁷⁹ y otros cuerpos extraños. Incorpora un sistema de respuesta inmunitaria humoral, que produce anticuerpos⁸⁰ que reaccionan con antígenos⁸¹ específicos, y una respuesta mediada por células, en la que los linfocitos T⁸² movilizan los macrófagos⁸³ de los tejidos en presencia de un cuerpo extraño...⁸⁴. Esta definición que hemos presentado de Sistema Inmunológico puede explicarse de esta forma: es la parte del Sistema Biológico del ser humano que esta encargado de la defensa del organismo a partir de células especializadas las cuales se llaman: Glóbulos Blancos, estos forman líneas de defensa; una primera línea conformada por los fagocitos⁸⁵, y la segunda conformada por los linfocitos. Juntos, fagocitos y linfocitos constituyen la parte principal del sistema inmunológico del cuerpo, este es el que nos protege y nos permite vivir en mundo que está poblado por millones de virus y bacterias que potencialmente son infecciosos. Los linfocitos son los principales agentes de respuesta contra organismos patógenos que se encargan de “patrullar” la sangre y todo el cuerpo en busca de intrusos; los linfocitos que circulan son principalmente las células T que identifican con precisión la identidad bioquímica de los intruso, éstas al detectar la presencia de agentes exógenos “avisan” a un segundo grupo la células B para producir proteínas de

⁷⁹ Los gérmenes patógenos son microorganismos capaces de producir una enfermedad. Cfr. “Océano Mosby...”, pág. 984.

⁸⁰ Inmunoglobulina esencial en el sistema inmunitario, producida por el tejido linfoide en respuesta a bacterias, virus u otras sustancias antigénicas” Cfr. “Océano Mosby...”, *Op. cit.*, pág. 88.

⁸¹ “Sustancia, generalmente proteica, que da lugar a la formación de un anticuerpo con el que reacciona específicamente”. Cfr. “Océano Mosby...”, pág. 89.

⁸² “Las células T suelen denominarse “células asesinas”, ya que secretan compuestos químicos inmunológicamente esenciales y ayudan a las células B a destruir las proteínas extrañas”. Cfr. “Océano Mosby...”, pág. 790.

⁸³ “Célula fagocítica del sistema retículo endotelial”. Cfr. “Océano Mosby...”, pág. 805.

⁸⁴ Cfr. “Océano Mosby...”, pág. 724.

⁸⁵ Los fagocitos son de dos tipos: granulocitos y macrófagos. Los fagocitos se producen en la médula ósea y se encuentran en casi todos los tejidos del cuerpo, su función es reconocer, engullir y destruir a los invasores, la materia extraña y los restos de células.

precisión llamadas anticuerpos, cada anticuerpo reconoce sólo a un virus específico. Los linfocitos T además de ayudar a las células B a formar anticuerpos, tienen otras acciones de vital importancia para realizar la afrenta de enfermedades infecciosas, sus principales características son:

- Capacidad de reconocer sustancias extrañas al organismo, a las que destruye;
- Responde de una manera específica ante cada sustancia que entra al organismo;
- Posee memoria. El sistema inmunitario puede retener la información sobre toda sustancia ajena al organismo que ingrese a él, de modo tal que responde más rápidamente ante una segunda invasión de la misma.

Un subgrupo de los linfocitos T, los linfocitos T-4 llamados “coadyuvantes”, son los responsables de coordinar la respuesta del organismo contra alguna infección, es precisamente sobre estos que el VIH actúa, realizando un fenómeno de comportamiento observado sólo en este virus: el VIH puede introducirse en los linfocitos T-4 destruyéndolos a lo largo de meses o años. Siendo por consecuencia lógica de esto que la comunicación en el sistema inmune se ve trastornada disminuyendo progresivamente la capacidad de respuesta para resistir a las infecciones. Estos mismos linfocitos T coadyuvantes actúan no solo como los comunicadores del sistema inmunológico, sino como coordinadores y controladores del trabajo, regulando por ejemplo a otros grupos de linfocitos como los T-8 llamados “asesinos”, estos son linfocitos especializados y sin un control eficiente puede llegar a atacar no solo a las células afectadas sino también las células sanas que son vitales para el buen funcionamiento de todo el organismo, por lo tanto estos “asesinos” deben saber distinguir entre

las células infectadas y las que no lo están. Después de sufrir una infección los niveles de estas células “asesinas” deben disminuir, y son precisamente los linfocitos T-4 que deben realizar esta función. Pero el virus del SIDA, no solo ingresa al organismo de manera relativamente fácil (más adelante se explicarán las vías de transmisión), sino que ataca a las células especializadas en la defensa del organismo. Como ya dijimos *supra*, los linfocitos B tienen la función de detección de un cuerpo extraño y es el que genera la orden para que los linfocitos T eliminen al cuerpo extraño, en éste caso el virus. La situación se plantea distinta cuando son los linfocitos T los que son invadidos por el virus y por lo tanto la pregunta que se genera es ¿por qué ataca a los linfocitos T?

Es importante mencionar cuál es el proceso con que el VIH invade la célula, ya que la descripción de este proceso no es sólo con el fin de cumplir un requisito explicativo del desarrollo de la dolencia, sino que es importante para generar un entendimiento del daño que puede producir a un ser humano el hecho de ser infectado por otro individuo portador del VIH. La respuesta a esta pregunta se deriva de una característica química que contienen estas células. Los linfocitos T tienen una molécula CD4 en su superficie y dadas las características del VIH a nivel molecular éste tiene unas proteínas que buscan unirse con el receptáculo CD4, de tal forma que son las células del sistema inmunológico las primeras en ser afectadas. Así podemos describir al virus a nivel de estructura celular: tiene dos cadenas idénticas de ARN que le sirven para crear proteínas y poder reproducirse, además posee tres tipos de proteínas las cuales son la GP24 que constituye la cápside⁸⁶ GP 120 y GP41 que constituyen la envoltura del virus. Para que el

⁸⁶ “Capa de proteína que envuelve al virión”. Cfr. “Océano Mosby...”, pág.201.

virus ingrese sin dilaciones existe un desensamblaje del virus y en el citoplasma se forma el ADN provirus, pero antes de esto ya se ha desarrollado un ADN híbrido que es una cadena de ARN más una cadena de ADN; luego el ADN como provirus atraviesa la membrana nuclear de la célula huésped y va a establecerse en el ADN de ésta célula como provirus y es allí donde comienza todo el proceso de formación proteínas estructurales que ayudarán a la multiplicación del virus en la célula huésped y después en las otras células. Existen tres proteínas esenciales para la replicación⁸⁷ del virus: la Transcriptasa⁸⁸ Inversa, Proteína Integrasa⁸⁹ y la Proteasa⁹⁰. Cabe mencionar que la proteína GP120 se une con el receptor CD4 de la célula que ataca. El virus posee en su genoma tres genes que son requeridos para la replicación los cuales son: GAG, que se ocupa de producir proteínas estructurales; POL, que codifica la información de la Transcriptasa; y ENV, la cual produce las proteínas de la envoltura.

Cuando se destruye al linfocito T-4 se va a suprimir por lo tanto la respuesta inmunológica del huésped. Hay destrucción de Ganglios Linfáticos⁹¹, porque ya no se da el ambiente para una adecuada respuesta inmune. El virus afecta muchas células sobre todo aquellas que tienen la molécula CD4 en su superficie, dentro de éstas células tenemos:

⁸⁷ "Proceso de duplicación, reproducción o copia; literalmente, copia de una parte para formar un duplicado". Cfr. "Océano Mosby...", pág. 1109.

⁸⁸ Es la proteína que hace posible que se forme un ARN a partir de un patrón de ADN. Cfr. "Océano Mosby...", pág. 1237.

⁸⁹ Es la encargada de integrar el provirus al ADN.

⁹⁰ "Enzima que cataliza la hidrólisis proteica." entendida la Enzima como "Proteína producida por las células vivas que cataliza las reacciones químicas en la materia orgánica..." y la Hidrólisis como "Transformación química o destrucción de un compuesto mediante la acción del agua". Cfr. "Océano Mosby...", págs. 468, 666 y 1054.

⁹¹ Cualquiera de las numerosas estructuras ovales de pequeño tamaño que filtran la linfa y contribuyen a la defensa contra las infecciones y en las cuales se forman linfocitos, monocitos y células plasmáticas...". Cfr. "Océano Mosby...", pág.787

- a) Macrófago: De esta célula se cree que es la primera que se ve infectada por el VIH, además de servir de reservorio del virus sirve como vehículo de diseminación el cual puede provocar que haya una disfunción neurológica que puede degenerar en el complejo de demencia asociado al SIDA;
- b) Linfocitos B y T: El primero como ya dijimos anteriormente tiene una función de detección la cual se pierde porque el virus hace que se activen diferentes linfocitos B para diferentes especificidades liberando éste una cantidad de anticuerpos, de tal forma que las células T no pueden eliminar el virus por estar éste infectado y el virus evita la respuesta inmune;
- c) Células NK: Estas se ven afectadas en las funciones de: eliminación de células tumorales y de células tumorales por virus, esto da mayor probabilidad de que el individuo padezca de cáncer.

Cuando el VIH se hace presente en el Sistema Inmunológico, pueden suceder dos situaciones que más adelante degeneraran en las fases de la infección. Estas dos situaciones consisten en:

- a) El VIH después de infectar al Linfocito T-4, puede quedarse latente o “dormido”; este linfocito infectado continúa viviendo normalmente, la infección persiste sin que la persona presente signos o síntomas de la dolencia; pero puede transmitir el virus e infectar a otra persona por cualquier vía de transmisión (sexual, sanguínea y perinatal)⁹²;

⁹² Vid. Organización Panamericana para la Salud, *Op. cit.*, pág. 5.

- b) El VIH invade el linfocito T-4, se reproduce dentro de él y lo destruye liberando más virus que atacan a otros linfocitos y de esta forma va destruyendo paulatinamente los linfocitos hasta que el organismo se queda sin defensas; dando lugar al apareamiento de enfermedades indicativas de SIDA⁹³.

Al haberse transmitido el VIH, y haberse desarrollado por completo comienza el progreso del SIDA, es en este momento que tenemos la capacidad de dar un concepto de SIDA:

“El Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) representa el estadio clínico más avanzado de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), virus que afecta al Sistema inmunológico causando una disminución de la resistencia celular, condicionando la aparición de infecciones oportunistas, neoplasias⁹⁴ inmunodependientes y otras entidades patológicas como la encefalopatía⁹⁵ y el síndrome caquético⁹⁶.”⁹⁷

Este concepto que hemos propuesto realiza una explicación desde la óptica del VIH, es decir del virus que produce el SIDA; ya muchos otros autores asocian al SIDA con el conjunto de enfermedades oportunistas que se hacen presente cuando el Sistema Inmunológico ha quedado prácticamente eliminado. Nosotros consideramos que el SIDA, en sí mismo es el estado por el cuál el individuo queda sin defensas y en consecuencia de ello aparecen enfermedades que son de distinta clase debido a que no existen las

⁹³ Vid. *Ibíd.*

⁹⁴ “Crecimiento anormal de un tejido nuevo, benigno o maligno” Cfr. *“Océano Mosby...”*, *Op. cit.*, pág. 898.

⁹⁵ “Cualquier trastorno de la estructura o función de los tejidos cerebrales. Este término se refiere particularmente a las enfermedades crónicas, destructivas o degenerativas como la encefalopatía de Wernicke.” Cfr. *“Océano Mosby...”*, *Op. cit.*, pág. 455.

⁹⁶ Se refiere al conjunto de signos o síntomas que manifiestan un “Deterioro general del estado de salud con malnutrición, debilidad y emaciación que por lo general se asocia con enfermedades consuntivas que causan privación grave como la tuberculosis y el cáncer.” Cfr. *“Océano Mosby...”*, *Op. cit.*, pág. 202.

⁹⁷ Vid. Organización Panamericana para la Salud, *Op. cit.*, pág. 5.

condiciones necesarias para la defensa del organismo. El SIDA sólo se manifiesta obviamente, cuando aparecen dichas enfermedades, de lo contrario el individuo sólo es portador del VIH siendo éste un sujeto potencialmente peligroso para el contagio a otros individuos.

Por lo anteriormente expuesto consideramos hacer un desglose de dicha palabra y así examinarla con mayor detalle:

Síndrome: “Conjunto de signos y síntomas no específicos de una enfermedad en particular”⁹⁸. “Complejo de signos y síntomas resultantes de una causa común o que aparecen en combinación como expresión del cuadro clínico de una enfermedad o de una alteración hereditaria.”⁹⁹

Esta definición de Síndrome da lugar a pensar que éste no es en sí una enfermedad sino más bien un conjunto de signos y síntomas¹⁰⁰ que predicen una inminente enfermedad, que puede estar asociada a otras y actuar en conjunto. Tal como sucede en el SIDA, cualquier enfermedad puede atacar al paciente, desde una neumonía hasta el Sarcoma de Kaposi¹⁰¹.

Inmunodeficiencia: “Disminución importante de la capacidad de respuesta del sistema inmunológico.”¹⁰²

⁹⁸ *Vid. ibid.*

⁹⁹ *Cfr. “Océano Mosby...”, Op. cit., pág. 1168.*

¹⁰⁰ Índice Subjetivo de una enfermedad o un cambio de estado tal como lo percibe el paciente. Muchos síntomas se acompañan de signos objetivos... Ciertos síntomas pueden confirmarse objetivamente...” *Cfr. “Océano Mosby...”, Op. cit., pág. 1169.*

¹⁰¹ “Neoplasia maligna y multifocal de células retículoendoteliales que comienza con pápulas blandas, parduscas o rojizas en los pies y se extiende lentamente por la piel, metastatizando los ganglios linfáticos y las vísceras...” *Cfr. “Océano Mosby...”, Op. cit., pág. 757.* En palabras más sencillas podemos definir al Sarcoma de Kaposi como un cáncer que se da en la piel y que se expresa por erupciones o laceraciones que provocan sangramiento.

¹⁰² *Vid. Organización Panamericana para la Salud, Op. cit., pág. 5.*

Adquirida: “Se adquiere de una persona infectada a otra.”¹⁰³

Después de producida la infección suelen aparecer enfermedades oportunistas como el “Síndrome de Linfadenopatía” y “Complejo relacionado al SIDA”. Ambos se caracterizan por una disminución del sistema inmunológico.

“No todos los pacientes presentan las mismas enfermedades oportunistas, (pero sí, en todos los casos implican el debilitamiento del sistema inmunológico), en algunos casos se pueden presentar enfermedades cruzadas o sea más de una a la vez, en otros casos sólo una, esto dependerá del paciente y no se puede anticipar con que enfermedad oportunista se presentará la enfermedad. Las mas habituales son neumonía¹⁰⁴, cáncer de piel (Sarcoma de Kaposi), tuberculosis y en algunos casos complicaciones a nivel del sistema nervioso central.”¹⁰⁵

3.2) ETIOLOGÍA Y DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA EPIDEMIA.

De entrada comenzaremos diciendo que los orígenes de la epidemia no están, ni por cerca, plenamente definidos; a las pruebas científicas que los han tratado de demostrar se unen componentes desarrollados con base a

¹⁰³ *Vid. Ibíd.*

¹⁰⁴ “Inflamación aguda de los pulmones, en general causada por la inhalación de neumococos de la especie *Diplococcus pneumoniae*, que hace que los alvéolos y bronquiólos pulmonares se taponen con exudados fibrosos.” *Cfr. “Océano Mosby...”, Op. cit.,* pág. 900.

¹⁰⁵ Organización Panamericana para la Salud, *Op. cit.*, pág. 46, párrafos 3 y 4.

meras especulaciones y que van desde las que aparentan tener contenido científico sin tenerlo hasta las más fantásticas e irrisorias¹⁰⁶.

Dadas las anteriores circunstancias es necesario elegir un eficiente proceso de depuración para integrar a nuestro conocimiento sólo aquellas opciones que ameriten verdadera atención.

Los registros médicos son confiables y suficientes a partir del siglo XIX, pues en tiempos anteriores a los médicos no les era dado describir los casos atípicos, asociado esto como era usual que la ciencia médica se encontraba confundida con prejuicios que rozan el misticismo, lo mágico y lo alquimista¹⁰⁷ dicha condición nos hace preguntarnos ¿estamos ante un

¹⁰⁶ Un biólogo y dos médicos norteamericanos creyeron reconocer en el SIDA la enfermedad *âââ* (*sic*), descrita en los papiros médicos del Egipto faraónico. Esta hipótesis no resiste a la crítica. Los egiptólogos expresan hoy dudas sobre el fundamento de la identificación de esa “divina enfermedad mortífera” con la hematuria parasitaria (o dicho de otro modo, la esquistosomiasis); pero el intento de identificarla con el SIDA es aún más temerario. En realidad, no se basa más que en la gravedad del mal en cuestión y cierta vinculación con el semen y el órgano genital masculino. La declaración del químico John Gwilt, quien fue vicepresidente de una empresa farmacéutica estadounidense, es aún más arbitraria: según él, el SIDA ya habría hecho estragos en tiempos de Moisés, y la epidemia descrita en el *Libro de los Números* sería testimonio de ello. La Biblia efectivamente menciona una pestilencia terrible que mató a millares de judíos que habían tenido contacto carnal con las moabitas. El nombre bíblico de esa enfermedad, *maggepha*, designa en general a una pestilencia que mata mucha gente. No se describe ningún síntoma. Identificarla con el SIDA es totalmente arbitrario; igual se podría pretender reconocer esta enfermedad en cualquier flagelo de la antigüedad, porque la identificación con el flagelo bíblico se basa únicamente en el fantasma que ve en el SIDA actual un castigo divino por trasgresiones de orden sexual. Un especialista en medicina tropical de Marsella se pregunta si la enfermedad que azotó a Europa después del regreso de Cristóbal Colón y que los historiadores de medicina consideran como una forma aguda de treponematosi, no fue un estallido de SIDA, ya entonces llamado “mal de la Isla Española”. En realidad la sífilis del siglo XVI recuerda al actual SIDA en varios aspectos, pero es imposible confundir ambas enfermedades, cuyas características clínicas y epidemiológicas son muy diferentes. Los datos paleopatológicos, especialmente los rastros en los esqueletos antiguos, demuestran que la sífilis del Renacimiento se debía en realidad a una cepa virulenta del treponema pálido.

En 1984, los médicos belgas Thierry Apelboom, Daniel Désir y Jean - Louis Herweghem sostuvieron la hipótesis de que el célebre humanista Erasmo de Rotterdam había sido la víctima de SIDA más antigua que se conoce. Erasmo, que murió en 1556 a los 69 años, sufrió hacia el fin de su vida de una fiebre intermitente, con diarreas, poliartritis dolorosa, tumefacciones de la piel y una linfadenopatía generalizada. Hay algunos indicios que permiten pensar que era homosexual. Viajaba mucho y se le atribuyen numerosas relaciones amorosas. El cuadro clínico de su enfermedad terminal, en efecto, corresponde bastante bien al síndrome de inmunodepresión. Sin embargo, ese diagnóstico retrospectivo no es lo único posible, y nada prueba su causa viral específica. Los huesos exhumados en Basilea en 1930, que pasan por ser los restos mortales de Erasmo, tienen los estigmas de la sífilis. *Crf. GRMEK, Mirko: “Historia del SIDA”, págs. 10 - 12.*

¹⁰⁷ *Vid. supra.* Capítulo II, pág. 29.

flagelo antiguo que sólo los rápidos avances científicos de finales del siglo anterior permitió descubrirla con sus particularidades? ¿O es acaso una condición patológica moderna, producto de una mutación específica de virus? La respuesta a ambas preguntas es relativa respecto a un asentimiento definitivo con una de ellas, ya que en el caso de la primera los registros históricos inexistentes y los métodos de investigación científica arcaicos y poco confiables son los mayores obstáculos para su comprobación, pero a la vez tal condición deja camino abierto para la duda, teniendo esta como contenido que la misma sea factible aunque en menor escala; en el caso de la segunda, tampoco se puede eliminar de tajo, pues recordemos que el cuadro evolutivo está presente en todos los niveles de existencia biológica¹⁰⁸. De este modo parecería que la construcción de una teoría que fuera sostenida por el pilar de la verdad rozaría con lo imposible o en su defecto tendría que limitarse a meras especulaciones. Sin embargo, dejando de lado toda elucubración basada en la aleatoriedad, tenemos que aceptar que la mayoría de las evidencias apuntan a que la humanidad permaneció resguardada de esta pandemia hasta recién la mitad del siglo pasado, esto porque no se han hallado rastros serológicos en personas que pudieron haber tenido contacto con fuentes de la epidemia actual, descartándose también la existencia pretérita del síndrome, pues se conservan evidencias de muestras de sangre extraídas antes de la mitad del siglo pasado y tampoco en ellas se ha podido encontrar algo que dé una pista indiciaria de la dolencia.

¹⁰⁸ Así lo confirmaba Charles Robert Darwin ya en 1859 en su obra "El origen de las especies por medio de la selección natural o la conservación de las razas favorecidas en la lucha por la vida"; *apud* Oparin, Alexander I. cuando menciona en su obra "El origen de la vida" que "el proceso de la evolución de los organismos vivientes no es fundamentalmente otra cosa que la adición de algunos eslabones en una cadena sin fin de transformaciones de la materia, una cadena cuya iniciación se encuentra en los primeros albores de la existencia de nuestro planeta".

Mucho se ha hablado sobre padecimientos que surgieron en la década de los cincuentas, pues hasta hace poco parecen recordar cuadros que presentan una semejanza a los caso modernos del síndrome; empero, vuelve a surgir el fantasma de los registros poco confiables o inexistentes, demás de ser obvio que tales pacientes para la fecha de inicio del auge del mal ya habían fallecido y se carecían de las técnicas para hacer un diagnóstico acertado. En este terreno, las pruebas no escritas no cuentan¹⁰⁹. En consecuencia, los virus del tipo del VIH parecen haber estado en las poblaciones humanas por lo menos desde la mitad del siglo pasado¹¹⁰; tal conclusión a pesar de no tener un matiz del todo transparente, es a la que se puede arribar con mediana certeza por los inconvenientes ya apuntados, y que con toda seguridad seguirán siendo un óbice para la determinación d una fecha temporaria específica que indique la aparición de este virus.

Las argumentaciones que antes han quedado plasmadas, y sin el afán de caer en un absolutismo, nos lleva a determinar que las condiciones de

¹⁰⁹ Vid. GRMEK, Mirko: *Op. cit.*, pág. 186.

¹¹⁰ Existe poca evidencia médica que apoye lo dicho, sin embargo hay que reconocer la existencia de casos como el acontecido en febrero de 1952, con el ingreso al Baptist Memorial Hospital de Memphis, Tennessee, de un paciente de 28 años de edad, identificado sólo por las iniciales R. G., con el diagnóstico de "neumonía viral". Hasta dos semanas había gozado siempre de buena salud. La enfermedad se manifestaba por fiebre, malestar general, tos y dificultades respiratorias. La biopsia de una lesión macular de la piel mostró que se trataba de una reacción inflamatoria crónica no específica. No había leucocitosis; durante la estadía en el hospital el número relativo de linfocitos cayó de 47 a 15. Los test serológicos para la sífilis y la linfogranulomatosis dieron resultados negativos, igual que los hemocultivos para diversos parásitos. La administración de antibióticos no tuvo sino resultados pasajeros. Gracias a una biopsia pulmonar practicada en el paciente se comprobó por primera vez en la historia de la medicina *in vivo* y en un adulto, la presencia de inclusiones de gran tamaño en el citoplasma de ciertas células pulmonares. El paciente abandonó el hospital tres semanas después de la intervención quirúrgica, aparentemente en mejor estado de salud. Dos años después, la cicatriz de la toracomía fue infectada por el bacilo piociánico (*Pseudomonas aeruginosa*) y el enfermo murió de una septicemia fulminante. La autopsia confirmó el diagnóstico sugerido por la biopsia; se observaron en los cortes histológicos del pulmón una arteritis necrosante curiosa y una respuesta mononuclear tan intensa que parecía una infiltración linfomatosa. Algunos años después el patólogo alemán Herwig Hamperl reconoció en el caso los signos de una neumonía por *Pneumocystis carinii*, afectación superpuesta a la citomegalia. Ese diagnóstico fue confirmado en 1982 por Meter Nichols, médico de Los Ángeles, quien tuvo la idea de relacionarlo con el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. *Crf. GRMEK, Mirko: Op. cit.*, págs. 188 - 189.

aparecimiento y expansión de la epidemia da pistas evidentes sobre la percepción modernista de la misma: el SIDA es un padecimiento que debe catalogarse como nuevo ¹¹¹ ¹¹².

Es necesario llegar a una etapa donde el descubrimiento de la dolencia es evidente, y de donde parten todos los informes claramente definidos sobre su comportamiento, nos referimos al inicio de los años ochenta, refiriéndonos específicamente a los casos encontrados en Estados Unidos de América y Europa occidental.

Trataremos que la explicación evolutiva de la epidemia forme una secuencia lógica pues a medida que avanzaba la investigación de la misma se fueron uniendo elementos que desviaban su discusión etiológica; así que definitivamente si tenemos que avocarnos a un territorio específico donde se

¹¹¹ Aun cuando la cita de la que haremos uso habla acerca de la estratificación de una “enfermedad” en nueva, esto no nos debe hacer olvidar que ya se dijo, y se insiste, que para los efectos del presente estudio al SIDA se le considerará como un síndrome y no como una enfermedad, pero es casi obligado que al momento de realizar alguna analogía se debe atender a la mayor simplicidad posible, aparte que buscar ejemplos patológicos que compatibilicen exactamente con el comportamiento del SIDA sería una misión que ni siquiera se podría iniciar por todos los argumentos que ya se han dejado plasmado y que dejan en evidencia el carácter *sui generis* del mismo. Dada la anterior aclaración una enfermedad puede presentarse como nueva en por lo menos cinco situaciones históricas diferentes: 1ª. Ya existía antes de su primera descripción, pero escapaba de la mirada médica porque no podía ser conceptualizada como entidad nosológica; 2ª. Existía ya antes, pero no fue observada sino como consecuencia de un cambio cualitativo y/o cuantitativo de sus manifestaciones; 3ª. No existía en una región determinada del mundo y fue introducida a ella a partir de otra región; 4ª. No existía en ninguna población humana pero afectaba a una población animal; 5ª. Es absolutamente nueva, pues su germen causal no existía como tal antes de las primeras manifestaciones clínicas. Aun en este último caso existe cierta continuidad con el pasado: la enfermedad es entonces resultado de la transformación adaptativa de un germen saprófito o, con más frecuencia, comensal del hombre o de animales. También se contempla la posibilidad de un subgrupo de enfermedades absolutamente nuevas producidas artificialmente como resultado intencional como en el caso de la guerra bacteriológica o accidental a través de las manipulaciones biotecnológicas. Así GRMEK, Mirko: *Op cit.* pág.171.

¹¹² Con lo afirmado no estamos contradiciendo lo afirmado en la página 51 respecto a la posibilidad de que el aparecimiento de esta mortal enfermedad es producto de una mutación de un virus ya existente en la naturaleza, pues la misma fue hecha bajo riesgo que la misma se vea impregnada de la relatividad que tienen todas las teorías medianamente formales y fehacientes, sólo mencionamos el concepto de nueva en el sentido que las manifestaciones de la infección con todas sus variaciones virales son acontecimiento novedoso para la medicina, esto sin perjuicio de que la protohistoria del agente causante se encuentre en virus antiguos. Además, la conjetura de una posible modificación en el comportamiento de un virus será revisada más adelante cuando se ponga en evidencia que existen tendencias que le dan poca probabilidad a dicha variación.

dio la primera voz de alarma éste debe ser los Estados Unidos de América; en 1980, en ese país se dieron cuenta de la existencia de una enfermedad que les pareció “nueva”, ya que en apariencia nunca antes se había visto y por que para comprenderla habían de recurrir a modelos desconocidos para la patología y la epidemiología clásica; aún más, aunado a la primera sorpresa de un género de enfermedades que no estaban previstas por la teoría médica y que se extendían inexorablemente por todo el mundo pese a los esfuerzos médicos más sofisticados estaba el hecho de descubrir que las formas de contagio de las nueva peste estaban ligada a las prácticas sexuales, a la sangre y a las drogas, produciendo con esto que la magnitud de su impacto fuera mayor y la histeria colectiva, como siempre, fuera un óbice más para su control; surgiendo como se sabe prejuicios que partían del hecho de considerar la infección exclusiva de algunos grupos minoritarios, en este caso en movimiento homosexual hasta mencionar teorías con motes xenófobos que entendían a la dolencia como un mal “importado” porque irrumpía en un mundo ordenado proveniente de los países subdesarrollados por medio de grupos marginales y moralmente reprobables, teniendo tal convencimiento de esta teoría, inclusive la comunidad científica, que se escabulló en los primeros textos que hablaban de la nueva condición calificándola como un “virus extraño venido de afuera”¹¹³.

Especialmente llama la atención como registro histórico del surgimiento de la epidemia lo detectado entre finales de 1979 y junio de 1981, se detectó en Los Ángeles el surgimiento entre algunos de los miembros de la comunidad homosexual un padecimiento peculiar que incluía casos de

¹¹³ Vid. GRMEK, Mirko: *Op. cit.*, pág. 25.

síndrome mononucleico, con lapsos febriles, adelgazamiento y tumefacciones linfáticas, los métodos convencionales usados en esas circunstancias no parecían tener los efectos deseados, se creyó en un momento determinado que la actividad patológica podría estar siendo causada por el citomegalovirus¹¹⁴ conocido desde 1956 y perteneciente al grupo herpes, que en realidad resulta muy común y que solamente puede tener consecuencias celulares nefastas en los recién nacidos pues estos todavía no poseen el sistema inmunológico lo suficientemente desarrollado, siendo de carácter inocuo para los adultos; por las características que ya se mencionaron se atribuyó a ese tipo de virus el síndrome mononucleico febril; sin embargo, empezaron a aparecer singularidades como la circunstancia que al comparar dos casos que al parecer no tenían relación alguna mostraban una ligazón extraña pues en esos pacientes aparecía una disminución de los linfocitos especialmente por la desaparición casi completa de los linfocitos T, se observó a través de las pruebas de raspado bronquial que ambos enfermos padecían de neumocistosis, que es neumonía debida a la presencia del agente *Pneumocystis carinii*.

Para algunos de los investigadores que tuvieron un primer encuentro con el nuevo padecimiento este era provocado por una combinación de un ataque al sistema inmunológico producido por citomegalovirus y el virus Epstein - Barr¹¹⁵, pero para otros esta relación causal no era del todo satisfactoria pues les resultaba extraño que virus tan corrientes estuvieran causando esos niveles de inmunodepresión y que anteriormente no se

¹¹⁴ "Uno de los virus específicos del grupo herpes". Cfr. "Océano Mosby...", *Op. cit.*, pág. 259. Inclusive se sabía que la mayor parte de los homosexuales norteamericanos para entonces estaba infectado por ese tipo de virus, teniendo presencia este en un 94 %.

¹¹⁵ "Virus del grupo herpes que produce la mononucleosis infecciosa". Cfr. "Océano Mosby...", *Op. cit.*, pág. 475.

hubieren presentado cuadro similares a los que ahora tenían, por lo tanto la deducción de un comportamiento extraño en los viejos agentes conocidos despertó aún más el interés en la comunidad científica era poco probable que una cepa del citomegalovirus se hubiere vuelto tan ofensiva por una mutación¹¹⁶ o por sinergia por un virus desconocido. La revelación a nivel oficial de la nueva condición fue hecha el 5 de junio de 1981 por la agencia epidemiológica federal llamada Center for Disease Control¹¹⁷ a través de su Morbidity and Mortality Weekly Report¹¹⁸, en la cual mencionaba la descripción de cinco casos graves de neumonía observados desde octubre de 1980 hasta mayo de 1981 en tres hospitales de Los Ángeles, neumonía que se debía a la presencia de *Pneumocystis carinii* de la cual ya hemos hablado antes.

Para entonces también se habían detectado posibles casos en Nueva York¹¹⁹, ya había serios indicios de que la epidemia se había extendido a las principales ciudades estadounidenses, sin embargo, por el hecho de haberse manifestado en la comunidad homosexual se tomó la idea de denominarlo

¹¹⁶ En realidad esta posibilidad ni siquiera debe ser tomada como tal, pues si bien es cierto los microorganismos tienen la posibilidad de modificar su comportamiento y resistencia - como en el caso de la administración excesiva de antibióticos que refuerzan la resistencia hacia estos - la mutación que se traía a cuenta como la causante del nuevo padecimiento está fuera de los cuadros evolutivos normales pues no puede aparecer de forma espontánea sin que medie una cantidad de tiempo razonable.

¹¹⁷ Nuestra traducción al idioma castellano es Centros para el Control de Enfermedades.

¹¹⁸ Nuestra traducción al idioma castellano es Reporte Semanal de Proporciones y Mortalidad.

¹¹⁹ En marzo de 1980, un joven homosexual neoyorquino llamado Nick empezó a sufrir una afección sumamente molesta que dejaba perplejo a los médicos: agotamiento, adelgazamiento, periodos febriles y una general consunción lenta de todo el organismo, pero sin signos específicos. El enfermo y su amante recorrieron varias ciudades norteamericanas buscando una cura y a la vez, sin saberlo, distribuyendo a su paso su esperma patógena. La sospecha de un factor infeccioso se acentuó cuando un amigo neoyorquino de la pareja cayó enfermo con síntomas similares. Después de un ataque con pérdida del conocimiento, el *scanner* descubrió en Nick lesiones cerebrales. La exploración quirúrgica produjo finalmente un diagnóstico preciso: infección por *Toxoplasma gondii*. Las infecciones de ese tipo son bastante frecuentes pero casi siempre benignas, sobre todo en los adultos. Casi siempre pasan inadvertidas. En el caso de Nick, quien murió el 15 de enero de 1981, la toxoplasmosis cerebral fue una complicación mortal. La gravedad de su caso hizo pensar que un misterioso desastre del sistema inmunológico precedía a los demás hechos patológicos. *Crf. GRMEK, Mirko. Op. cit. pág. 28 y 29.*

como una “peste rosa” exclusiva de este grupo y que por lo tanto los heterosexuales no tendrían que preocuparse de nada.

La tesis sobre su posible surgimiento se fueron haciendo cada vez más diversas, una de las hipótesis que cogía mayor importancia y credibilidad era la que un virus animal se habría adaptado bruscamente al hombre. Se especula inclusive en esta época con la probabilidad que toda la génesis de la epidemia habría estado en las expediciones realizadas a África en los primeros años del siglo pasado; siendo que, como se comprobó después, ciertas especies de primates eran portadores naturales de virus similares al VIH. La posible entrada de este virus al organismo podría haber sido causada por la ingesta de carne de los primates o por posibles contactos zoonóticos. La conclusión más empírica sobre esta hipótesis se realizó en una coyuntura epidemiológica a causa de epizootias¹²⁰ que afectó a una colonia de monos macacos¹²¹ desde 1969 hasta 1981 en Los Ángeles, donde se diagnosticó un linfoma maligno y una depresión de la inmunidad con aparición de enfermedades oportunistas; cuando se da la cuarta oleada epidemiológica entre 1981 y 1982 llamó la atención de los científicos que por entonces estudiaban la epidemia desatada; descubriendo que algunos de ellos eran portadores de virus muy similares al VIH-1 y al VIH-2 el cual era para esta epidemia en particular una cepa denominada SIV¹²²; los macacos que murieron en la epidemia eran animales que se encontraban en cautiverio, siendo difícil entonces saber si el ser humano había infectado al

¹²⁰ “Concepto que se aplica al trastorno o enfermedad que se produce de forma simultánea en casi todos los animales de una determinada especie en una zona geográfica” Cfr. *“Océano Mosby...”*, Op. cit., pág 475.

¹²¹ Nos referimos a las especies *Macaca articoide* y *Macaca mulatta*.

¹²² Es un acrónimo inglés de Simian Immunodeficiency Virus, lo cual traduciríamos al castellano como Virus de Inmunodeficiencia de los Simios.

mono o viceversa; por lo que de inmediato se empezó a buscar un posible nexo entre los mismos, proporcionando dichas investigaciones resultados que causaban sorpresa, como fue el hecho de comprobar que el virus del SIDA efectivamente puede ser transmitido a los chimpancés ya sea por inoculación directa en la sangre o introduciéndolo en la vagina de las hembras, los monos infectados se vuelven seropositivos y llevan el virus en la sangre pero no manifiestan ningún trastorno patológico. Por lo tanto, se estableció la existencia de múltiples variables al virus del SIDA humano conocido. Se descubrió que los macacos que, en cautiverio, sufrían la infección, eran originarios de Asia, por lo que se procedió a estudiar muestras de sangre extraídas a monos asiáticos salvajes, donde no se encontró ninguna huella de infección por el SIV. Tampoco se encontraron rastros de infección en los exámenes de sangre practicados a chimpancés y babuinos africanos. En cambio más del 50% de los cercopitecos examinados¹²³ tenían anticuerpos anti-SIV en la sangre, esa proporción variaba en los diversos países africanos, entre 30 y 70%; también se notó que los monos mangabeys¹²⁴ estaban fuertemente infectados, se pudo observar que los animales que estaban infectados en condiciones naturales viviendo en su entorno libre no parecían sufrir ninguna anomalía sufrida en torno al virus diagnosticado, la entrada en el organismo del virus no producía ningún efecto patológico evidente. Con esto se confirmaba la existencia de virus paralelos al del SIDA que se desarrollaban en estructuras genéticas parecidas a las del ser humano como lo son los de los primates; sin embargo, la cepa

¹²³ Nos referimos a los monos verdes, principalmente a la especie *Cercopithecus aethiops*.

¹²⁴ Nos referimos a la especie *Cercocebus atys*.

que ataca al ser humano con su virulencia y agresividad¹²⁵, todavía no tenía un origen claro.

Otra de las teorías que se formularon en la línea del pensamiento que el virus había sido creación humana fue la de proponer que el mismo había sido creado con fines belicosos, es decir, como arma biológica. Se especulaba que la epidemia habría iniciado en Zaire, África, pero su origen no sería africano: el virus habría sido llevado hasta allí por los Estados Unidos de América en 1978 e inoculado por virólogos estadounidenses a sujetos negros, ya sea intencionalmente o como resultado de un error técnico, además ese virus mortal habría escapado de los laboratorios también en los Estados Unidos de América, en el mismo sitio donde había sido creado. Esta información fue difundida por una revista soviética, la *Literaturnaya Gazeta* del 30 de octubre de 1985, tomando como fuente de revelación un periódico de Nueva Delhi, conociéndose más tarde que ese periódico indio no había publicado esa información, aun cuando se conocían su tendencia prosoviética; lo anterior fue impulsado por mecanismos políticos inclusive, así en septiembre de 1986 con motivo de la cumbre de los países no alineados en Harara, Zimbabwe, se distribuyó un informe que tenía la apariencia de muy serio el cual estaba firmado por dos investigadores que decían pertenecer al Instituto Pasteur, Jacob y Lilli Segal; en el cual mencionaban que el virus del SIDA, en el estado del conocimiento que se tenía para entonces sólo podía haber sido constituida por manipulaciones genéticas,

¹²⁵ Una investigadora llamada Patricia Fultz aisló en un mangabey sano una cepa del SIV totalmente inofensiva para esa especie. Los monos infectados por esa cepa viral padecían una infección crónica que recordaba las formas menores del SIDA humano. Después del pasaje por el cuerpo de varios monos, el germen se volvía cada vez más virulento. Una cepa viral aislada después de una serie de pasajes e inoculadas a un mono sano provocó reacciones patológicas agudas y severas; inoculada a un mangabey lo enfermó, a pesar de su resistencia natural. Esa experiencia ilustra la posibilidad de que el actual VIH - 1 haya aumentado su virulencia para el hombre mediante un proceso similar. GRMEK, Mirko. *Op cit.*, pág. 188.

cosa que coincidía con la apertura del laboratorio P IV Fort Detrick en Maryland, y que teniendo en cuenta el periodo de incubación, es lo que explicaba que la difusión del SIDA partió de Nueva York que es una ciudad próxima a Fort Detrick y que por lo tanto la tesis que sostenía al SIDA como producto vinculado con la preparación de la guerra biológica podía ser presentada con certeza. Pronto se descubrió que los firmantes del informe no eran miembros del Instituto Pasteur sino docentes en Berlín Oriental, y que el mismo no era sino una cadena de especulaciones y conjeturas sin mayor fundamento.

Pero no sólo esa fue la vertiente que aseguraba la creación artificial del virus del SIDA, también este intento fue realizado en primer lugar por el médico londinense John Seale en un editorial publicado en la revista oficial de la Real Asociación de Médicos, que a su vez concedió una entrevista a un periódico, así como la publicación de un libro por parte de una escritora francesa llamada Rolande Girard¹²⁶. La información vertida, sobre todo la del Doctor Seale, fue difundida rápidamente, por lo que él mismo dijo que estaba convencido de la creación artificial del nuevo virus, el único detalle que escapaba a su conocimiento era precisar si fue creado por los norteamericanos o por los biólogos del Instituto Ivanosky de Moscú.

No obstante podemos afirmar que todas las elaboraciones teóricas que se utilizaron para atribuir su creación genética, no fueron otra cosa más que un factor psicológico que se trató de explotar con la intención de obtener mayor peso político a nivel internacional, en un panorama mundial que para aquel entonces se encontraba polarizado y cuyas repercusiones se hicieron

¹²⁶ Esta periodista estaba convencida de que el VIH era un “montaje genético” realizado por virólogos estadounidenses patrocinados por la CIA y el Pentágono, combinando el virus del visna con fragmentos ya sea del virus de la leucemia bovina o del HTLV. Mencionando al laboratorio P IV de Fort Detrick como el lugar donde se creó el mismo a finales de 1977.

sentir aún en nuestro país; hay una serie de factores¹²⁷ que descartan la posibilidad de la elaboración artificial del virus; empero, como teoría inacabada, pues no fue demostrada ni descartada, debemos decir que sería poco serio de nuestra parte asumir una posición dirigida a determinar tajantemente si fue creada por una u otra parte; más bien nos debemos limitar a proporcionar la información atinente, tal y como lo hemos hecho hasta el momento.

Dentro de este marco descriptivo presentado sobre las anteriores teorías, notará el lector que cada una despierta un atisbo de curiosidad y conjeturas, la mayoría de ellas infundadas, siendo que con esto se comprueba la advertencia hecha *supra*, que la dilucidación del origen etiológico de la epidemia está lejos de comprobarse en un cien por ciento.

3.3 FORMAS DE CONTAGIO.

Se ha hablado a través del tiempo sobre enfermedades infecciosas y enfermedades contagiosas. En este trabajo ya que abordamos el tema del SIDA es necesario saber que éste es un Síndrome “infectocontagioso”, por lo que debemos hacer una explicación respecto de las razones por las cuales se trata a nivel médico con éste calificativo, antes de mencionar cuáles son las formas de contagio del VIH/SIDA, con el fin de lograr un mayor entendimiento al momento de exponerlas.

“Los términos *enfermedades infecciosas* y *enfermedades contagiosas* son dos cosas diferentes. Las enfermedades infecciosas son causadas por

¹²⁷ Factores entre los que podemos mencionar que el SIDA existía en la naturaleza antes de 1977 (qué era la fecha aproximada de su creación) y que la tecnología genética de entonces todavía no se encontraba lo suficientemente desarrollada como para lograr tales niveles de manipulación genética.

microbios. Los microbios son virus, bacterias, hongos y parásitos. Las enfermedades contagiosas son las que se transmiten de una persona a otra.”¹²⁸ Un ejemplo de enfermedad infecciosa la constituye el Cólera¹²⁹, ya que es producido por un microorganismo infectante el cual es: *Vibrio Cholerae* y una enfermedad contagiosa es: la conjuntivitis¹³⁰.

Cabe mencionar en este apartado que las enfermedades contagiosas e infecciosas casi siempre están ligadas, como es el caso de la infección por VIH que es tanto infecciosa (causada por un agente denominado virus) como contagiosa (con tipos específicos de contacto, puede diseminarse de una persona a otra). Lo cual nos lleva a inferir que pueden haber enfermedades que son infecciosas pero no contagiosas y enfermedades contagiosas que implican infección. Las enfermedades siempre se producen por un agente extraño, pero no todas las enfermedades tienen la misma capacidad de transmitirse tan fácilmente como lo hacen otras. Esto se debe a dos variables importantes que nos ayudarán a entender cuando una enfermedad puede ser contagiosa; éstas son *Susceptibilidad* y el *Tipo de Contacto*.

La susceptibilidad es el estadio en que se encuentra el organismo cuando es vulnerable de adquirir una enfermedad a través de un agente infeccioso de cualquier clase. Es por eso que cuando calificamos a nuestro organismo como “no susceptible” queremos aludir en términos médicos, que nuestro sistema inmunológico ha creado anticuerpos contra un determinado

¹²⁸ Vid. BARTLETT, John G. y FINKBEINER, Ann K.: “Guía para vivir con VIH y SIDA”, pág. 34.

¹²⁹ “Infección bacteriana del intestino delgado que se caracteriza por la presencia de diarreas y vómitos graves, calambres musculares, deshidratación y depleción de electrólitos. Se propaga a través del agua y los alimentos contaminados por las heces de personas previamente enfermas...” Cfr. “Océano Mosby...”, *Op. cit.*, pág. 276.

¹³⁰ “Inflamación conjuntival causada por bacterias, virus, alergenos o factores ambientales. Se caracteriza por enrojecimiento de los ojos, secreción espesa, párpados pegajosos por las mañanas e inflamación indolora...” Cfr. “Océano Mosby...”, *Op. cit.*, págs. 293 y 294.

virus que anteriormente ha infectado a la persona¹³¹, o simplemente la persona ha sido prevenida y se ha vacunado con el fin de evitar un posible contagio de alguna enfermedad¹³².

Por otro lado, tenemos el concepto de Tipo de Contacto el cual sugiere que no todos los tipos de relaciones físicas entre seres humanos o con otros organismos patógenos son suficientes para causarnos una enfermedad, sino más bien que el tipo de contacto debe ser lo suficientemente adecuado para transmitir una enfermedad.

Para terminar con éstas dos variables, es necesario decir que la Susceptibilidad liga más con el concepto de enfermedades infecciosas pues tiene que ver con la transmisión de microorganismos directamente; y el concepto de Tipo de Contacto alude más a enfermedades contagiosas pues se debe tener una relación específica o un medio adecuado para que una enfermedad sea transmitida.

Lo anteriormente expresado no significa que el SIDA sea una enfermedad infectocontagiosa, sino un Síndrome Infectocontagioso. Es infeccioso porque es producido por un virus el cual es el VIH, de quien ya estudiamos cómo funciona dentro de la célula, es contagioso porque puede transmitirse de una persona a otra pero con un tipo de contacto específico y adecuado.

¹³¹ En esto tenemos que recordar lo que dijimos anteriormente sobre una de las características del Sistema Inmunológico: la Memoria, de tal forma que cuando el organismo humano se ve afectado por un virus que ya lo ha atacado en ocasiones anteriores los glóbulos blancos se encargan de crear los respectivos anticuerpos especializados para eliminar el virus ya anteriormente detectado.

¹³² Actualmente se está trabajando en una nueva rama de la medicina que lleva como nombre "Medicina Preventiva", que tiene que ver estrechamente con la Medicina Comunitaria, y tiene como fin evitar posibles brotes de enfermedades que afecten la salud de un determinado grupo. Se ha considerado que el desarrollo de esta nueva rama podría eludir el deterioro de la salud de una comunidad ante nuevas enfermedades o contra un posible rebrote. Algunos entendidos en la discusión apuestan a este nuevo rubro antes que a la Medicina Restrictiva, porque es más fácil prevenir que eliminar.

Ahora estamos en la capacidad de hablar de las formas de contagio del VIH/SIDA, las cuales constituyen los Tipos de Contacto o los medios adecuados por los cuales se transmite y adquiere ésta patología. Es importante exponer que dentro de las formas de contagio existen las vías de contagio que vienen a ser los fluidos corporales donde existe mayor índice de concentración de virus y estos son:

1. El semen y las secreciones vaginales;
2. La sangre; y
3. La leche materna.

El VIH puede ingresar al organismo a través de las mucosas, directa o indirectamente por medio de la sangre, por heridas abiertas, lactancia, luego a través del Sistema Circulatorio y así se disemina por todo el organismo produciendo la infección.

Sobre éste punto es necesario aclarar que existen otros líquidos corporales u otras formas de contacto que no son adecuadas para la transmisión del VIH: "Las cifras de VIH difieren en los diversos líquidos corporales. Su cantidad es mayor en el semen, la leche materna y la sangre, incluso la menstrual. El conteo del VIH es menor en las secreciones genitales de las mujeres. No es muy probable que el VIH se encuentre en la saliva, las heces o las lágrimas, aunque se ha descubierto, en cantidades muy bajas, en una minoría de personas. Por otra parte, el VIH no se ha encontrado en la orina. Para que el VIH cause infección debe pasar de los líquidos del cuerpo de una persona infectada al torrente sanguíneo de otra que no padezca la infección. La piel que recubre el exterior del cuerpo es una excelente barrera y, si está intacta, el contacto simple entre el VIH y la piel no transmitirá el virus. Las

mucosas que recubren la mayor parte del interior de la boca, la vagina y el recto también actúan como barrera contra el virus, pero son menos seguras que la piel.

Si la piel o una mucosa se agrietan o se rompen –tienen cortaduras o úlceras- el virus puede pasar al torrente sanguíneo¹³³. Por lo tanto, la sangre infectada, la menstrual, los líquidos vaginales o el semen en contacto con la piel intacta no representan, casi invariablemente, riesgo alguno. Pero en la piel o en las mucosas que tengan una úlcera abierta o una cortada, los mismos líquidos transmitirán con toda probabilidad el virus. Dejamos en claro por lo tanto que la mayor parte de los tipos de contacto comunes no implican riesgo de transmitir el virus. Estos tipos de contacto son los que todos llevamos a cabo de manera ocasional: estrechar la mano, abrazarse, compartir el sanitario o los utensilios para comer, besar¹³⁴, estar cerca de alguien portador que estornude, etc¹³⁵.”

¹³³ Un pinchazo accidental con una aguja utilizada en una intervención sobre una persona seropositiva puede transmitir el SIDA, pero eso sólo ocurre muy raramente. Por ejemplo, se ha registrado el caso de una enfermera francesa del servicio de reanimación parisiense de la Pitié - Salpêtrière, que en 1984 se pinchó el dedo con una aguja que acababa de utilizar para hacer una perfusión a un enfermo que había llegado de urgencia; ese incidente trivial fue declarado de rutina e inmediatamente olvidado, hasta octubre de 1988 en que manifestaciones cutáneas condujeron al descubrimiento de la infección de sida. La enfermedad fue reconocida como accidente de trabajo. La desdicha enfermera murió en junio de 1989. Cuatro personas más (tres enfermeras y una técnica médica) fueron infectados por contactos cutáneo - mucoso con la sangre de los enfermos. La primera, una enfermera inglesa, sufría de lesiones crónicas de la piel. La segunda, norteamericana, se ensució un dedo con la sangre que pasaba a través de una compresa: tenía las manos lastimadas. En el caso de la tercera, un tubo para la aspiración de sangre se rompió y la sangre le salpicó la cara; algunas gotas le salpicaron la boca; sufría de acné facial. La última, una técnica de laboratorio en los Estados Unidos, fue salpicada de sangre de un aparato destinado a separar el plasma de los glóbulos: tenía una dermatosis en la oreja y es posible que se la haya tocado con la mano.

¹³⁴ Como ya dejamos apuntado supra, la saliva no se constituye en un medio idóneo para el contagio del virus, se han hechos cálculos científicos que demuestran que se necesitarían aproximadamente 700 litros de saliva humana para poder transmitir el virus; no obstante, es necesario apuntar que existen riesgos si hay lesiones en la mucosa bucal del infectado o de la persona sana, que se acrecienta mucho más si ambos la poseen.

¹³⁵ *Vid.* BARTLETT, John G. y FINKBEINER, Ann K.: *Op. cit.* págs. 36 y 37.

3.3.1) Vía Sexual.

El contagio puede ser a través de contacto sexual vaginal, anal, oral sin protección o sea sin utilización de una barrera protectora, condón, campo de látex (para práctica de sexo oral¹³⁶). Durante relaciones sexuales sin protección, a través de las mucosas de la vagina, ano y boca el virus puede ingresar en el organismo. El área del ano es más pequeña y se puede dañar más fácilmente, por esto es muy común la rotura de vasos, con lo cual se da el contacto entre fluidos. La boca a su vez tiene normalmente pequeñas lesiones, por lo tanto el contacto con fluidos infectados es riesgoso.

La eficiencia con que se transmite el VIH durante el intercambio sexual depende de varios factores. Uno de los más importantes es la presencia de úlceras abiertas en los genitales de la persona no infectada. La causa más común de úlceras genitales son otras enfermedades de transmisión sexual, como el herpes¹³⁷, la sífilis¹³⁸ y el chancro¹³⁹. Las úlceras abiertas permiten que el virus penetre directamente en la sangre. El riesgo de transmisión aumenta enormemente cuando se encuentran úlceras en los genitales. Otro factor es si la persona infectada es hombre o mujer. Casi todas las enfermedades de transmisión sexual se transmiten con mayor facilidad del hombre a la mujer. Un último factor que aumenta el riesgo de transmisión es el tipo de práctica sexual. El contacto sexual que virtualmente

¹³⁶ "El sexo oral es la estimulación oral de los genitales, ya sea *cunnilingus* (llevada a cabo en la mujer) o *felatio* (realizada en un hombre)..." *Vid Ibid.*

¹³⁷ "Infección producida por el virus herpes simple que tiene gran afinidad por la piel y el sistema nervioso y ocasiona la aparición de pequeñas ampollas llenas de líquido de evolución transitoria, a veces dolorosa, que asientan en la piel y las membranas mucosas." *Cfr. "Océano Mosby..."*, *Op. cit.*, pág. 659.

¹³⁸ "Infección venérea, producida por la espiroqueta *Treponema Pallidum*, que normalmente se transmite por contacto sexual y se caracteriza por distintos estadios o efectos en un período de años." *Cfr. "Océano Mosby..."*, *Op. cit.*, pág. 1162.

¹³⁹ "Lesión cutánea de la sífilis primaria que aparece en el punto de infección en forma de pápula y evoluciona hasta constituir una úlcera roja, indolora y no sangrante, de aspecto telescópico." *Cfr. "Océano Mosby..."*, *Op. cit.*, pág. 341.

siempre ha originado infección por VIH ha sido el coito anal o vaginal. “Estudios de la transmisión de VIH entre hombres homosexuales sugieren que el coito anal es un medio especialmente eficiente de transmitirlo. Durante el coito anal, suelen romperse o agrietarse las paredes delgadas del recto y exponer los vasos sanguíneos al semen infectado. La pared vaginal es más gruesa y menos probable que se corte, de tal manera que la transmisión es menos factible, aunque claramente posible. Cualquier práctica sexual que expone la sangre de una persona no infectada a sangre, semen o líquido vaginal de una persona infectada permitirá que se transmita el VIH.”¹⁴⁰

Así descrita la forma de contagio de VIH por vía sexual podemos acercarnos al problema que nos atañe, pues evidente que existe un marco suficiente de personas que están en alto riesgo de adquirir el VIH a través de la vía sexual, pues en nuestro país existe un verdadero desconocimiento sobre las prácticas que conllevan a sufrir la infección mortal, ya dijimos anteriormente que las costumbres sexuales de la población salvadoreña son menos diversas si se comparan con las de otras regiones¹⁴¹, pero la mayor parte de la población las realizan en la total ignorancia, siendo propicio para la diseminación de la infección. Dejemos en claro que no nos parece adecuado indicar a determinados grupos como “de riesgo”, pues si bien es ciertos la diversidad de contactos sexuales es mayor, no se puede generalizar, ya que por ejemplo, una prostituta puede que tenga muchos contactos sexuales en una semana, pero una persona, que no se considere dentro del sector de riesgo, sino “normal”, puede ser promiscua y realizar igual o mayor número de contactos, y no necesariamente por dinero; otro ejemplo

¹⁴⁰ Vid. BARTLETT, John G. y FINKBEINER, Ann K.: *Op. cit.*, págs. 41 y 42.

¹⁴¹ Con esto no estamos diciendo que algunas de estas no se den, pero evidentemente en menor escala, podemos palpar esto con la reticencia que existe en nuestra sociedad a aceptar actividades que en otros países es normal, pero que en el nuestro se dan en la clandestinidad, para dar un ejemplo podemos mencionar las *sex shop* y las playas nudistas.

puede ser vertido sobre un sector que al inicio de la epidemia fue atacado de manera discriminadora: el homosexual; decimos esto pues debemos desvincular de una vez por todas la valoración errónea sobre determinados sectores y auto atribuirnosla, pues nada impide que una pareja de homosexuales se sean fieles mutuamente y con eso cortaran de tajo ese "riesgo" que les atribuyen, ¿dónde quedaría el supuesto riesgo?; creemos conveniente añadir que el sector de riesgo lo constituimos todos y no unos cuantos; así, la prostituta sin clientes no es factible de infectarse; es decir, deben mediar terceros (todos nosotros), para que la ecuación se cumpla. El anterior riesgo aumenta considerablemente si tomamos en cuenta que aunque a veces existen medios para protegerse los mismos son mal empleados, el condón por ejemplo aunque tenga una de las mejores eficacias atribuidas se vuelve en muchas ocasiones ineficaz, pues no es bien utilizado o en el peor de los casos no es utilizado.

3.3.2) Vía Sanguínea.

El contagio puede ser a través de sangre en el sentido de sufrir una invasión del virus a través de una cortadura o la introducción de un objeto previamente¹⁴² expuesto a los fluidos de una persona enferma o transfusiones. "El VIH puede transmitirse por la sangre que quede en una aguja contaminada, o en la jeringa, o en cualquier otro componente de los utensilios que se usan al preparar la droga para su inoculación. Los factores que influyen en la eficiencia de la transmisión incluyen la cantidad de sangre,

¹⁴² El tiempo que media entre la exposición previa al virus y su inoculación debe ser poco, si acaso minutos para que se dé efectivamente un contagio, pues el virus no puede sobrevivir por mucho tiempo en las condiciones de medio ambiente normal, ya que es muy frágil y muere después de algunas horas.

el tiempo que ha permanecido la sangre fuera del cuerpo antes de la inyección, si la sangre está seca y la cantidad de virus en la sangre¹⁴³”.

En cuanto a las personas que tienen más riesgo de contraer la infección de VIH por ésta particular vía tenemos que mencionar a todos los que practican el consumo de drogas por vía endovenosa, todo el personal de salud que tiene que manipular agujas y jeringas (*Vid. supra*, nota 133), las personas que necesitan transfusión de sangre ya sea para una operación o para cualquier otra situación y los hemofílicos¹⁴⁴.

“En lo que se refiere a usuarios de drogas por vía endovenosa, el utilizar una jeringa que estuvo en contacto con sangre infectada y que luego ingresará en el torrente sanguíneo de otra persona, conlleva un riesgo altísimo de transmisión de la infección”¹⁴⁵.

Los trabajadores de la salud, como ya dijimos anteriormente tienen un alto grado de riesgo de contraer la infección de esta forma, porque pueden sufrir una lesión por punción con aguja o con otro utensilio cortante, por esta se entiende toda lesión con un instrumento cortante, como aguja o un escalpelo, durante la cual se mezcla sangre de la persona que presta los cuidados de salud con la sangre del paciente. Siendo por esta causal que encontramos poca referencia a la misma en la doctrina médica: “Al parecer, se cree que, en ciertos casos muy raros, algunos pacientes también pueden adquirir la infección por VIH del personal de salud infectado. Sabemos de un dentista que transmitió el VIH a cinco de sus pacientes. Sin embargo, no se ha aclarado exactamente cómo ocurrió la transmisión¹⁴⁶...”

¹⁴³ *Vid.* BARTLETT, John G. y FINKBEINER, Ann K.: *Op. cit.*, págs. 42 y 43.

¹⁴⁴ Los hemofílicos son todas aquellas que tiene una deficiencia en poder coagular la sangre. La hemofilia es: “Trastorno Hereditario caracterizado por una tendencia hemorrágica patológica (...) se transmite como carácter recesivo ligado al cromosoma X y que se debe a una deficiencia del factor VIII de la coagulación”. *Cfr.* “Océano Mosby...”, *Op. cit.*, pág. 640.

¹⁴⁵ *Vid.* Organización Panamericana para la Salud, *Op. cit.*, pág. 45.

¹⁴⁶ *Vid.* BARTLETT, John G. y FINKBEINER, Ann K. *Op. cit.*, pág. 44.

Por otro lado tenemos el caso de las personas que necesitan transfusiones de sangre. La transfusión representa un riesgo alto si la sangre donada contiene VIH. “En la actualidad, el abastecimiento de sangre está casi, aunque no completamente, libre de VIH; se estima que alrededor de 1 de cada 225,000 unidades escapa al proceso de detección de VIH. Lo mismo puede decirse de los hemofílicos, que se tratan con un producto hematológico llamado *factor de coagulación*, que se obtiene de la sangre de varios miles de donadores”¹⁴⁷.

Para terminar con éste acápite hay que hacer mención especial de que cualquier otra persona que maneje objetos cortantes como cuchillos, navajas y tijeras que estén contaminadas de sangre infectada con VIH son un peligro para causar la transmisión. Por ello puede suceder que hayan personas que intenten infectar a otras a través de objetos cortantes como por ejemplo en un robo, o en el caso de que el barbero no desinfecte la navaja que utilizó con un cliente para usarla con otro; y en el caso de las personas que por disposición normativa cumple una función de garante dado su rol.

3.3.3) Vía Perinatal.

Para entender rápidamente en qué consiste ésta forma de transmisión del VIH debemos de explicar rápidamente que es cuando la madre embarazada o que amamanta al recién nacido transmite el VIH al bebé; una mujer infectada embarazada puede transmitir la infección al bebé en el período intrauterino a través de la placenta, durante el parto o en la lactancia.

¹⁴⁷ Vid. *Ibíd.*

“Un tercer riesgo con alta probabilidad de infección es el embarazo en una mujer con infección por VIH. Una madre infectada tiene de un 20 a un 35% de posibilidades de transmitir el VIH al feto, a menos que tome AZT - más adelante explicaremos éste término-. Exactamente cómo o en qué momento se lleva a cabo la transmisión es algo que no ha llegado a establecerse de manera estricta; tal vez se lleve a cabo cuando el bebé aún se encuentra en el útero, pero en la actualidad parece que la mayor parte de estas transmisiones ocurre cuando el bebé pasa a través del conducto del parto y se encuentra en contacto con las secreciones genitales y la sangre de la madre”¹⁴⁸.

Es por lo anteriormente expresado que los partos de una mujer infectada con VIH tienen que hacerse más apropiadamente por cesárea¹⁴⁹, para evitar que el neonato tenga contacto con los fluidos vaginales de la madre o con la sangre. Al hacer el examen para determinar si el bebé nació con VIH éste puede dar naturalmente positivo en varios exámenes y determinar que sí es portador del VIH, pero en otros casos puede dar como resultado positivo al principio y negativo al hacerle otros exámenes en períodos relativamente cortos de tiempo, esto se explica de la siguiente forma: el examen -del cual hablaremos más adelante-, consiste en detectar si el organismo tiene anticuerpos de tal forma que si los hay, es que existe presencia del virus; en bebés nacidos de madres infectadas, estos reciben anticuerpos de la madre en contra del virus a través de la placenta pero no reciben el virus, y luego en un futuro no generan anticuerpos, por lo tanto quedan como negativo antes de los 18 meses.

¹⁴⁸ Vid. BARTLETT, John G. y FINKBEINER, Ann K.: *Op. cit.*, pág.43.

¹⁴⁹ “Intervención quirúrgica que consiste en realizar una incisión en el abdomen y el útero y extraer el feto por vía transabdominal.” Cfr. “Océano Mosby...”, *Op. cit.*, pág. 244.

Por otro lado en la lactancia materna es difícil medir el riesgo de transmisión del VIH. Es más probable que la mayoría de los niños con infección por VIH se hayan infectado antes de nacer, o durante el nacimiento. “Los mejores estudios sobre el riesgo de la lactancia materna se llevaron a cabo en África con mujeres que se infectaron después de nacer sus niños y que estaban amamantándolos. De un 25 a un 50% de ellos se infectó durante la lactancia materna”¹⁵⁰.

Tanto la leche materna como el semen contienen grandes cantidades de linfocitos (portadores del VIH), y los linfocitos ingeridos pueden ser un riesgo serio. En consecuencia, la madre efectivamente puede transmitir el VIH a su bebé a través de la leche, pues además de esto ocurre una situación especial la cual consiste en que habitualmente se forman grietas en los pezones, el bebé succiona leche con sangre. Obviamente el alimento del bebé que es la leche se transforma en sangre propia por lo cual es posible que adquiera el virus por esta vía.

3.4) FASES DEL DESARROLLO DE LA INFECCIÓN.

Esta parte tiene estrecha vinculación con la diferenciación que existe entre el virus que produce el SIDA, y el SIDA como manifestación plena; con esto se podrá observar de manera más detenida cómo evoluciona la infección; por cuestiones meramente didácticas hemos tomado a bien desglosar en dos partes las fases, ya que en realidad constituyen un solo proceso evolutivo, empero es importante ver cuáles son los momentos más propicios para que se dé un contagio de manera imperceptible, pues es

¹⁵⁰ Vid. BARTLETT, John G. y FINKBEINER, Ann K. *Op. cit.*, pág. 43 y 44.

evidente que a la luz de nuestro estudio nos interesa las primeras fases de la dolencia, ya que es ahí donde se puede dar el contagio de parte de una persona que aparentemente está sana, pues existe, por ejemplo, poca probabilidad que alguien sostenga relaciones sexuales con una persona que evidentemente está enferma, aunque no descartamos, como en todo, que bien pudiera darse el hecho de que un individuo, que muestre evidentes signos de la infección, contagie a una persona sana por medio de una violación sexual¹⁵¹.

De esta manera enfocaremos nuestra atención en dos puntos de evolución, la fase asintomática y la fase sintomática, advirtiéndole que, el periodo asintomático no necesariamente significa que la persona infectada desconozca tal situación, aunque por lo general suceda esto, pues algunos pasajes de la descripción a iniciar pudieran parecer como una contradicción en la misma al señalar las peculiaridades propias de cada una; pero además catalogaremos otros periodos que son propias de los mismos.

3.4.1) Periodo Asintomático.

En este primer momento debemos tener en claro que desde el instante de la infección el virus se reproduce dentro del organismo de manera acelerada, el paciente puede presentar incluso una infección aguda y tal situación puede que no sea detectable en ese momento, esto se debe a que, como explicábamos anteriormente, el sistema inmunitario ante un ataque de

¹⁵¹ Creemos posible la existencia de un Concurso Ideal de Delitos, pues es evidente que se puede dar en el ejemplo que hemos apuntado, siendo posible a manera de otro ejemplo, el caso de una mala praxis, que a la vez derive en un contagio.

agentes extraños se encarga de producir los anticuerpos necesarios para combatirlos; en casi todas las afecciones que atacan al organismo ocurre que los síntomas preceden a la producción de anticuerpos en el organismo. Entre la sexta a la doceava semana después de la infección la cantidad de anticuerpos generados por el organismo para contrarrestar al VIH es lo suficiente como para dar un resultado positivo en los exámenes realizados para tal fin, por lo tanto se dice que se ha producido una seroconversión¹⁵². Los anticuerpos que genera el mecanismo inmunológico contra las infecciones virales por lo general eliminan el virus y se quedan en la “memoria” del sistema inmunológico para contrarrestar futuras apariciones del mismo, estos anticuerpos disminuyen la concentración del VIH, pero no lo eliminan del todo, como consecuencia de esto la persona permanece infectada por el virus y es susceptible de transmitirlo, los únicos síntomas que se pueden hacer evidentes cuando ya se ha dado la seroconversión son cuadros parecidos a la gripe y una fiebre con adenopatías (mononucleosis infecciosa¹⁵³)

Mucho tiempo después de haberse dado la seroconversión, inclusive años, a las personas que están infectadas no les acontece ningún síntoma, de hecho la persona no se dará cuenta que padece la infección si no se hace un examen; esto no quiere decir que el virus se encuentre inactivo o que no se reproduzca, nada más alejado de la realidad, ya que el virus se reproduce

¹⁵² Así es denominada la aparición de anticuerpos específicos para contraatacar al VIH; así tenemos que en más del 95% de las personas, los resultados de los análisis para detectar el VIH son positivos unos tres meses después de la transmisión, y en más del 99% son positivos a los seis meses. Cfr. HOPKINS, Johns: *“Guía para vivir VIH y SIDA”*. págs. 72 y 73.

¹⁵³ Infección aguda causada por el herpesvirus de Epstein - Barr. Se caracteriza por fiebre, dolor de garganta, inflamación de los ganglios linfáticos, linfocitos atípicos, esplenomegalia (aumento del tamaño del bazo), hepatomegalia, anormalidad de la función hepática y equimosis. Cfr. *“Océano Mosby...”*, Op. cit., pág. 876.

explosivamente en los ganglios y en la sangre durante este periodo asintomático, de hecho estudios más profundos señalan que el VIH produce alrededor de mil millones de virus cada día.

Lo que sí puede variar dependiendo de cada caso es el tiempo de duración de este periodo asintomático, yendo el promedio de los cinco a los ocho años hasta que se diagnostica SIDA¹⁵⁴. Existen excepciones en cuanto al tiempo que media hasta la aparición del SIDA; es poco común que desde el contagio hasta el desarrollo de SIDA haya un corto tiempo, de dos o menos años, por lo general son personas que presentan cuadros propensos a un desgaste del sistema inmunológico, como desnutrición, padecimiento previo de enfermedades complejas, edad avanzada, etcétera. Por el contrario, existe un grupo de persona que a pesar de estar contagiados por el VIH no presenta síntoma alguno y el número de células T- 4 se mantiene normal, es tanto el tiempo que estas persona pasan sin experimentar anomalía alguna que son denominados “no progresivos crónicos”; para ser considerados en esta categoría las personas tienen que cumplir tres parámetros establecidos: deben padecer la infección por VIH cuando menos desde hace ocho años; deben tener un conteo normal de células T-4 y no haber recibido tratamiento alguno contra el VIH, es de resaltar que el porcentaje de las personas que desarrollan este tipo de resistencia es bastante bajo, y aún se especula del por qué de este fenómeno¹⁵⁵. De todas maneras esto no nos debe conducir a

¹⁵⁴ Según cuatro diferentes estudios (llevados a cabo antes que se dispusiera de algún tratamiento eficaz), el tiempo que media entre la transmisión del VIH y del SIDA es el siguiente: al cabo de 1 año, el número de personas con infección por VIH a quienes se les diagnosticó SIDA fue de 0%; al cabo de 2 años, también fue de 0%; a los 3 años, 3%; a los 4 años, 6%; a los 5 años, 12%; al cabo de 6 años, 20%; a los 7 años, 27%; a los ocho, 36%; a los 9 años, 45% y a los 10 años, 53%. *Vid.* HOPKINS, Johns; *Op. cit.*, págs. 73 y 74.

¹⁵⁵ Dentro de las teorías que se han elaborado sobresalen, por ejemplo, las que señalan que los pacientes pudieron ser infectado por una cepa del virus muy frágil, o que estas personas tengan una respuesta inmunitaria bastante eficiente y que desarrollen altas cantidades de anticuerpos contra el virus y que a la vez tengan una respuesta de las células T - 8 muy eficaz. *Vid. ibid.*

equivocaciones, estamos hablando de una estabilización en todo caso siempre momentánea, y en ningún momento se plantea que la infección dé estabilidad permanente y que la misma no deje de provocar los efectos que ya le conocemos.

Ya hablamos de la importancia que tienen las células T-4 dentro del funcionamiento del sistema inmunitario, estas células se encuentran en una cifra normal de 1000 células T-4 por mililitro de sangre, la persona que está contagiada de SIDA no muestra señales de la infección sino hasta que su número de células T-4 decae a menos de 200 o inclusive antes; por lo tanto la medición constante de los niveles de estas células contribuyen a conocer cual es el estado de avance real de la enfermedad.

Dentro de esta etapa, podemos encontrar un trastorno denominado linfadenopatía generalizada persistente, que consiste en un término utilizado para denominar a la inflamación permanente de las glándulas linfáticas¹⁵⁶, la infección por VIH es en gran parte una infección del sistema linfático.

3.4.2) Periodo Sintomático.

Dentro de este periodo se da el denominado Complejo relacionado con el SIDA, para entonces el virus ha dañado considerablemente el sistema inmune, presentándose muchas infecciones oportunistas tales con

¹⁵⁶ El sistema linfático es una red extensa de conductos, iguales a los del sistema circulatorio, que transporta la linfa, un líquido que contiene linfocitos (entre los que se incluyen las células T-4). La linfa se absorbe de los tejidos por capilares muy pequeños y llega a los ganglios linfáticos donde se filtra. Los ganglios linfáticos son masas de tejido linfático distribuidas ampliamente en todo el cuerpo. Un ganglio linfático inflamado significa, por lo general, que el sistema inmunitario está combatiendo una infección. Muchas infecciones hacen que los ganglios linfáticos se inflamen. *Cfr.* HOPKINS, Johns: *Op. cit.* pág. 77.

manifestaciones de hongos¹⁵⁷, herpes¹⁵⁸ problemas ginecológicos en las mujeres¹⁵⁹, púrpura trombocitopénica idiopática¹⁶⁰, neumonía por neumococos¹⁶¹, tuberculosis¹⁶².

Dentro de esta fase encontramos la denominada etapa de infección sintomática tardía o SIDA terminal; aquí la inmunodepresión es grave, aquí el conteo de células T-4 ha disminuido a menos de 200, de esta manera el organismo es presa fácil de infecciones extremadamente oportunistas como

¹⁵⁷ Dentro de este tipo de afecciones podemos mencionar al denominado “algodoncillo”, causada por el hongo *Candida albicans*. Los síntomas consisten en placas blancas en la boca, a lo largo de las encías o en la lengua. El algodoncillo prácticamente nunca ocurre si no existe un problema médico subyacente. Es también una de las infecciones que se presentan con mayor frecuencia en personas infectadas por el VIH; casi un 80% de los infectados tendrá “algodoncillo” alguna vez: Otro tipo de afección parecida a la anterior es la Leucoplasia Velloso Oral, que se manifiesta en la lengua, y consiste en pequeñas protuberancias blancas, en forma de vellosidades; tal infección es causada por el virus Epstein - Barr, que también produce la mononucleosis infecciosa, interesante es saber que la mayoría de las personas está infectada con este virus, pero ellas no advierten su presencia, usualmente han padecido mononucleosis infecciosa cuando estaban jóvenes, no obstante se reactiva cuando el sistema inmunológico se ve disminuido, a diferencia de la anterior infección, que puede atacar a otras persona que no necesariamente estén contagiadas, esta ataca casi de manera exclusiva a las persona infectada por el virus del SIDA.

¹⁵⁸ El virus que causa el herpes zoster, es el mismo que también causa la varicela; este tipo de padecimientos es usual en nuestro medio, así, los adultos que han padecido de varicela en su niñez conservan el virus del herpes vivo en su organismo por toda la vida, permanece sin dar molestia alguna pero puede aparecer en forma de herpes, especialmente cuando hay episodios de debilidad del sistema inmune; situación que en modo alguno pone en riesgo la vida del paciente; pero esa excepcionalidad se puede constituir en un padecimiento habitual para pacientes que están infectados con el VIH.

¹⁵⁹ Especialmente aquellos padecimientos causados por hongos y cáncer cervical.

¹⁶⁰ En este caso es una dolencia en la cual el cuerpo produce anticuerpos que atacan a las plaquetas, o en el peor de los casos deja de producirlas; así, puede ser que ocurran sangrados constantes de encías o que pequeñas cortaduras que en teoría no deberían significar mucho provoquen un sangrado intenso.

¹⁶¹ Lo importante en este tipo de infección es que no necesariamente le acontece a una persona infectada y que tenga las defensas bajas, pero existe la posibilidad para las personas que sí padecen la infección de que la padezcan de manera más grave y además es 100 veces más frecuente que en las personas no infectadas por el SIDA. *Vid. supra* nota número 104.

¹⁶² Es causada por una bacteria llamada *Mycobacterium tuberculosis*, que produce la enfermedad aun cuando las defensas del organismo están en los niveles normales, siendo una enfermedad que puede acaecer aun cuando la enfermedad no esté en plena manifestación. La dualidad existente entre estas dos epidemias era lógica, ya que muchas personas están infectadas con la bacteria, pero el 90% de ellas no llega a desarrollar la enfermedad gracias a un eficiente sistema inmunológico, entendiéndose esto como una infección latente; el principal problema que se tiene de esta nefasta “asociación” entre ambas patologías se ve incrementado por que existe una cepa particularmente agresiva de la bacteria de la tuberculosis, tal cepa no responde a los fármacos estándar contra la enfermedad, ocasionando muchos más problemas al tratarla de controlar en pacientes infectados por el VIH.

el Sarcoma de Kaposi (*Vid. Supra* nota 101) y la neumonía¹⁶³; en este caso el SIDA desarrollado parece ser siempre fatal, ya que existen pocas posibilidades de estabilización, pocos pacientes viven más de tres o cuatro años.

Un fenómeno que coincide con esta etapa terminal, aunque no de manera general, es la llamada demencia por SIDA; al parecer el virus del SIDA puede atravesar la barrera hematoencefálica, la cual normalmente filtra las sustancias de la sangre que pueden dañar el cerebro; una vez dentro el VIH puede destruir ciertas células del cerebro causando síntomas como pérdida de memoria, confusión, deterioro del proceso de pensamiento, comportamiento inapropiado, cambio de la personalidad, senilidad prematura e incontinencia. La mayoría de pacientes con SIDA desarrollan algunas señales de afectación cerebral o del sistema nervioso.

3.5) FARMACOLOGÍA.

Para hablar de todos los aspectos de farmacología es interesante que antes abordemos un poco sobre las pruebas de laboratorio que se realizan para detectar la presencia de VIH. Estas tienen la finalidad, como ya lo dijimos anteriormente de detectar la presencia de anticuerpos en la sangre para determinar la infección por VIH. Cada vez que ingresa en el organismo un agente externo, el organismo reacciona generando anticuerpos, los mismos funcionan como defensas en algunos casos, no es así en el caso del VIH, donde solo tienen por función anunciar que presencia de virus.

¹⁶³ En este caso nos estamos refiriendo a la provocada por *Pneumocystis carinii*, ya que esta sólo produce neumonía si las defensas inmunitarias se hallan debilitadas, contrario con la versión estándar de la misma (*Vid. supra.* Notas 104 y 110.)

Es necesario advertir que existe una diversidad¹⁶⁴ de pruebas que tratan de detectar anticuerpos en las personas que son sospechosas de ser portadoras de la infección; una de estas que ameritan especial mención es la denominada prueba ELISA¹⁶⁵ pues esta la que posee mayor difusión además de utilizar pocos recursos tanto económicos como técnicos; y ésta consiste en extraer un poco de sangre del cuerpo y detectar a través del microscopio si existen anticuerpos indicativos de infección por VIH. Este procedimiento debe realizarse dos veces con un período intermedio de 3 a 6 meses, porque desde el momento de la infección hasta aproximadamente 6 meses después, aparecen en la sangre los anticuerpos para el VIH. A este período se le llama “Período de Ventana Inmunológica”. Las pruebas pueden dar resultados: Positivo, Negativo y Falso Positivo. Para confirmar un diagnóstico se deben considerar al menos dos resultados de pruebas antes de confirmarlo.

Los posibles resultados de las dos pruebas son:

- a) Resultados Positivo y Positivo, la persona está infectada con el VIH (en caso que no haya tenido conductas de riesgo, se supondrá que son resultados falsos y se repetirá la prueba);
- b) Resultado Negativo y Negativo, la persona no está infectada con el VIH (en caso que haya tenido conductas de riesgo se repetirá la prueba);
- c) Resultado Negativo y Positivo, la persona está infectada con el VIH (cuando se encuentra en período de ventana y por lo tanto el segundo resultado da positivo, porque se produjo la seroconversión);
- d) Resultado Positivo y Negativo, en un bebé no está infectado, en un adulto se debe repetir la prueba (este fenómeno de “Negativización”

¹⁶⁴ Existen varios tipos de exámenes para la detección de la infección tales como el test de amplificación genética, test Western blot y el RIPA.

¹⁶⁵ Es el acrónimo de *Enzyme - Linked Immuno - Sorbent Assay*.

sólo ocurre en bebés, por las razones expresadas anteriormente). Los bebés nacidos de madres infectadas deben pasar por las pruebas cada tres meses, hasta tanto cumpla los dieciocho meses; los resultados pueden dar positivo hasta el final, esto indica que el bebé ya nació infectado con el VIH.

Después de haber hecho estas cortas aclaraciones sobre como detectar el VIH, ahora es conveniente estudiar un poco sobre el tratamiento a nivel médico.

Existen diferentes categorías de Tratamientos:

- a) *Drogas Antiretrovirales;*
- b) *Medicamentos para tratar enfermedades oportunistas;*
- c) *Profilaxis¹⁶⁶ para prevenir nuevas infecciones.*

Las llamadas *Drogas Antiretrovirales*, tienen como función bloquear la reproducción viral ya sea inhibiendo la transcriptasa inversa o la proteasa del VIH. Los inhibidores de transcriptasa inversa impiden la multiplicación del VIH; como ya dijimos la transcriptasa inversa es la enzima viral encargada de copiar la cadena de ARN a ADN; esta es la enzima que el VIH utiliza para cambiar su mensaje químico o genético en una forma que pueda ser fácilmente insertada dentro del núcleo de la célula infectada. En esta etapa en el proceso de auto-reproducción del VIH ocurre, inmediatamente después que el VIH infecta la célula, mucho antes de la etapa donde están involucrados los inhibidores de proteasa.

¹⁶⁶ "Prevención o protección de la enfermedad, generalmente mediante un agente biológico, químico o mecánico capaz de destruir los organismos infecciosos o impedir su entrada en el organismo." *Cfr. "Océano Mosby..."*, *Op. cit.*, pág. 1049.

Debido a que los inhibidores de proteasa y los inhibidores de la transcriptasa inversa trabajan durante dos etapas diferentes en el proceso de auto-reproducción del VIH, se están investigando el uso de los medicamentos de los dos grupos al mismo tiempo.

Los fármacos inhibidores de la *Transcriptasa Inversa* son:

- *Zidovudina*: conocido como AZT, el nombre comercial es Retrovir. Este medicamento mejora la supervivencia en pacientes con SIDA; es reconocida la eficacia que presenta para la prevención de la transmisión de la madre al feto; en mujeres embarazadas infectadas por el VIH, no tratadas previamente, se comprobó una disminución significativa de la tasa de transmisión de madre a hijo. Efectos secundarios son: náuseas, dolores de cabeza, insomnio, no obstante tienden a disminuir con el paso del tiempo.
- *Didanosina*: conocida como DDI, el nombre comercial es Videx. Este medicamento puede ser administrado sin ningún otro medicamento en algunos pacientes de fase inicial. Entre sus efectos secundarios están: pancreatitis¹⁶⁷ y diarrea.
- *Zalcitabina*: conocida como DDC, el nombre comercial es HIVID. Este medicamento se aplica junto con otros medicamentos, su utilidad se basa en la asociación con otras drogas, en pacientes tratados

¹⁶⁷ "Proceso inflamatorio del páncreas que puede ser agudo o crónico". Cfr. "Océano Mosby...", *Op. cit.*, pág. 963.

previamente con otros fármacos. Efectos secundarios: fiebres altas, neuropatía¹⁶⁸ en extremidades inferiores.

- *Estavudina*: conocida como D4T, el nombre comercial es Zerit. Este medicamento es eficaz para evitar la progresión de la infección en pacientes que han recibido ya otros medicamentos. Efectos secundarios: náuseas, fiebre, anorexia¹⁶⁹ y neuropatías.
- *Lamiduvina*: conocida como 3TC, el nombre comercial es Epivir. Este medicamento es muy eficaz, condiciona una rápida resistencia que se constata a las dos semanas de administrarlo. Efectos secundarios: fiebre, diarrea y lesiones cutáneas.

Los inhibidores de la proteasa pueden reducir en gran cantidad el número de las nuevas copias infecciosas del VIH construidas dentro de las células. Si los inhibidores de la proteasa logran hacer que la mayoría de los nuevos virus del VIH sean defectuosos, la infección del VIH no se propagaría dentro del cuerpo tan rápidamente como lo hace ahora. Como algunas de las células están en estado de latencia, si bien se puede retardar la auto reproducción del VIH, pocas de las nuevas células se infectarían con el VIH, y las células infectadas morirían.

Los fármacos inhibidores de la *Proteasa* del VIH son:

¹⁶⁸ "Inflamación y degeneración de los nervios periféricos, como la que tiene lugar intoxicación con plomo", Cfr. "Océano Mosby...", *Op. cit.*, pág. 908.

¹⁶⁹ "Falta o pérdida del apetito, lo que ocasiona abstinencia para comer", Cfr. "Océano Mosby...", *Op. cit.*, pág. 77.

Saquinavir: nombre comercial es Invirasa. Este medicamento es el mejor tolerado y el que desarrolla resistencia con menos rapidez. Efectos secundarios: trastornos digestivos.

Indinavir: nombre comercial es Crixivan. Este medicamento es el que mejor combina las tres propiedades fundamentales de todo fármaco. Efectos secundarios: náuseas, dolores de cabeza, problemas en la vista.

Ritonavir: nombre comercial es Norvir. Potente inhibidor de la Proteasa. Efectos secundarios: poca tolerancia digestiva.

Nelfinavir: nombre comercial es Viracept. Efectos secundarios: náuseas y diarreas.

Entre los medicamento para tratar enfermedades oportunistas se encuentran aquellos que son específicos para enfermedades oportunistas como la tuberculosis, neumonías, etc. Los medicamentos son los mismos que se recetan para cualquier persona que padezca estas enfermedades sin estar infectado por VIH.

Y por último tenemos como ejemplo en la *profilaxis*, para prevenir nuevas infecciones: Bactrim.

En conclusión sólo los medicamentos pertenecientes a las *Drogas Antiretrovirales*, son específicos para SIDA, ya que las enfermedades oportunistas e infecciones pueden ocurrir también en personas que no estén afectadas por el VIH/SIDA.

3.6) SITUACIÓN DE LA EPIDEMIA EN NUESTRO PAÍS¹⁷⁰.

Se tienen datos que confirman que la epidemia entró a El Salvador en 1984 por medio de un hombre, aparentemente homosexual, proveniente de los Estados Unidos de América, que habría iniciado la infección, este informe a pesar de ser de conocimiento general no es respaldado por las estadísticas en las cuales basamos el presente acápite y que en muchas ocasiones son contradictorias, no obstante haremos uso de ellas, para poner en evidencia al mismo tiempo de las incorrecciones con las cuales se maneja la epidemia en el país, y de cómo no se tiene un verdadero control sobre la cantidad de personas afectadas¹⁷¹.

Así tenemos que según datos estadísticos del comportamiento del VIH / SIDA en el 2002¹⁷², esta epidemia constituye:

- La décima causa de muerte hospitalaria del total general.
- La segunda causa de muerte en mujeres y hombres en el grupo de edad comprendido de 20 - 59.
- Un costo de atención ambulatoria con medicamentos por pacientes de \$3,450.00
- Un gasto de Salud en acciones en respuesta al VIH / SIDA de \$22.9 millones.

¹⁷⁰ Este análisis es efectuado sobre la base de los datos estadísticos manejados por el Programa Nacional ITS/VIH/SIDA del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

¹⁷¹ Si bien es cierto en todos los países se padece de dicha deficiencia estadística es de hacer hincapié que las mismas se llevan en el país más por mera especulación que sobre la base de una elaboración técnica; sobre todo por el hecho de la enorme cantidad de personas que aún enfermas por síntomas relacionados no consultan, mucho menos se tiene la costumbre de realizar exámenes de manera regular, salvo que sean por prescripción médica.

¹⁷² Hacemos referencia a este año pues en el momento que se realiza el estudio el presente (2003) todavía no había finalizado.

El índice de casos desde 1984 hasta 1987 fue de cero, pero fue incrementándose de la siguiente manera:

AÑO	CASOS	TASAS
1988	21	0.39
1989	77	1.43
1990	42	0.6
1991	147	2.76
1992	167	3.19
1993	153	3.07
1994	305	5.9
1995	324	6.1
1996	263	4.54
1997	521	8.81
1998	433	7.17
1999	492	7.99
2000	587	9.35
2001	902	14.1
2002	1002	15.37
2003	42	13.31

A continuación presentaremos de manera sinóptica todos los índices que nos darán una idea más o menos clara de los niveles alcanzados por la epidemia entre la población salvadoreña.

CASOS DE SIDA SEGÚN DEPARTAMENTOS DESDE 1984 A JULIO DE 2003	
Departamento	Casos
No documentados.	236
Extranjeros	47
Morazán	20
Chalatenango	55
La Unión	65
San Vicente	80
Cabañas	81
Cuscatlán	93
San Miguel	150
Ahuachapán	154
Usulután	166
La Paz	213
Santa Ana	340
La Libertad	371
Sonsonate	383
San Salvador	3339

DISTRIBUCIÓN DE CASO DE SIDA SEGÚN ÁREA GEOGRÁFICA DESDE 1984 A JULIO DE 2003		
RURAL	1200	21%
URBANO	4305	74%
IGNORADO	288	5%
TOTAL	5793	100%

CASOS DE SIDA SEGÚN CATEGORÍA DE TRANSMISIÓN DESDE 1984 A JULIO DE 2003	
Categoría	Casos
Heterosexual	4445
Transmisión vertical (Madre a Hijo)	293
Homosexual	258
Bisexual	252
Drogas	93
Transfusiones	19
Otros	3
Ignorado	403
Total	5793

CASOS DE SIDA Y VIH SEGÚN SEXO		
ENERO - JULIO DE 2003		
SIDA	CASOS	PORCENTAJES
MASCULINO	213	72%
FEMENINO	84	28%
VIH	CASOS	PORCENTAJES
MASCULINO	242	55%
FEMENINO	200	45%

CASOS DE SIDA SEGÚN SEXO DESDE 1984 A JULIO 2003														
Género	Años													
	84 90	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Femenino	23	35	24	35	102	93	112	106	115	131	260	405	176	84
Masculino	161	98	93	143	280	290	306	309	238	310	529	704	419	213

CASOS DE SIDA SEGÚN SEXO, DESDE 1984 A JULIO 2003		
CONSOLIDADO		
Género	Casos	Porcentaje
Masculino	4092	70%
Femenino	1701	30%

CAPÍTULO IV
BIENES JURÍDICOS AFECTADOS POR LA CONDUCTA DE
CONTAGIO DEL SIDA Y SUS FORMAS DE PROTECCIÓN PENAL A
TRAVÉS DE LA NORMATIVA JURÍDICA.

Introducción.

Partimos de que el sentido y fin de todo el ordenamiento jurídico sólo puede hallarse en los orígenes de la convivencia humana, esto como parte de la concepción teleológica que nos caracteriza como especie; de tal manera, la legitimación para dotar a un supra-ente¹⁷³ de la capacidad coercitiva contra toda conducta nociva a los intereses de la colectividad¹⁷⁴, (estos son la vida, la integridad física y mental, la salud y la propiedad privada) deriva de la circunstancia por la cual todos los miembros de la comunidad se desprenden de parte de sus derechos entendiéndose incapaces de su propia defensa¹⁷⁵.

Siendo entonces, la elemental condición de existencia del derecho la protección de los valores ético - sociales¹⁷⁶ que se formulan en la sociedad. Tales valores representan la misión del derecho, a la que paulatinamente se va dotando de una orientación más precisa que sirve para informar la esencia del derecho enfocada en garantizar la permanencia pacífica entre los seres humanos a través de la defensa y protección de bienes jurídicos, que encuentra su máxima expresividad en el Derecho Penal. Como consecuencia hemos pretendido al formular el presente capítulo generar una síntesis

¹⁷³ Esta idea es bastante reiterativa en la época que se comienza a pensar en el contrato social como forma de pacto suscrito por los seres humanos, al respecto Tomas Hobbes lo denomina Leviatán, en la obra del mismo nombre. Cfr. ABAGNANO, Nicolás: *Op. cit.*, pág. 314; también Vid. BECCARIA, César: "De los delitos y de las penas", pág. XXXV.

¹⁷⁴ "Cuando una determinada conducta se conceptúa tal que determine un desorden nocivo a la vida en común, se lo castiga con la pena". Así, CARNELUTTI, Francesco: *Op. cit.*, pág. 24

¹⁷⁵ Esta autotutela fue el primer mecanismo de protección de los intereses sociales. Vid. DRAPKIN, Israel. "Criminología de la Violencia", pág. 82.

¹⁷⁶ Sobre esta idea, Vid. WELZEL, Hans: "Nuevo Derecho Penal Alemán", pág.41.

donde en principio se arribe a una determinación dogmático penal de la contextualización del bien jurídico, a manera de sentar las bases de fundamentación del Derecho Penal como prestación social¹⁷⁷, y que sitúan dentro del caso particular como objetos dignos de protección la vida, integridad física y la salud¹⁷⁸; posteriormente nos hemos de colocar frente a las distintas vías de transmisión del SIDA y los efectos que el mismo desencadena, lo cual en atención a los fines principales de nuestro trabajo de investigación está relacionado con el ámbito jurídico, por tanto se evidencia que nos ocuparemos de analizar las formas en que nuestro ordenamiento jurídico dispone un tratamiento jurídico con relación al SIDA, las conductas generadoras del contagio y las sanciones jurídicas asignadas a tales comportamientos, es decir todo lo que de acuerdo a nuestra legislación vigente implica las formas de protección de los bienes jurídicos vida, integridad física y salud, los que en sentido estricto pueden ser lesionados al producirse el contagio. Lo que nos enfrentará con la necesidad de evaluar si las normas jurídicas pertinentes cumplen con su misión fundamental¹⁷⁹, o si por el contrario existe la necesidad de configurar medidas legislativas más puntuales para su tutela, situaciones que iremos elucidando y para entonces procuramos presentar ciertos aportes, en la medida de que estos se hagan necesarios, pues no se puede proponer un cambio en las normativas que rigen la conducta de los individuos sin antes poner atención a su fundamentación para no caer en la irresponsabilidad que generalmente se

¹⁷⁷ Se entiende el concepto de prestación, como forma de mantenimiento de un sistema social. Con respecto a esta posición, *Vid.* JAKOBS, Günther: "Sociedad, norma y persona..." *Op. cit.* pág. 18.

¹⁷⁸ Este último vendría a ser lo que mayoritariamente la doctrina ha llamado un bien jurídico supraindividual o un interés difuso. *Vid.* CARBONELL MATHEU: "La Tutela judicial de los intereses difusos", pág. 12.

¹⁷⁹ Esta misión es la de protección, tal y como la reconoce la mayoría de juristas, por todos *Vid.* HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal", pág. 90 y siguientes.

cometen inclusive en el contexto legislativo, reformando forma sin evaluar fondo, máximo cuando se trata de la materia penal; por lo cual iniciamos a continuación la exposición de los aspectos previamente enunciados.

4.1) ACERCA DE LA NECESARIA DELIMITACIÓN DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL CASO DEL CONTAGIO DEL VIRUS DEL SIDA.

Al dar continuidad a la presente investigación, queda claro que una vez conocida la actitud como fenómeno del objeto en estudio, marcada fundamentalmente por su desarrollo natural, esto es la manifestación epidemiológica del padecimiento del SIDA, debemos de forma consecuente distanciarnos de su situación patológica y colocarnos frente a los linderos del ámbito jurídico, pues este es el verdadero sentido fundamental de la investigación; por supuesto advirtiendo la necesidad de protección que tienen los miembros de la sociedad, para lo cual se aplican preferentemente los mecanismos de control social, tal y como antes advertimos¹⁸⁰, quedando para efectos de nuestro interés, exclusivamente dispuesto el análisis del Derecho Penal, como la expresión medular de dichas formas de regulación del comportamiento, en virtud de diferenciarse, por su formalización, de los demás ámbitos de control¹⁸¹.

Sin embargo, debe al mismo tiempo quedar claro que desde cualquier perspectiva que se revise, un orden jurídico, no puede ser sostenido con base en la arbitrariedad, es decir en aquellos casos donde no corresponde a los fines que la sociedad aprecia de ser su esencia y fundamentalidad¹⁸². Es por

¹⁸⁰ *Vid. supra*, Cap. II, nota 29.

¹⁸¹ *Vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco: “Derecho Penal y Control Social”, pág. 6.

¹⁸² En este sentido, ya Lasalle planteaba un ejemplo muy clarificador al decir: “Ahora imaginemos que al gobierno se le antoja decretar una ley penal parecida a las que antaño regía en China, según la cual se castigase en la persona de los progenitores los delitos cometidos por los hijos. Esa ley no

ello, que para el mantenimiento de un preciso Derecho Penal se requiere que éste vaya dirigido a cumplir las exigencias estructurales¹⁸³ de un grupo u orden social y por tanto, significa que debe encontrar en ello su legitimación.

Esta idea, vinculada a la orientación del Estado democrático y constitucional, pese a constituir una enorme motivación en el ideal humano, ha estado las más de las veces dissociada de la realidad que nos ha correspondido vivir, nos referimos en general a América Latina donde ha existido una costumbre histórica de unilateralidad en el sistema penal, incluyendo por supuesto, toda su legislación¹⁸⁴. Sin embargo, una serie de acontecimientos que terminaron, en el caso de El Salvador, por generar el proceso de pacificación, sirvió para acelerar los cambios en el orden jurídico, lo cual concluyó con la entrada en vigencia de los Códigos Penal y Procesal Penal el 20 de abril de 1998.

Todo esto, lo destacamos, para efectos de arribar al planteamiento básico de este capítulo, y es el de la misión del Derecho Penal, consensuado por la mayor parte de la doctrina como “la protección de bienes jurídicos”¹⁸⁵ y que se vuelve nuestra principal pieza dogmática para interpretar situaciones del mundo real que están vinculadas con el contagio del SIDA, desde un plano de posibles efectos a terceros contagiados y no sólo como una

prevalecería, pues contra ella se rebelaría con demasiada fuerza la cultura colectiva y la conciencia social del país”. Así, LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?*, pág. 13.

¹⁸³ En este sentido es válida en su plena expresión la visión de Marx, en tanto son las relaciones económicas de producción las que predominan sobre la superestructura (ideología, derecho, religión, usos y normas) y no al contrario.

¹⁸⁴ Por ejemplo, nos encontramos con la Doctrina de la Seguridad Nacional, que representó en América Latina, las intenciones de permanencia de los grupos detentadores del poder. *Cfr.* Acerca de su historia: ELBERT, Carlos Alberto. “Manual Básico de Criminología”, pág. 62.

¹⁸⁵ Por supuesto, nos referimos a la mayor parte de la doctrina, ya que se entiende que en cualquier disciplina, frente a los planteamientos que conforman una teoría, existen los que se adscriben a la teoría, los detractores de la misma y aún los eclécticos; pues tratándose de la teoría del bien jurídico, ocurre igual, de forma que si bien hay un acuerdo mayoritario, también están sus contrarios, por todos, *Vid.* JAKOBS, Günther: *¿Qué protege ...?*, pág. 9.

problemática adscrita al individuo originalmente portador, pues de eso se trata desde un inicio, pues el ámbito de afectación más allá de la persona que padece SIDA es el que interesa, el de la posibilidad se enfrente a un problema que afecte al conglomerado social, que es la premisa de la que se parte para que el Derecho Penal reaccione.

4.2) DEFINICIÓN DE BIEN JURÍDICO Y BIEN JURÍDICO PENAL.

Para comenzar, es importante que especifiquemos que apenas hemos de conceder algunos párrafos a contextualizar lo que comprende el término “bien jurídico”, además de aludir a una de las propuestas que pretenden la denominación más estricta de “bien jurídico penal”¹⁸⁵, puesto que si bien nos será útil para dejar clara nuestra propuesta de solución de los conflictos sociales generados por la posible infestación de un sujeto con el virus del SIDA, la sola extensión de sus teorías sería suficiente para escribir monografías completas, por lo que se comprende que su estudio debe ser abortado en la presente, y dejarlo acentuado exclusivamente como la razón y motivación para la activación del Derecho Penal frente a ciertas conductas, mientras otras quedarán reguladas por otros ámbitos del derecho.

Así, entonces resulta que toda vez el ser humano se aleja de planteamientos perfectos o acabados, como los que por ejemplo construyó el idealismo en filosofía, o el positivismo para las ciencias sociales y las disciplinas jurídicas; se genera una conciencia de la perfectibilidad del mundo y de la necesidad que las instituciones que regulan las normas de convivencia humanas estén legitimadas para su eventual existencia, caso contrario derivarían en su extinción, ya formalmente por su derogación ante la pérdida de aplicación práctica o materialmente por su destrucción, esto

¹⁸⁵ Sobre esto, *Vid.* TREJO, Miguel A. *et al.*: “Derecho Penal: Parte Especial”.

último cuando se trata de elevar por medios revolucionarios una nueva posición.

En efecto, lo antes dicho, también ha rodeado la historia del Derecho Penal, especialmente demarcado en ubicar un fundamento para la exclusiva atribución del Estado a la actividad punitiva de las conductas, a fin que no se aprecie en el Derecho Penal un papel de mero lacayo¹⁸⁶ destinado a proteger a quienes detentan el poder.

Es de esa manera que surge la interrogante ¿Cuál es la misión del Derecho Penal? A ella se responde en el sentido que una vez el ser humano llega a comprender que de seguir sosteniendo su propia vida y su patrimonio de forma personal -autodefensa- debería mantener en un permanente estado de vigilia, por lo cual acepta entregar parte de sus facultades a costa de que el Estado le proteja¹⁸⁷, resultando en consecuencia el Derecho Penal como el mecanismo más viable para proteger a la sociedad.

Sintetizando, entonces la misión del Derecho Penal es la de proteger, pero deviene otra pregunta ¿Proteger qué? Y a esto es lo que muchos expositores de la ciencia jurídico penal durante mucho tiempo han procurado responder llegando hasta la actualidad con un aparente consenso que suele ser desafiado sólo por unos cuantos. Esta búsqueda pasa por varias etapas, las cuales han iniciado con la idea de que el Derecho Penal protege derechos subjetivos¹⁸⁸; luego, observada como una protección de derechos naturales¹⁸⁹, hasta que se llega a partir de esa última idea, a la concepción del

¹⁸⁶ Con relación a esta idea, Cfr. JAKOBS, Günther. "Sociedad, norma..." *Op. cit.*, pág. 19.

¹⁸⁷ Al respecto, *Vid.* BECCARIA, Césare: *Op. cit.* pág. 1.

¹⁸⁸ Así aparece por primera vez, a través de la propuesta de Anselm v. Feuerbach, quien al redactar el Código de Baviera, promulgado en 1813, desarrolló en el Art. 2 del mismo, lo que se entendería como una primera formulación del principio de lesividad, al expresar dicho artículo en su inciso 4° que "las acciones u omisiones que, pese a no lesionar en sí ni por sí mismas, derechos del Estado o de un súbdito pero que se prohíban o ponen por su peligro (...) se llamarán contravenciones de policía".

¹⁸⁹ Sobre ello, *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan: "Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal", pág. 16.

bien jurídico¹⁹⁰. No obstante, precisa aclarar que en todo ese devenir histórico también hubo momentos en los que se propugnó porque se erradicara la concepción del bien jurídico para legitimar una postura en la que prevaleció la idea de protección del Estado por sobre el individuo, como aparece ejemplificado en la Escuela de Kiel¹⁹¹.

En consecuencia, tratándose de que al Derecho Penal le corresponde la protección de los bienes jurídicos, debemos tener claro en qué consisten los mismos, pues significa nuestro referente para solventar la discusión acerca de qué bien jurídico es el que en esencia debe protegerse a través de la demarcación penal por el contagio del SIDA.

En ese orden de ideas, entendemos por bien jurídico: “todo aquel presupuesto que implica la autorrealización del sujeto en la vida social”¹⁹²; aunque, también existen argumentaciones más puntuales, como lo expuesto por Santiago Mir Puig, que parte de la necesidad de limitar el objeto protegido por el Derecho Penal, en virtud que todo el ordenamiento jurídico se encarga de defender bienes jurídicos, siendo la especificidad del Derecho Penal la de proteger bienes jurídicos penales. Esta idea, por supuesto, no altera en nada lo esencial de la conceptualización del bien jurídico, siendo nada más un intento concretizador.

Finalmente, hay que manifestar, que muy lejos de aquellas apreciaciones fundadas en el iusnaturalismo, los bienes jurídicos no aparecen

¹⁹⁰ Esta idea se debe especialmente a Birbaum, quien es el primero en establecer que el Derecho Penal, tiene por misión proteger “bienes”, aunque su postura deriva de su pensamiento iusnaturalista, por lo que funda tales bienes derivados de la naturaleza. Al respecto en la obra de: HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán: *Op. cit.*, pág. 8

¹⁹¹ *Vid.* HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán: *Op. cit.*, pág. I; también hay que tomar en cuenta el papel que en este sentido desarrollaron los neoclásicos, especialmente la posición de Edmund Mezger, quien se encargó de formular las ideas que sostuvieron el régimen nacionalsocialista. *Vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco: “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo”, pág. 10.

¹⁹² Esta definición corresponde a la teoría sociológica del bien jurídico y forma parte de la síntesis a la que llega Francisco Muñoz Conde, en su obra: “Introducción al Derecho Penal”, pág. 93.

desde siempre en la naturaleza, son una producción del legislador quien los utiliza para efectos interpretativos y sistematizadores.

De tal forma, que ante la presencia de las conductas que con probabilidad pudieren provocar el contagio de la infección del SIDA, esto es, de acuerdo a las vías médicamente comprobables y de las que ya hicimos antes referencia¹⁹³, aparece la necesidad de estudiar la forma en que hasta la actualidad se ha regulado sobre la misma, lo cual solamente puede advertirse observando nuestra legislación, a partir del orden constitucional, pues como hemos procurado anotar, los bienes jurídicos se encuentran protegidos en su conjunto por todo el ordenamiento jurídico, no obstante que por condiciones político-criminales para la defensa de ciertos bienes se vuelve necesario la utilización del Derecho Penal.

Resulta así, que nos encontramos frente a una infección de condiciones especiales, en cuanto los resultados que de la misma se manifiestan no son perceptibles de forma instantánea¹⁹⁴, en cambio sus resultados pueden derivar en una muerte como resultado del arribo de enfermedades oportunistas o de índole cancerígeno¹⁹⁵. En tal sentido, se comprende que no cabe la posibilidad de una intromisión Estatal en los comportamientos individuales que vistos de esa manera no lesionan el valor ético social de la vida o la integridad física, sino que competen exclusivamente al titular de los mismos, quien debe asumir la responsabilidad de su actuar, siendo conciente de las consecuencias que su conducta pudiere ocasionar.

¹⁹³ *Vid. supra*, Cap. III, págs. 70 y siguientes.

¹⁹⁴ Esto es lo que antes hemos denominado periodo ventana, al respecto, *supra*, Cap. III, págs. 78 y siguientes.

¹⁹⁵ Sobre ello, GALAIN, Pablo: *Op. cit.*; pág. 2; también SCHÜNEMANN, Bernd: "Problemas Jurídicos Penales relacionados con el SIDA", en *Temas Actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*", pág. 225.

Bajo esa relación es que siempre queda excluido del ámbito de regulación jurídica lo que es competencia exclusiva de la propia persona, es decir que sale de los valores aportados por la sociedad a fin de estructurar el contenido de la legislación penal y quedan al margen de otros ámbitos normativos como son el social, moral o religioso. Es así que por ejemplo, a pesar del valor que se atribuye inherente a la vida, no se pretenden tipificar ni punibilizar los actos preparatorios de suicidios¹⁹⁶, pues por más reprochables que a todos puedan parecernos, se trata de la libertad atingente a la persona, exceptuada de toda intromisión del Estado; lo que en cambio no se permite es que un tercero venga a prestar cooperación para que se produzca un suicidio, hecho que sí amerita una sanción penal, y que se halla tipificado en nuestra legislación como “inducción o ayuda al suicidio”¹⁹⁶; o sea que el sistema penal se activa frente a lo que ya viene a ser un comportamiento viciado que ha interferido en la libre voluntad de la persona que está en disposición, liberándonos de todo prejuicio moral¹⁹⁷, social¹⁹⁸ o religioso¹⁹⁹, de seguir viviendo o atentar contra su vida. En cambio, y para observar el paralelo de esta idea, existen otros casos en donde por política-criminal sí se tipifica y sancionan conductas que atentan contra la libertad de

¹⁹⁶ Se debería decir no punibilizar la tentativa del suicidio, advierten algunos expositores del Derecho Penal, por todos: *Vid.* HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán: *Op. cit.*, pág. II.

¹⁹⁶ De hecho aparece en el Código Penal, en la Parte Especial, dentro del Título I “Delitos relativos a la vida”, Capítulo I “Del homicidio y sus formas” en el Art. 131.

¹⁹⁷ Esto porque desde una perspectiva ética, se puede ver al suicida como una persona que ha dejado de guiarse por los valores esenciales del mundo, especialmente el de la vida.

¹⁹⁸ Hay que recordar que la sociedad juega un doble rol en un suicidio, por una parte está ofertando a la persona un paraíso de oportunidades por las que se debe seguir viviendo, además de los vínculos familiares y de amistad que se sitúan como una fuente de alegría, no obstante, es la misma sociedad la que imposibilita al ser humano a que alcance ese grado de felicidad al no brindarle los espacios de autorrealización, verbigracia, la humillación a que puede ser sometido un individuo, que va menoscabando su propia estima.

¹⁹⁹ Puesto que no se puede obviar la relatividad que generan las religiones, en cuanto al comportamiento de los seres humanos; ya que mientras el mundo cristiano rechaza totalmente el suicidio, incluso atribuyéndole al suicida un castigo de condenación eterna; en cambio, para algunos los sujetos radicales que siguen la religión musulmana, el inmolarsé en nombre y defensa de su creencia, significa la posibilidad de obtener una recompensa eterna.

disponer de cada individuo, como es el caso de aquellas legislaciones que sancionan el consumo de estupefacientes, especialmente la marihuana y cocaína²⁰⁰.

Los anteriores ejemplos son clarificadores para lo que representa nuestro asunto principal, puesto que de igual manera que en el caso del suicidio o del consumo de drogas, donde evidentemente se lesionan o ponen en riesgo bienes cuyo valor es esencial en el desarrollo de la persona humana, al tratar el asunto del contagio del SIDA, nos encontramos con otra situación que si bien por sí desmerita la existencia de bienes jurídicos como lo son la vida, la integridad física, o la salud; estos no pueden siempre ser regulados exegéticamente, por lo que será necesario atender a cuestiones de política criminal para apreciar en qué casos será imprescindible para la convivencia social, incluirlo en la legislación penal y en aquellos casos en que bastarán otras instancias de derecho para su resguardo. De esta manera el Derecho Penal no interviene en la resolución de conflictos²⁰¹ de todos los casos posibles en que una persona contraiga la infección del SIDA; pues, a todo esto bajo ciertos hechos el comportamiento del sujeto pudo haber sido decidido en su esfera de libertad, verbigracia, sosteniendo relaciones heterosexuales u homosexuales promiscuas²⁰², o por vía intravenosa, a causa del empleo de jeringuillas de uso común para el suministro de drogas - especialmente la Heroína-.

²⁰⁰ Sobre ello, *Vid.* HORMAZABAL MALAREÉ, Hernan: *Op. cit.*, pág. II.

²⁰¹ Esta idea de que el Derecho Penal es una forma de resolución de conflictos está sustentada en lo expresado por Muñoz Conde. Así, MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal y Control..." *Op. cit.*, pág. 6.

²⁰² Añadimos el término "promiscuo", debido a que como ha quedado documentado en el Capítulo anterior de nuestra tesis, el contagio del SIDA no se produce por el simple hecho del sostenimiento de relaciones sexuales de índole homosexual, sino que requiere que se mantengan relaciones sexuales con una persona portadora del virus. Así, *supra*, Cap. III, págs. 71 y 72.

No obstante, corresponderá en la misma orientación observar y analizar de la forma en que según nuestra legislación penal vigente se puede afrontar ciertos hechos, donde sí, habiendo intervención de terceros en el contagio del SIDA, haya necesidad de entrar a resolver los conflictos penales suscitados, con el fin de establecer si hasta la fecha la forma en que se regulan ciertas conductas coadyuva a que puedan protegerse los bienes jurídicos, en referencia especial la vida, la integridad física y la salud.

Por ese motivo, consideramos importante hacer un estudio que abarque el ámbito jurídico desde los órdenes: constitucional, tratados internacionales que son ley de la república y que pueden incidir en la solución de la problemática que se advierte ante el contagio del SIDA; así como finalmente revisar dentro de la legislación secundaria dos leyes puntuales, nos referimos a la Ley de Prevención y Control de la Infección provocada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana y el Código Penal para advertir si existen los mecanismos para la protección de bienes jurídicos ante estas formas de lesiones.

4.3) LA NORMATIVA JURÍDICA ENFOCADA EN LA CONDUCTA DEL CONTAGIO DEL VIRUS DEL SIDA.

Reconocemos de forma preliminar, que antes de realizar nuestras consideraciones acerca del modelo protectivo atinente a los bienes jurídicos que pueden ser lesionados o afectados, a través de comportamientos que con eficacia²⁰³ pueden propagar la epidemia del SIDA, debemos hacer alusión a que esencialmente este análisis lleva aparejados al menos dos propósitos elementales: el primero, es desarrollar un bosquejo general de la

²⁰³ Nos referimos a la eficacia, en el sentido que se trate de un medio propicio médicamente reconocido para contraer el virus.

legitimación material²⁰⁴ por la cual el ordenamiento jurídico puede asumir su función de control; y el segundo, se trata de puntualizar las concepciones de bienes jurídicos que pueden ser transgredidos dentro de la convivencia social, a fin de integrarlo dentro de un enfoque y visión del Derecho Penal, como el principal mecanismo institucionalizado de producción, deducción y solución de casos²⁰⁵.

De tal manera que para iniciar el anunciado análisis se debe acudir a un enfoque desde la perspectiva de nuestra Carta Magna, desde donde se desarrollan todos los postulados que permitan sostener la convivencia de la sociedad, lo primigenio del contenido de este cuerpo legal nos dará una clara imagen de lo que posteriormente se realiza en el desarrollo de sus principios.

4.3.1) Derivación Constitucional de las formas protegidas de los bienes jurídicos frente al contagio del SIDA.

Por los efectos que derivan de la infección del SIDA, a los cuales ya hemos hecho referencia²⁰⁶, y que a manera sintética pueden representar a una persona portadora la aparición posible a corto plazo de síntomas parecidos a la gripe quedando la posibilidad que se produzca un periodo más largo de latencia o incubación sin síntomas perceptibles exteriormente, que conduce a través de un “periodo ventana”, al cuadro pleno del SIDA, que a consecuencia de infecciones oportunistas o cancerígenas, derivará con probabilidad en la muerte del contagiado²⁰⁷.

Entonces, obviamente reconociendo las características de fundamentalidad y supremacía que reviste nuestra Constitución, es

²⁰⁴ Esto significa la justificación del actuar del Derecho Penal. *Cfr.* HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán: *Op. cit.*, pág. 23.

²⁰⁵ *Cfr.* MUÑOZ CONDE, Francisco: “Derecho Penal y control...” *Op. cit.*, pág. 1.

²⁰⁶ *Vid. supra*, Cap. III, pág. 80 y siguientes.

²⁰⁷ *Vid.* GALAIN, Pablo: *Op. cit.*, pág. 2.

necesario que entremos a observar de qué manera los bienes jurídicos que deben protegerse frente a la infección de tal virus, tienen su asidero en el orden jurídico constitucional, posibilitando de esa manera que se sustente la legitimidad de un tipo penal específico para la prevención del contagio del SIDA. Nos encontramos, por tanto enmarcados a partir de la obligación del mismo Estado de objetivar la protección de los derechos fundamentales, que de manera expresa le han sido reconocidos a la persona humana²⁰⁸; y en consecuencia nos colocamos frente a la orientación constitucional de lo que será el Principio de Lesividad del bien jurídico que regula nuestro Código Penal, el cual se identifica plenamente con los contenidos de nuestra Constitución, de donde efectivamente se derivan todos los objetos dignos de ser protegidos por la legislación penal vigente²⁰⁹.

Es bajo tal circunstancia que en los siguientes acápites analizaremos a formulación dogmática inscrita en la Constitución de la República, por emanar de ella los derechos fundamentales, los cuales se pueden plantear desde un plano individual, pero sin descuidar su permanencia y convivencia social, razón por la cual hemos de referirnos a aquellos bienes que pueden ser extraídos del marco constitucional a fin de ser tutelados dentro del ámbito normativo jurídico secundario.

4.3.2 El derecho a la vida desde su fundamentación Constitucional.

Como destaca en su tenor literal el Art. 1 Cn. *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado...”* esto por supuesto, nos conduce hasta la comprensión del hecho básico, que refleja la preocupación central del aparataje estatal de los individuos, la cual se

²⁰⁸ Así, CASTELLÓN, René: *“Introducción a la teoría del bien jurídico...” Op. cit.,* pág. 70.

²⁰⁹ *Vid.* CASTELLÓN, René: *“Introducción a la teoría del bien jurídico...” Op. cit.,* pág. 71.

observa en un sentido pleno al momento de entrar en contacto con la protección penal de la persona humana, derivada desde el aporte del texto constitucional.

Surge desde allí, que habrá de comenzarse por elucidar los motivos de la configuración de la norma constitucional previamente citada. Así, encontramos que la consagración del derecho a la vida, muy al contrario de los planteamientos que lo definían por su influjo natural²¹⁰ es el resultado de una consagración histórica que da lugar a la formulación de los llamados derechos de primera generación²¹¹, siendo así como llega a convertirse en las Constituciones modernas²¹² casi sin excepciones una parte dogmática y otra de carácter programático²¹³. De tal manera que al tratar los derechos de primera generación básicamente se entra a analizar los que se refieren a un enfoque del individuo frente a su entorno social, tales son: la vida, la integridad física y moral, la justicia, la seguridad jurídica, la no discriminación.

Tratándose de la consagración de la vida como un derecho humano elemental, se entiende la situación que nos coloca frente a una perspectiva antropocéntrica, que por cierto está ratificada en el Art. 1 de nuestra Constitución y obviamente refleja el sustrato ideológico del cual parte la sociedad misma en el intento por su desarrollo.

²¹⁰ Esta tendencia que fue reconocida como Escuela del Derecho Natural. *Cfr.* BROEKMAN, Jan: *Op. cit.*, pág. 75.

²¹¹ Estos que aparecen originariamente en los Pactos formulados entre el soberano y ciertos grupos con fuerza política o económica (verbigracia la Bills of Right) alcanzan su mayor determinación del esfuerzo revolucionario de la Edad de las Luces. Sobre esto, DEL VECCIO, Jorge: *Op. cit.*, pág. 151.

²¹² En realidad, la diferencia del Constitucionalismo moderno estriba en su inscripción documental, pues se suele advertir que desde que se establece el Estado, intrínsecamente significa que su esencia está plasmada en su Constitución, esto es una constitución material. *Cfr.* LASALLE, Ferdinand: *Op. cit.*, pág. 5

²¹³ *Cfr.* BERTRAND GALINDO, Francisco *et al.*: "Manual de Derecho Constitucional" Tomo I, pág. 231.

Así las cosas nos ubicamos ante la primera necesidad de describir la situación que genera el cuadro de contagio de SIDA a un individuo, debiendo ser de esa forma que se nos permita evaluar los múltiples productos que se generan por la vía de contagio²¹⁴.

Posteriormente, destacaremos como aspecto primordial que se trata de una sintomatología que puede provocar al final y de modo sobreviniente la muerte del contagiado. Se habla de una posibilidad pues lo único que en principio está claro es que el virus se encuentra en el organismo de la persona y que paralelamente va vulnerando las defensas en el sistema sanguíneo, de tal manera que hay un amplio margen de riesgo de la muerte del sujeto, distinto al de cualquier otro ser humano sometido a la misma contingencialidad, esto es contraer enfermedades comunes.

Es en tal medida, se aprecia que frente al contagio del SIDA afrontamos valoraciones que nos colocan en posición de defender el derecho de toda persona a la vida, que en efecto se ve menoscabado, en estricto sentido ante la actitud de infestación.

Por ende, constituyendo “la vida” parte del cúmulo de valores estratificados por la sociedad²¹⁵ y jerarquizado de un modo primordial hasta definirlo en el texto constitucional como el centro de toda la conformación del Estado, o lo que es lo mismo, una visión antropocéntrica en la que se puede observar la regulación de la vida de forma independiente, tanto como

²¹⁴ Nos estamos refiriendo a las circunstancias que pueden generar la muerte, las cuales no son provocadas por el síndrome en estricto sentido, pues existe la posibilidad de que el sujeto no fallezca como resultado de la pérdida de sus defensas en el organismo, sino por cuestiones que afrontan el contacto social cotidiano y de su propia personalidad, por ejemplo: morir apuñalado en un asalto, ser arrollado por un vehículo automotor, envenenarse por la decepción de su padecimiento, entre otros; por ello, es preciso desde el ámbito en que deberá responder un tercero, establecer un nexo previo entre el resultado muerte y el contagio del SIDA, esto obviamente requiere de un análisis de imputación objetiva al que atenderemos más adelante, en el Capítulo V.

²¹⁵ Aquí nos limitamos a señalar el derecho a la vida como una progresión histórica, omitiendo cualquier apreciación iusnaturalista o positivista. *Cfr.* BROKMAN, Jan. pág.75.

dependiente, esto que parte del reconocimiento de la vinculatoriedad estatal en la protección de la persona humana desde el momento de la concepción²¹⁶.

4.3.3) La integridad física como bien de orden constitucional.

Si bien la integridad física podría considerarse como resultante de la extensión del concepto “vida”, en tanto sólo puede aplicarse su tutela como objeto de protección sobre el cuerpo humano²¹⁷, esto es la persona humana en tanto se encuentre con vida, pues cualquier regulación atingente a la persona fallecida, ya no involucra a un sujeto de derecho, más bien se trata de una prolongación de lo que la persona fue durante el tiempo de su vida²¹⁸.

En consecuencia, encontramos configurado entre los derechos individuales en el Art. 2 Cn. tanto el reconocimiento como el ámbito de protección.

4.3.4) La Salud desde su demarcación constitucional y lo relevante de su tratamiento frente al contagio del SIDA.

Se entiende que el derecho a la salud, puede perfectamente comprenderse desde un ámbito individual y también en el plano social o colectivo; en el primer sentido lo ubicamos ya en el Art. 1 inciso 3° Cn., que coloca la obligación del Estado a asegurar a cada persona humana al goce de la salud; luego ya dentro de lo que reflejan los derechos sociales, económicos y culturales o lo que es lo mismo, los derechos de segunda generación, con lo

²¹⁶ Esto producto de una reforma del texto constitucional en su Art. 1 Cn. proveniente de la pretensión por evitar la posible legalización del aborto consentido.

²¹⁷ Por el contrario Bacigalupo, quien manifiesta que los delitos contra la vida humana son los de homicidio y aborto. BACIGALUPO, Enrique: “Los Delitos de Homicidio”, pág. 5.

²¹⁸ Por ejemplo, en el Libro Tercero del Código Penal, que se refiere a “Las Faltas y sus penas”, que en el capítulo VI trata de “Faltas relativas al respeto de los difuntos”.

cual en el Art. 65 Cn. se reconoce a la salud como un bien público por lo que el Estado tiene el imperativo de velar por su conservación y restablecimiento, bases constitucionales que son de gran utilidad para afrontar la temática penal sobre la afectación de la salud por el contagio del SIDA.

4.4) SINOPSIS SOBRE ALGUNOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CELEBRADOS Y/O RATIFICADOS POR EL SALVADOR Y SU ÁMBITO DE FORMULACIÓN EN EL TRATAMIENTO DEL CONTAGIO DEL SIDA.

Con la intención de mantener el orden jerárquico de la legislación nos referimos a continuación sobre los Tratados Internacionales, con la aclaración de que lo hacemos limitados a tres instrumentos jurídicos de trascendental importancia, no sólo en el desarrollo y consagración de los derechos humanos en El Salvador, sino en el ámbito mundial. Nos referimos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (D.U.D.H), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C y P) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (C.A.S.D.H.)

¿Por qué aludir a los Tratados? Por una parte, comprendemos que en el sentido estricto de la temática que abordamos difícilmente encontrará una solución legal precisa, pues a pesar de que la problemática del contagio de SIDA es un tema urgente en las agendas sociales de los países desarrollados y los de tercer mundo por igual; sin embargo, no ha encontrado la misma atención en las agendas políticas y jurídicas de los gobiernos. Por tanto su abordaje no ha dejado de ser un intento de encuadre global, que sin embargo no responde a la disparidad de las condiciones sociales, políticas y económicas de los distintos países. En atención a lo dicho se trata de retomar los aspectos generales de los tratados ya manifestados, en el caso del

primero, por constituir la primera guía donde se hubieron de consagrar los ideales de la conveniencia humana a partir del establecimiento de los derechos humanos fundamentales²¹⁹.

Por supuesto, valga la aclaración que la D.U.D.H. no puede ser ratificada por El Salvador, de acuerdo a las reglas de incorporación de los tratados a la legislación nacional; pues su contenido y finalidad es distinta a la de otros instrumentos de carácter internacional, pero que sirve de base para otro tipos de instrumentos como los que se detallarán a continuación, manteniendo por ello una situación histórica le da una papel preponderante en el decurso de todo el orden jurídico internacional público²²⁰.

En el caso de los otros dos instrumentos relacionados, la C.A.S.D.H. y el P.I.D.C. y P. ambos en concordancia con lo preceptuado por la Constitución en la sección sobre los tratados, Art. 144 y siguientes, son “leyes de la República que prevalecen en caso de conflicto sobre las leyes secundarias²²¹.

4.4.1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La D. U. D. H. constituye uno de los instrumentos de derechos humanos de tipo general, en el sentido de que contienen disposiciones relativas a una amplia gama de derechos humanos aplicables a todas las personas que se encuentran en el territorio de los Estados²²².

²¹⁹*Vid.* RODRÍGUEZ, Magdalena *et al*: “Estudio sobre los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos”, pág. 11.

²²⁰ Al respecto NIKKEN, Pedro: “Compilación de Derechos Humanos”, pág. 10.

²²¹ Sobre el valor jurídico de los Tratados: BIDART CAMPOS: “Tratados de derecho Internacional Público.”

²²² *Vid.* GALINDO- VELEZ, Francisco: “Compilación de Instrumentos jurídicos internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos”, pág. XV.

El texto de la misma fue aprobado y adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948²²³. A esta fecha se entiende, que todavía no se había llegado al descubrimiento y determinación del SIDA, por lo cual su sentido genérico es útil en la medida que se entienden comprendidos en su contenido los bienes jurídicos que se ven menoscabados una vez que el organismo del ser humano que se ve afectado por la acción del virus, disminuyendo sus capacidades físicas hasta provocar en un periodo relativamente corto el fallecimiento del contagiado; así, el Art. 3 D.U.D.H. reconoce a todo individuo el derecho a la vida, y en el caso del Art. 25.1 D.U.D.H. es que su determinación no tiene un carácter fijo, sino esencialmente progresivo, con lo cual existe en sus principios una fórmula que también llevará entre sus exigencias la tutela y el respeto contra cualquier forma de afectación de la vida.

4.4.2) El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

A pesar de que en este instrumento se emplea el término de Pacto, se debe entender que la determinación que se use no modifica en nada su naturaleza. El P. I. D. C. y P. fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión de los Estados Partes el 16 de Diciembre de 1966, siendo su principal ideal, reconocer los derechos humanos como derivación de la dignidad inherente a la persona humana, en esa convicción está centrada su visión antropocéntrica que en su carácter jurídico universal nos introduce al catálogo de derechos atingentes a cada persona humana y que deben ser objeto de especial preocupación de los Estados signatarios, para colocar sus ordenamientos jurídicos en correlación con estos preceptos.

²²³ Resolución 217 A (XXX).

En sentido restringido, el P. I. D. C. y P. no regula ninguna forma de conducta relativa a la transmisión del SIDA; pero en sentido lato se comprende que en dicho tratado se hace alusión a los mismos bienes jurídicos que pueden verse afectados al producirse el contagio del síndrome. Al respecto, el Art. 6.1 P. I. D. C. y P. comienza manifestando que *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley”*, precepto legal al cual puede recurrirse perfectamente para argumentar cualquier medida legislativa o administrativa que en las circunstancias actuales deba aplicarse a fin de prevenir y controlar la propagación del SIDA que pueda derivarse de conductas irresponsables, dolosas o imprudentes. De la misma forma, el Art. 7 P. I. D. C. y P. es un caso especial para introducirnos al régimen jurídico específico de prevención y protección contra el contagio del SIDA, al precisar *“...nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”*, precepto que, siguiendo en esto a Zaffaroni²²⁴ podría responder a problemáticas que en el futuro coloquen en riesgo la vida como la conocemos; por lo que no descuidamos el gran impacto y los efectos que el SIDA puede significar a distintos niveles e incluso existe preocupación por la posible utilización de personas indigentes o en etapas terminales del SIDA ubicados en hospitales o centros asistenciales, sometidos de manera forzosa o maliciosa, a tratamientos experimentales en busca de una cura para el síndrome.

4.4.3) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este instrumento suscrito en la ciudad de San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969, ha sido ratificado como Ley de la República de El

²²⁴ A estos temas los ha llamado Zaffaroni, en algunas ocasiones “problemas de futurología”, sobre ello ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *“En busca de las penas perdidas”*, pág. 46.

Salvador²²⁵, y en consecuencia se ubica jerárquicamente por debajo de la Constitución y sobre la legislación secundaria.

De éste se desprende el Art. 4.1 C.A.S.D.H. como imperativo para la protección de la vida por los Estados signatarios, teniendo su principal novedad en el reconocimiento de este derecho desde el momento de la concepción; luego, el Art. 5.1 C.A.S.D.H. expresa que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física...”* fórmula legal que de forma amplia nos conlleva a la determinación de tutelar dicho bien jurídico. También es importante aludir al Art. 9 C.A.S.D.H. como presupuestos penales de la legalidad, en tanto y cuanto *“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable (...)”* es decir el requerimiento de ley previa²²⁶ al que volveremos más adelante.

4.5) LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA INFECCIÓN PROVOCADA POR EL V.I.H.²²⁷

Inicialmente debe tomarse en cuenta que el objeto de esta ley revela un ámbito de intervención de índole básicamente social, y no como es nuestra investigación sometida a los aspectos de incidencia sancionatoria penal por las conductas del contagio. De hecho la ley en estudio tiene por objeto prevenir, controlar y regular la atención de la infección causada por el VIH y establecer las obligaciones de las personas portadoras del virus y definir de manera general la Política Nacional de Atención Integral ante el VIH. Asimismo pretende esta ley, según se aprecia al leer los considerandos,

²²⁵ Esto es de conformidad a los preceptos contenidos en los Arts. 10, 28 inc. 2°, 131 ord. 7°, 135, 144, 145, 146, 147, 148 incisos 2° y 3° y 168 ord. 4° Cn.

²²⁶ Cfr. CURY, Enrique: *“La Ley Penal en Blanco”*, pág. 9

garantizar los derechos individuales y sociales de las personas viviendo con el VIH.

De todo lo relacionado y que refleja el contenido de su construcción legal, particularmente nos interesa lo atinente a las responsabilidades penales que en casos determinados puedan atribuírsele a quienes contagien o propaguen el virus.

Aunque, previamente vamos a conceder algunas líneas a un aspecto interesante contenido en esta ley especial, mismo que se desprende de lo dispuesto en el Art. 9, que al respecto de las obligaciones señala por imperativo que: *“Todas las personas y especialmente aquellas viviendo con VIH/SIDA están obligadas a practicar su sexualidad de manera responsable, utilizando métodos adecuados, a fin de minimizar los riesgos de transmisión del virus a otras personas”*; en virtud de que llama la atención que el legislador de alguna manera está invadiendo el ámbito de disposición personal sobre situaciones que son perjudiciales para el sujeto mismo y que dentro de sus facultades y capacidad de discernimiento estará posibilitado a decidir si quiere asumir riesgos con eventuales efectos perjudiciales, esta es la forma de regulación a la que antes habíamos aludido, cuando dentro de la guerra a las drogas se preconiza la punición del consumo, haciendo de la salud un bien jurídico por encima incluso de la voluntad de su titular²²⁸.

Ahora bien, regresando al punto capital que nos motiva, encontramos en esta ley alusiones o remisiones expresas hacia la posible existencia de responsabilidades penales; no obstante, su formulación nos parece poco acertada, en tanto no se establecen expresamente las figuras penales que le pudieran ser aplicadas a las conductas que describe, con lo cual y como

²²⁸ Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Op. cit.*, pág. II.

observaremos más adelante, nos enfrentamos a un conflicto de los principios que orientan el Código Penal, comenzando por el Principio de Legalidad.

Así, a manera de ejemplo, el Art. 10 de la ley que comentamos establece que: *“Ninguna persona viviendo con VIH/SIDA podrá ser donante de órganos, sangre u otros tejidos humanos para uso terapéutico; tampoco podrá donar semen, óvulos, leche materna o lactar, excepto con fines de investigación.*

Quien hiciere uso indebido, imprudente o negligente de fluidos o derivados humanos resultando como consecuencia la infección de terceras personas con VIH, será sancionado de conformidad al Código Penal y además se le suspenderá para el ejercicio de la profesión u oficio durante el término que dure la condena.”

Luego, el problema de subsumir tal conducta en uno de los tipos penales descritos en el Código Penal, nos enfrenta a los casos descritos en los Arts. 140 y 141 ambos C. P. referidos a la Manipulación Genética y la Manipulación Genética Culposa, respectivamente; no obstante, las conductas señaladas por la Ley de Prevención del VIH en el Art. 10 hace referencia al uso ya sea indebido, es decir bajo una actitud dolosa de quien tiene a su cargo los fluidos, sin aludir al caso exclusivo de los no nacidos, como sería en la situación del delito de manipulación genética. Por otra parte, se establece una suspensión de la profesión u oficio del sujeto que provocó el contagio, mas no advierte si se trata exclusivamente de médicos, paramédicos u otros relativos, se podría deducir que debe tratarse de tales profesiones, pero no estamos en la condición de aplicaciones analógicas proscritas del Código Penal²²⁹, por lo que sería lo correcto que el legislador hubiere reparado en ello.

En este mismo sentido, también resalta el Art. 48 de la Ley de Prevención, que al efecto manifiesta: *“Lo dispuesto en la presente ley se*

²²⁹ Al respecto: BACIGALUPO, Enrique: “Principios Constitucionales de Derecho Penal”, pág. 14.

entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se incurra"; lo cual, más que parte de una técnica legislativa se entiende como un intento generalizador cuyos efectos no quedan expresamente contenidos y desmeritan los intentos puntuales de garantizar la seguridad jurídica como valor elemental de convivencia frente al Estado. De tal manera que al no resolverse la situación principal que debatimos con el contenido y regulación de esta ley, que en nada abona a la solución al tratarse de una fórmula legislativa general, precisamos revisar el contenido de la ley penal, en este caso particular el Código Penal, a efecto de ubicar las medidas concretas ante el contagio del SIDA frente a terceros.

4.6) ÁMBITO DE TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS, BAJO LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO PENAL CON RELACIÓN AL POSIBLE CONTAGIO DEL SIDA.

Antes de entrar a un estudio puntual de las figuras o tipos penales que pueden ser aplicados ante las conductas que impliquen el contagio de SIDA a terceras personas, debemos apuntar ciertos aspectos que son relevantes y nos facilitarán esta exposición. Tales elementos son: en primer lugar un breve análisis de los principios que orientan el Código Penal; y como segundo, establecer una línea clarificadora de hechos que podrían entrar en el ámbito de la responsabilidad penal.

Así, tratándose del primer aspecto, encontramos que en su primera parte, esto es doctrinariamente reconocido como parte general²³⁰, nuestro Código Penal configura los principios que le dan su carácter democrático, entre tales encontramos el de legalidad, (Art. 1 C. P.) de indemnidad o

²³⁰ La división de la legislación en una parte general y otra especial, ha sido un triunfo legislativo producido con el Derecho Penal Liberal, así VIVES ANTÓN: *Op. cit*, pág. 12.

dignidad humana, (Art. 2 C. P.) de lesividad, (Art. 3 C. P.) de responsabilidad, (Art. 4 C. P.) y de necesidad de la pena. (Art. 5 C. P.) Por supuesto, entrar al análisis de cada uno, sería una tarea además de extensa, demasiado repetitiva para nuestros intereses pues correríamos el riesgo de diluirnos y no llegar a la discusión principal que pretendemos, mas lo que sí debemos hacer es aludir de forma muy puntual con respecto al carácter de cada principio.

4.6.1) ¿Se trata de una conducta homicida?

Para darle una solución debemos colocarnos frente a dos ámbitos de cuya significación puede advenirse una posible respuesta; pues, si bien hasta la fecha se tiene especificado que uno de los resultados que derivan del contagio de SIDA es la muerte del infectado, parecería indicarnos desde una perspectiva causal que en virtud de ese resultado estaríamos sino en el caso del homicidio, al menos en una tentativa del mismo; sin embargo, ya desde un enfoque legal la calificación del hecho como delito de homicidio u homicidio en tentativa, estaría ubicada a los márgenes de la legalidad, lo cual queda dilucidado al revisar lo que doctrinaria y legalmente es un homicidio.

Al destacar el tipo penal de homicidio, ubicamos sistemáticamente, de un modo previo, la posibilidad del bien jurídico que se lesiona con el contagio del SIDA, en ese orden de ideas, si consideráramos que al realizarse el contagio del síndrome se afecta o lesiona el bien jurídico “vida”, estaríamos ante la inminente regulación y protección de la misma a través de la tipificación y posterior consecuencia jurídica del homicidio; pero ocurre que no en todos los casos de contagio se habrá de producir la muerte a consecuencia de las pérdidas de defensas en el sistema inmunológico

humano²³¹, sino que puede suceder que: se dé la estabilización del paciente, se encuentre la cura al SIDA o simplemente, que el sujeto fallezca por otra circunstancia, antes de haber desarrollado el síndrome.

Por tanto, conociendo que el homicidio consiste básicamente en que un sujeto mate a otro²³²; siendo que el tipo objetivo del homicidio está constituido por la acción de matar y el resultado muerte de otra persona, que deben estar ligados por una relación de imputación objetiva²³³. Esto aunado que el Art. 128 C. P. detalla en su tenor literal: *“El que matare a otro será sancionado...”*, deja la certeza de que no se trata del tipo penal de homicidio y la misma no podría ser aplicada en el particular.

Sin embargo, aún queda otra interrogante ¿Se trata de tentativa de homicidio? Parece que si nos adscribiéramos a lo que al respecto manifiesta Bacigalupo²³⁴ en sentido extensivo el hecho del contagio dispondría adecuarse en el caso imperfecto del homicidio, ya que el mismo implicaría toda acción dirigida a acortar la vida o adelantar la muerte en el tiempo; situación que de alguna manera se habría logrado al contagiar o pretender contagiar a una persona. Al respecto, no compartiríamos esa idea y por el contrario, también parece débil esta postura, que sólo podría hallar sustentantes en quienes parten del tipo subjetivo, pues consideran que lo importante al partir de una discusión jurídico-dogmática es el desvalor de la acción, con lo que en estos casos bastaría que la intención del sujeto activo fuera la de provocar el contagio esperando que el sujeto pasivo se muera,

²³¹ Se puede llegar a la muerte a consecuencia de graves infecciones oportunistas y/o de manifestaciones cancerígenas. Vid. SCHÜNEMANN, Bernd: *“Problemas jurídico penales...”* Op. cit., pág. 225.

²³² Vid. BACIGALUPO, Enrique: *“Los delitos de homicidio”*, pág. 12.

²³³ Vid. *Ibíd.*

²³⁴ Vid. BACIGALUPO, Enrique: *“Los delitos...”* Op. cit., pág. 12.

pues opinan que no se puede estar al resultado, que significaría una vuelta al causalismo²³⁵.

En nuestro caso, como hemos sostenido, no consideramos viable subsumir estos comportamientos en el caso de homicidio, ni aun en el grado de tentativa, pues en esta última situación, estarse a la consideración subjetiva es demasiado delicado y difícil de sostener y por el otro el eventual resultado muerte no logra una connotación valedera para pensar que se ha de producir de tal hecho el homicidio.

4.6.2 ¿Se produce el tipo penal de Lesiones?

Descartada que ha sido la subsunción de la conducta del contagio, en el caso del tipo penal homicidio, ahora enfrentamos la tarea de establecer si la misma puede ser tutelada a través de la aplicación del tipo penal de lesiones. Tratándose del tipo básico regulado en el Art. 142 C. P. sobre las lesiones, éste queda descartado ya que exige que de la lesión se ocasionare un menoscabo de la integridad física o psíquica del sujeto pasivo que produjere incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedad que tardare entre diez y veinte días en curar, lo cual es completamente desvirtuable ante lo que es la infestación de SIDA, que una vez contagiado está en un estado que en general podríamos llamar de hibernación (periodo ventana) que al menos podría tardar seis meses en aparecer recién con la producción de anticuerpos.

Por igual orientación las lesiones graves a las que alude el Art. 143 C. P. quedan excluidas de aplicación por requerir dentro de su tipo objetivo que las lesiones tarden un periodo mayor a veinte días en curarse.

²³⁵ Por todos, *Vid.* SANCINETTI, Marcelo: "Subjetivismo e Imputación objetiva en Derecho Penal", pág. 29.

Luego, llegamos al análisis del tipo cualificado contenido y regulado en el Art. 144 C. P. que trata de las Lesiones Muy Graves, ya que es en esta figura penal donde en un ámbito jurídico se ha intentado ver la aplicación de las acciones u omisiones de infestación del SIDA, cuando en el numeral 4 en su tenor literal lo siguiente: Art. 144. *“La pena será de cuatro a ocho años de prisión si se produjere cualquiera de los resultados siguientes:(...) 4) Enfermedad que pusiere en grave peligro la salud de la persona”*. Así apreciado este artículo, parecería ser el justamente aplicable de acuerdo con el elemento de tipicidad del delito, no obstante, ya en una perspectiva estricta, encontramos que el SIDA no es una enfermedad, sino un síndrome, que ataca las defensas del organismo humano y permite que ciertas enfermedades, incluso algunas que normalmente no afectarían en gran manera al portador, tal y como antes lo habíamos apuntado²³⁶.

4.6.3) La Salud Pública en su estudio con relación a la tutela de los intereses difusos frente a la infestación del SIDA.

Cuando se trata de analizar la protección penal de la salud pública, entendemos que se trata de un bien jurídico denominado supraindividual, colectivo o interés difuso; ya que no se trata de la protección o tutela de un sujeto en específico, sino de una situación abstracta que afronta la necesidad del mantenimiento de toda la sociedad. En alusión a ello, la parte especial de nuestro Código Penal contiene un título completo sobre los “Delitos relativos a la Salud Pública”, en el que ningún tipo penal podría adecuarse para el efecto de cumplir con la misión protectora del Derecho Penal frente a la posibilidad de una propagación del SIDA a magnitudes que podrían afectar a la sociedad y colocarla en un estado de alarma, piénsese por ejemplo en un

²³⁶ Vid. *supra*, Cap. III, Acápito 3.1 y pág. 59.

sujeto que manipulare fluidos, tal y como especificaba la Ley de Prevención de SIDA, según antes manifestamos.

4.7) LA CONVENIENCIA DE CREAR UN SUBTIPO PENAL PARA TUTELAR LOS BIENES JURÍDICOS QUE PUEDEN SER LESIONADOS POR LA CONDUCTA DEL CONTAGIO DEL SIDA.

De tal manera, que una vez advertidas las dificultades que implicaría aplicar la normativa penal vigente tal y como hasta la fecha se encuentra cuando se tratare de regular y sancionar conductas estrictamente vinculadas con el contagio del SIDA a terceros, hay que considerar en atención a los mismos principios del Derecho Penal que ya antes invocamos en que aparece la necesidad de incriminación de conductas que dentro de la dinámica del proceso social aparecen como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal. Siendo para ello fundamental que se logre la formulación específica de un tipo que no deje vacíos al momento de someter la conducta de contagio del SIDA, es por ello que, excluidos los tipos anteriores, debe ser necesario incluir dentro del catalogo punitivo tal comportamiento.

CAPÍTULO V.
ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DELITO DESDE LA
PERSPECTIVA DEL CONTAGIO DEL SIDA.

Introducción.

La clásica concepción que cataloga la conducta penalmente relevante como la simple manifestación en el mundo exterior de la voluntad humana, no es eficiente para valorar de manera adecuada las complejas formas del apareamiento de la voluntad en el mundo real, especialmente cuando afrontamos un comportamiento social con un haz de relaciones del que pueden derivar múltiples consecuencias; consideramos que algunos de esos efectos siempre han estado presentes en la mundividencia humana, pero que la poca atención dogmática a sus elementos más básicos las hacían imperceptibles; otras, por el contrario, han evolucionado o han surgido como producto de actividades más complejas en las relaciones interpersonales de los seres humanos.

De este modo, los procesos de criminalización de conductas han sido observados en una clara tendencia hacia un Derecho Penal de primera *ratio*, en contrapropuesta con el Derecho Penal de mínima intervención, que incluso abarca el Principio de Lesividad contenido en el Art. 3 del Código Penal.

Por el contrario, los procesos de descriminalización y despenalización como parte del proceso de reforma, tienen lugar sobre conductas sociales que históricamente estuvieron mal ubicadas en la legislación penal, correspondiendo a otras fases del sistema normativo o de valores y usos sociales, quedando inclusive algunos resabios de tal práctica legislativa aun

en la actualidad; por ende sin positivización²³⁷, algunas formas de apareamiento de la conducta delictuosa se han modificado a partir de una base previa que se ha venido desarrollando²³⁸, pero en el caso que nos ocupa el estudio de la conducta de contagio del virus del SIDA toma otro nivel, ya que las anteriores formulaciones no bastan para poder dar respuesta a tal problemática. La cavilación de su particular forma de apareamiento en la realidad merece, a nuestro entender, un análisis, en toda forma, minucioso a la luz de la Teoría General del Delito, y para ello debemos de repasar los elementos que le dan vida a la evaluación dogmática de una conducta, sin obviar exponer ejemplos de formas en las cuales se llegaría a manifestar tal conducta, si bien estos serán hipotéticos, en ningún momento nos apartaremos de su posible aparición objetiva en la realidad, algo que coadyuva a lo anterior es el hecho de no contar con una base de casos prácticos en la realidad forense salvadoreña. Para evaluar más claramente el modelo de aplicación penal actual frente a las conductas de contagio advertidas en este caso, transitamos por los distintos niveles de la teoría del delito, que sin entrar plena o expresamente a la codificación general del ámbito punitivo contribuye a ser su base esclarecedora.

²³⁷ Como ejemplo de ello podemos citar el Artículo 390 en su inciso 1º, del Código Penal de 1904 cuando mencionaba: "El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, ó (*sic*) fuera de ella con escándalo, será castigado con dos años de prisión menor" *Cfr.* Código Penal de 1904. *Apud.* MUÑOZ CONDE, cuando menciona respecto a las faltas que "la distinción entre delito y falta es puramente cuantitativa. Es una cuestión de política legislativa el que un hecho se considere como delito o como falta (...) otras veces son más bien puras infracciones administrativas, que sólo por tradición se incluyen en el Código Penal. Actualmente hay una corriente a favor de la despenalización de estas faltas y de su consideración como simples infracciones administrativas (...) *Cfr.* MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", *Op. cit.* pág. 5.

²³⁸ Para el caso, algunas formas de estafa en la actualidad incluyen elementos electrónicos que hacen necesario modificar la forma de tratar el tipo, desde cómo enunciarlo hasta sus formas de apareamiento; otro ejemplo lo puede constituir la eutanasia (en muchos países inclusive ya no es penalizada como en Holanda) que siempre es una forma de menoscabar el bien jurídico vida, ya que antes sólo se tenía como base la noción del homicidio.

5.1) FORMAS DE COMPORTAMIENTO HUMANO PENALMENTE RELEVANTE EN ATENCIÓN AL CONTAGIO DEL SIDA.

No todo comportamiento humano es penalmente relevante, el Derecho Penal definitivamente no puede reaccionar ante cada hecho que “pareciera” tener tal atención, los parámetros de criminalización y por ende de punición de determinadas conductas conforman el primer obstáculo para que no toda conducta sea tomada como un ataque a un determinado bien jurídico y que amerite una reacción de reprochabilidad social, de esa manera encontraremos que la tipicidad de alguna conducta se convierte en la base de todo un posterior análisis del comportamiento humano.

5.1.1) De la Acción de contagio penalmente relevante. Características. Dolo y Culpa.

En atención el aporte comunicativo de la interacción social, encontramos que existen múltiples formas de comportamiento humano, en algunos casos advertidos por su ejecutabilidad y en otros, porque sus efectos exteriores son el resultado de una actitud pasiva, en el primer caso se trata de la acción y en el segundo de la omisión.

Tratándose de la acción como esa forma de intervención en el exterior, no nos interesa revisarla desde su ámbito ontológico, es decir, como manifestación en sentido neutro, sino que podemos apreciar con relación a dichas conductas sus derivaciones, esto es su efecto jurídico penal. Evidentemente, al introducirle a nuestro análisis un criterio de tendencia jurídica, estamos diciendo que la acción la observamos en su sentido normativo, esto es como parte de un orden de la conducta humana.

Por supuesto, el normativismo como enfoque de la acción llega a la dogmática penal a través de la Escuela Neokantiana y afirma su visión con la

Escuela Finalista originada en la obra de Hans Welzel; esa misma progresión es la que nos interesa, pues estudiaremos la acción, en su sentido final, es decir, cuando ha intervenido la voluntad de la persona, con lo que se determina la ruptura de la perspectiva causal, de la acción como mera transformación en el mundo. No obstante, con el único interés de aclarar conceptos también debemos mencionar que no todos los exponentes de la doctrina penal hablan de una acción final, pues consideran que toda acción debe procurar la voluntad del individuo, por lo que usar tal concepto deviene en una tautología²³⁹.

Además, haciendo un pequeño bosquejo, para el entendimiento del lector diremos que la acción –doctrinariamente hablando- se realiza en las siguientes fases: una interna, la cual forma parte de la conciencia del autor y que en estricto sentido no puede conocerse, aunque pretende en ciertos casos dotársele de contenido penal –verbigracia, en el caso del análisis de la clase de dolo cometido- los actos preparatorios, a los que originalmente la doctrina penal dejó vacíos de consecuencias penales, aunque en la actualidad el intento del legislador se aproxima a volverlos en ciertos casos punibles – como la conspiración, provocación, proposición y apología del delito- y la fase externa, que es por esencia la que deriva con el análisis de las fases anteriores en la correspondiente conminación penal²⁴⁰.

Hay que aclarar que la realización de actividades tendientes a cometer acciones que se enfoquen subjetivamente hablando en acciones dolosas, no parten de un análisis exclusivo de las personas que están contagiadas por el virus del SIDA, sino que también las personas sanas son susceptibles de realizarlas como se verá en las diferentes ejemplificaciones que se darán a

²³⁹ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Manuel: *Op. cit.*, pág. 23.

²⁴⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...” *Op. cit.*, pág. 9.

continuación, esto es importante pues no hay que perder de vista todas las posibilidades que se puedan dar; por supuesto, la estructura dogmática del ámbito de la culpa es distinto al caso de las conductas dolosas, preliminarmente porque mientras en las primeras el resultado no es querido, en el segundo el autor se enfoca el hecho como posible y aplica los medios idóneos para producirlo; luego, tratándose de la primera, es provocada por una actuación negligente o imprudente, se pretende otro fin al que en última instancia se da, en cambio en el dolo el fin que se pretende contraviene el orden jurídico penal (antijuricidad formal) y en efecto ese es el que se comete. En consecuencia, dada las particularidades en uno y otro caso, se abordarán ambas temáticas por separado dedicándole primeramente atención a los delitos dolosos.

5.1.1.1) Actitudes dolosas del contagio de SIDA.

Siguiendo con el planteamiento descrito *supra*, pasaremos a establecer en primer lugar los posibles campos de actuación de la persona ya infectada; así lo primero que hay que señalar como presupuesto de hecho es que la persona infectada tenga conciencia de que se encuentra padeciendo del virus que produce el SIDA y que efectivamente se dé cuenta de la magnitud del daño que puede llegar a causar de contagiar a otra persona, debe conocer que es un medio idóneo para que la persona que está sana adquiera el síndrome, aunque también se puede establecer la intención de que además de saber la posibilidad de contagio, aprecie la posibilidad que de esa forma se le produzca una lesión o incluso tener conocimiento de los efectos mortales del SIDA, la misma circunstancia de conocimiento aplica para la persona que está sana, pues simplemente lo único que varía es que precisamente no está infectada.

Para el caso, puede preguntarse ¿cómo puede conocer la persona que está infectada y de esa manera colocarse en una situación de riesgo para otros? sabemos que el conocimiento de que se padece la infección se logra a través de diversos tipos de exámenes de sangre de rutina; no hay que negar que lo anterior es un factor a tomar muy en cuenta al momento de discernir sobre la directriz de la conducta del que propugna por el contagio intencionado, ya que en un momento determinado pudo haber infectado a otras personas cuando aún no sabía que estaba infectado, inclusive cabe la posibilidad de que ni siquiera supiera de la existencia de la dolencia; ocupémonos ahora específicamente en la construcción hipotética de que la persona sabe su condición y que a partir de esta elabora toda una serie de medios encaminados a diseminar la pandemia, hablamos específicamente de la conducta dolosa en estricto sentido; la misma, a nuestro criterio, debe ser ejecutada a partir de la denominada fase asintomática pues la persona infectada no muestra ningún signo de deterioro a nivel físico y no es víctima de cualquier estigma social que pueda surgir a raíz de su padecimiento, en caso contrario habría que valorar si aún cuando la persona esté evidentemente afectada, otra persona sana acepte tener un contacto de riesgo con la misma, lo que volvería actual el tema de la competencia de la víctima; no obstante la anterior afirmación creemos que bien pudiera darse casos en donde a pesar de que el sujeto activo está evidentemente afectado pudiera contagiar la infección mediante una coacción (por ejemplo en el caso de una violación)

Si como aspecto primario tenemos que la persona en definitiva conoce su padecimiento, entonces cabe posteriormente la fase que el infectado realice actos encaminados a transmitir el SIDA, a otro teniendo la plena conciencia de que lo está transmitiendo a través de los medios adecuados las

cuales constituyen las vías de contagio; el contagio puede llevarse a cabo por cualesquiera de las vías que ya se dijeron²⁴¹; en este punto, debe mediar un elemento subjetivo que debiera tomarse en cuenta en la estructuración de un tipo penal sobre esta conducta (y que a la larga constituiría el *dolo* en este caso especial), y es el hecho de que el individuo teniendo conocimiento de que es portador del VIH lo transmite a otra persona, no teniendo intención desde un principio de informar a la otra persona de su padecimiento; lo que nosotros llamaremos en los casos anteriormente acotados como: ánimo de contagio que, como afirmábamos anteriormente, constituye el dolo directo.

Volvemos aquí a las fases de la acción, teniendo en cuenta la interna, que se realiza dentro del pensamiento del sujeto activo y es allí donde se propone el fin, los medios y considera los efectos o circunstancias concomitantes, para el caso la persona a quien va a contagiar, evita las medidas profilácticas, entre otros. Debido a esto es necesario señalar en este estudio que el sujeto transmisor del virus, en esta fase tendría que saber que es portador de dicho virus, además debe tener el ánimo de contagio, debe conocer al menos una forma o vía en que puede producir el contagio y debe evaluar las circunstancias que estarán coligadas al hecho en el momento de llevar a cabo la infestación, como por ejemplo, a través de intercambio de fluidos por medios de transfusión de sangre o sosteniendo relaciones sexuales sin protección; a decir verdad el sujeto está manifestando en esta parte el conocimiento de los elementos objetivos²⁴² que tendría que tener el

²⁴¹ A excepción de la vía perinatal, en una posibilidad que se conoce en la cual los neonatos nacidos de madres infectadas, pueden nacer sin el virus en su sangre, si la madre durante el embarazo toma "retrovir" o AZT, pudiendo la madre transmitirlo a través de la leche materna, siendo un caso que pudiera resultar muy aislado, pero cuya implicancia debe ser tratado en el ámbito de la culpabilidad como se verá.

²⁴² Los mismos comprenden la acción, el sujeto activo, sujeto pasivo, nexo de causalidad y resultado. Sobre ello, *Vid.* DONNA, Edgardo Alberto: "Casos y fallos de Derecho Penal", pág. 15.

tipo, es decir cumpliría con uno de los elementos del dolo esto es con su aspecto intelectual o cognoscitivo.

La fase externa, sería la realización en el mundo real de todo aquello que se planeó en la fase interna; es decir, se materializaría el segundo elemento del dolo el cual es *el elemento volitivo*, desembocando en el contagio del VIH en la otra persona. Este último punto es importante para nuestro trabajo, por lo que se convierte en otro elemento esencial que es menester ubicarlo dentro de la acción jurídicamente relevante en este caso en particular.

Así, el contagio efectivo del VIH se convierte en otro componente básico para la estructura de la acción aquí propuesta; en esto hay que acotar, que basados en el finalismo, como concepción dogmática más elaborada, tampoco éste constituye una sola vertiente de pensamiento, de hecho a partir de los discípulos de Hans Welzel hubieron concepciones distintas, por ejemplo los que pretenden absolutizar el desvalor de la acción, esto desde un punto de vista radical del finalismo²⁴³, por la razón de que si sólo valoramos la acción en el sentido de que se lleva a cabo la actitud de contagio estaríamos dejando de lado el análisis de desvalor del resultado que contempla el daño o la puesta en peligro del bien jurídico, otros por el contrario consideran que el desvalor de la acción debe ser preeminente en

²⁴³ “El propio finalismo, representado fundamentalmente por un sector de notables discípulos de WELZEL, ha evolucionado en diversas tendencias (...) Otra dirección ha radicalizado los presupuestos fundamentales de la doctrina finalista y llevado a sus últimas consecuencias algunas de las premisas metodológicas clave. Así, Armin KAUFMANN y ZIELINSKI, por ejemplo, atienden exclusivamente al desvalor de acción como fundamento del injusto personal, en tanto que la importancia del desvalor del resultado, es decir, la auténtica lesión o puesta en peligro del bien jurídico, quedaría notablemente reducida en su consideración conceptual como mera condición objetiva de punibilidad.” Cfr. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *“Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito”*, págs. 83 y 84.

virtud que dar cabida en los Códigos Penales a la punibilidad atenuada por la tentativa tiene aún visos de causalismo, ya que se está prefiriendo en orden al resultado sin obviar que lo que se pretende es tutelar los bienes jurídicos de las personas, con lo que el riesgo se ha provocado con la manifestación dolosa del sujeto activo independiente si haya o no alcanzado su fin.

Por tanto debemos adscribirnos a la posición de menos radicalidad y no sólo contemplar el desvalor de la acción, sino también el desvalor del resultado por ser en nuestras consideraciones un delito de lesión; así, si no fuere contagiado el individuo podría comenzar a hablarse de una tentativa, pues hubieron factores externos que incidieron específicamente en que el delito como tal no se completara. En consecuencia con lo señalado, en el caso del contagio del SIDA, es posible por tratarse de un delito de resultado, que en un momento se deba analizar su conminación penal a efecto de la tentativa.

5.1.1.2) Acciones culposas de contagio de SIDA.

Sobre la conducta culposa o imprudente de contagio habría que trazar una línea divisoria entre conductas que conllevan culpa y aquellas en que no existe este componente.

La doctrina mayoritaria considera que existe culpa o imprudencia cuando en la acción se viola *el deber objetivo de cuidado*²⁴⁴ y nosotros agregaríamos la falta de *diligencia debida*; desde el punto de vista finalista para sostener que los delitos culposos pueden encausarse dentro de esta

²⁴⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", *Op. cit.*, pág. 56.

corriente se dice que en los delitos dolosos “lo prohibido es la puesta en marcha de la causalidad en dirección al fin típico, los tipos culposos prohíben conductas atendiendo a la forma de seleccionar los medios para obtener el fin y no en razón del fin mismo; entonces el tipo prohíbe una conducta final, pero no lo prohíbe por el fin, sino por la forma defectuosa en que el fin se procura”²⁴⁵. Pero en líneas generales lo que caracteriza a los delitos culposos es que el autor mismo del hecho no se propone como fin el hecho de dañar un bien jurídico-penal; sin embargo, tiene la conciencia que si su obrar es defectuoso puede cometer una transgresión; por lo tanto, para efectos de nuestra investigación, su fin en principio no es la de infectar a otro individuo aunque sabe que lo puede realizar si no obra con la diligencia debida. Consideramos que desde un punto de vista específico las personas que están más propensas a cometer un tipo de delito culposo desde la nueva configuración que queremos darle, son todas las personas que manipulan cuestiones médicas que tienen que ver con el contacto con la sangre (sobre todo éstas), odontólogos, aún también las personas que por su profesión manejan utensilios cortantes, como lo puede ser un barbero; por tal razón consideramos que la diligencia debida es un elemento indispensable a la hora de juzgar un delito imprudente de esta categoría, porque son personas llamadas a tener el cuidado y la diligencia debida con sus actuaciones, ya que su oficio, ocupación u profesión se los demanda; aunque si lo vemos desde un punto de vista más amplio todos estamos en la posición de garante a la hora de evitar un contagio de manera culposa.

²⁴⁵ Podría confundirse este comentario con una tentativa, pero en definitiva, lo que el autor señala es la negligencia con que se actúa y además la total involuntariedad de querer como fin el daño a un bien jurídico. Si el fin de contagio se logra no es porque se haya propuesto antes ese fin, sino que se ha llevado a cabo una acción de forma defectuosa, de tal forma que se ha dañado un bien jurídico. Así, ZAFFARONI citado por CREUS, Carlos: “Derecho Penal, Parte General”, pág. 143.

En tal sentido podemos afirmar que la estructura de los delitos culposos está configurada de manera que existe una acción encaminada hacia un resultado, no obstante ese fin pretendido es normativamente hablando adecuado a las expectativas sociales. Según Francisco Muñoz Conde²⁴⁶, la Acción está representada por la lesión al Deber de Cuidado, que en una somera explicación es la no realización del cuidado que objetivamente tuvo que haber tenido la persona demandada para tenerlo, para el caso que tenemos en estudio podríamos poner por ejemplo: una enfermera que está encargada de extraer sangre, tiene el deber de desechar la jeringa usada y no volverla a ocupar con otro paciente; en este apartado se analiza que el sujeto que tiene el deber de cuidado, debe de haber obrado de acuerdo a las reglas de cuidado o reglas técnicas ya que si no lo hizo como es debido, entonces entra a un plano de valoración, es decir que si su obrar esta por debajo de las reglas de conducta o técnicas requeridas para dicho fin entonces se ha cometido una acción típica, o sea que se ha lesionado el deber objetivo de cuidado.

Siguiendo con la observación de la estructura del delito culposo, la acción por supuesto genera un resultado el cual es el daño o lesión del bien jurídico, en concreto para fines de este estudio: la infección de SIDA; pero como dijimos anteriormente no se juzga el mero hecho de producir el resultado, sino el hecho de que en la acción no se obró de la forma prudente para llevar a cabo la acción que en verdad se requería. Se dice que hay imprudencia consciente e inconsciente; la primera es cuando el sujeto activo se da cuenta que el acto que cometió no lo hizo con la diligencia que se debía provocando un resultado no querido, y la segunda es cuando hay una total

²⁴⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría...", *Op. cit.*, págs. 56 y sgts.

desatención en lo que se está haciendo, mostrando por eso, ésta última una completa despreocupación y negligencia total, lo que la hace más grave. Aunado a lo anteriormente dicho, debe mediar entre la lesión al deber objetivo de cuidado y el resultado un nexo causal que debe ser dilucidado por la teoría de la imputación objetiva o causa jurídicamente relevante.

Concretando, la lesión al deber objetivo de cuidado se ve reflejada para la actitud de contagio en la falta de cuidado a la hora de manejar sangre contaminada con SIDA u objetos que puedan causar un contagio como lo puede ser jeringas, navajas, bisturís, o el caso de obviar el uso del condón al sostener relaciones sexuales a pesar de conocer los riesgos de contagio por esa vía. En todos los casos a pesar de no ser la intención del sujeto el contagiar a otro, el resultado se encamina precisamente al contagio del SIDA.

5.1.2) Actitudes Omisivas del Contagio.

Al llegar a este punto, y después de haber revisado la otra manifestación del comportamiento humano, tal y como lo es la acción, podemos advertir al menos dos circunstancias: la primera, tiene que ver con el hecho que la conducta exteriorizada o dejada de exteriorizar sea penalmente relevante²⁴⁷; y la segunda, parte del hecho que la responsabilidad emanada del producto sólo puede coexistir amparada en que ha existido la intencionalidad del sujeto en producirla y como lo apreciaremos al tratar sobre la estructura de la omisión en no producirla.

Por supuesto, contextualizar la omisión es fáctica²⁴⁸ y dogmáticamente un asunto amplísimo; pues, si advertimos las múltiples e infinitas

²⁴⁷ En este sentido MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría..." *Op. cit.*, pág. 36.

²⁴⁸ Se dice fácticamente amplio en el entendido que la omisión desde un curso natural implica un "no hacer"; sin embargo, en el mundo real existe frente a cada posibilidad de actuar el mismo nivel de no actuar, desde aspectos cotidianos como si saludamos o no saludamos, esto claro en un contexto de los usos sociales y que sólo a guisa de ejemplo traemos a cuenta.

posibilidades de omitir un acto, observamos que viene a ser la contraparte de ese acto y que al dejar de realizarse de igual manera se llegan a producir efectos jurídico-penales; siendo que en este caso nos corresponde asumir una evaluación exclusivamente de las circunstancias en que “por un dejar de hacer” se llega al contagio del SIDA en un tercero, es decir dotando la omisión de un sentido normativo penal.

Ante tal situación, bástenos hacer algunos señalamientos con carácter introductorio a la temática; así que para efecto de dotar el análisis de las bases de discusión suficientes principiamos por adscribirnos a una definición sobre la omisión desde una visión de Derecho Penal la cual entenderemos como “la infracción de un deber jurídico”²⁴⁹; con esto, por supuesto encontramos los elementos que le dan su verdadera estructura a la omisión, nos referimos por una parte a que el sujeto infringe un deber, esto es que ante el carácter imperativo de la norma penal, no se actúa conforme se ha prescrito y en consecuencia quedan lesionadas las expectativas sociales con la falta de acatamiento ya que se esperaba del mismo otra clase de comportamiento. Y de otro, que al dejar de efectuar una acción, el sujeto que omite está en capacidad de realizar, pues no debemos olvidar que el Derecho Penal no exige comportamientos heroicos, sino sólo la intervención de cada individuo de acuerdo tanto a sus posibilidades como a la exigibilidad de la norma penal en los casos precisos.

Por tanto, a manera de un ejercicio mental que nos sirva para descubrir las posibilidades reales que existen para que se produzca omisivamente el contagio, consideramos de gran auxilio citar algunos casos aislados que demuestren la forma en que puede analizarse el delito omisivo y las posibilidades de imputación que también se pueden formular.

²⁴⁹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría...” *Op. cit.*, pág. 24.

En tal sentido, debemos acotar que la omisión se suele clasificar doctrinariamente a partir de tres categorías, tales son: Los delitos de omisión pura o propia, que vendrían a ser el equivalente de los delitos de mera actividad en el caso de la acción; los delitos de omisión y resultado, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que es posible conectarlo causalmente²⁵⁰; y tercero los delitos impropios o de comisión por omisión, en los que además de que la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión por omisión, por lo que se entiende como una forma extensiva de penalización.

Para entender los alcances jurídicos de la omisión, es necesario revisar su base normativa, esto implica por supuesto, afrontar el ámbito de la técnica legislativa para encontrarnos con el hecho que nuestra legislación penal en su parte especial, contiene dos clases de normas penales: unas son de carácter prohibitivo y otras de forma imperativa²⁵¹.

De modo que al referirnos a las normas prohibitivas, éstas son las que en el precepto señalan una conducta que no debe ejecutarse, pues su producción transgrede el ordenamiento jurídico como es el caso, por citar nada más algunos ejemplos, de las normas penales contenidas en los Art. 128 C. P., (Homicidio), Art. 131 C. P., (Inducción o ayuda al suicidio) y Art. 142 C. P. (Lesiones) con lo cual la descripción del tipo pretende su evitabilidad sobre la base de una consecuencia jurídica por su comisión: la pena.

Con respecto a las normas imperativas, el efecto es contrario, ya que el precepto penal señala como mandato una acción, que el sujeto, siempre y cuando esté en la condición posible de ejecutarlo debe por determinación

²⁵⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría..." *Op. cit.*, pág. 25.

²⁵¹ Así, obsérvese a: NOVOA MONREAL, Eduardo: "Los delitos de omisión" en *Doctrina Penal - Teoría y Práctica* -, pág. 314.

legal realizarlo, por ello se asocia un concepto en relación al “*deber jurídico de obrar*”, siendo uno de sus ejemplos paradigmáticos la norma penal situada en el Art. 175 C. P., sobre la Omisión del deber de socorro.

En este caso exclusivamente trataremos lo atinente a los delitos de omisión y resultado, por considerar que dentro del ámbito de las relaciones sociales hay una gama bastante grande de situaciones en las que por un “no actuar en aquellos casos donde existía una norma imperativa de acatamiento preciso”, se ha lesionado una expectativa social, verbigracia las personas que se encargan de actividades médicas, así tendríamos a la laboratorista que debiendo analizar la sangre que será utilizada en una transfusión, no realiza los exámenes correspondientes, resultando al final que la sangre que se usó estaba infectada de SIDA, provocándole consecuentemente al paciente la infección. Un caso similar ocurre tratándose del médico que no revisa el instrumental con el que interviene quirúrgicamente; es decir, en ambos casos se incumple un deber jurídico de obrar, pues el resultado - contagio- no se genera a consecuencia de un “hacer”, sino por la conducta que no se llevó a cabo y se tenía la obligación (reglamentaria) de efectuar.

También está el caso del barbero que no cambia la navaja de afeitar con la cual rasura a sus clientes, ya que al no guardar las medidas de higiene, puede ocurrir el hecho de herir a una persona a la cual está rasurando y que la misma padezca SIDA, posibilitando el riesgo de infectar a otro de sus clientes, debido a una cortada a una de las personas que atiende le derive en la infestación del SIDA.

Lo que hay que tomar en cuenta es que en los distintos ejemplos relacionados los sujetos habrían omitido una conducta exigida, en atención que existía un deber objetivo de cuidado establecido por normas precisas derivadas de las pautas de actuación de cada uno de los sujetos de acuerdo al

medio y actividad que desarrollan, estas pueden ser de carácter legal, reglamentario o por patrones de conducta social.

5.2) EL RESULTADO PRODUCIDO POR LA CONDUCTA DEL CONTAGIO.

Teniendo claro que la dogmática penal encuentra una especial preocupación por el análisis de las categorías del delito de resultado²⁵², en atención a la forma en que se imputa ese resultado al autor del hecho, actúe el mismo a nivel de dolo y culpa, como ha dicho antes Muñoz Conde, no es lo mismo “el producir” que “lo producido”²⁵³.

De tal manera que, tratándose del SIDA, con su cuadro clínico particular discutir sobre los efectos en el agente infectado es sumamente difícil; esto es preliminarmente la aparición a corto plazo de síntomas inocuos y posteriormente en un periodo más largo de latencia o incubación sin síntomas exteriores perceptibles que pueden llevar en su etapa terminal hasta la muerte del contagiado. Por tal motivo, se trata de establecer un nexo causal entre la conducta activa u omisiva que de acuerdo a una finalidad ejerce un sujeto con respecto al contagio del síndrome a otro, juntamente con las consecuencias que del mismo podrían derivarse, todo esto significa establecer, con criterio necesariamente objetivo, la relación de causalidad que vincula al individuo con el resultado que su conducta ha producido²⁵⁴.

5.2.1) Análisis de la relación de causalidad e imputación objetiva.

Como antes manifestamos, desde los albores de la civilización el ser humano ha buscado la manera de explicar cómo se produce un fenómeno.

²⁵² Vid. DONNA, Edgardo: *“La Imputación Objetiva: Ensayos de Derecho Penal”*, pág. 13.

²⁵³ Así, MUÑOZ CONDE; Francisco: *“Teoría...”*, *Op. cit.*, pág. 17.

²⁵⁴ En esto, VIDAURRI ARECHIGA, Manuel: *“La Teoría de la Imputación Objetiva”*, en *Revista Actualidad*, pág. 31.

En esa medida, se procura conectar una conducta en el resultado material que provoca una transformación de la realidad.

Por su puesto, en el ámbito de la actividad penalmente relevante, debemos afrontar para su valoración dos clases de delitos, clasificación que se orienta a partir de los efectos que produce el comportamiento humano voluntario, tales son: los de mera actividad y los de resultado²⁵⁵. Especialmente nos abocamos al caso de los delitos de resultado, en virtud de que el caso que tratamos constituye frente a la acción humana un resultado posible que se dimensiona en dos aspectos: el primero relativamente inmediato, a través del periodo asintomático hasta el apareamiento identificable del síndrome que ataca al sistema de inmunidad orgánico, disminuyendo las defensas del mismo; en el segundo se trata de la probabilidad que derivado de la afectación del sistema inmunológico se pueden presentar enfermedades sobrevenidas que provocarán la muerte del contagiado. En atención a esta proposición en el desarrollo penal, se reclaman soluciones para establecer criterios necesariamente objetivos de la relación de causalidad que vincule al individuo que contagia el SIDA con el resultado que su conducta ha producido²⁵⁶.

Obviamente, en el devenir histórico se han formulado una serie de teorías que han procurado establecer una respuesta frente a casos como el manifestado, en que la relación de causalidad no queda clara en su identificación; pues como dijo en su época M. E. Mayer: “vincular casualmente apariencias es función privativa de la inteligencia humana”²⁵⁷.

²⁵⁵ Mientras en los delitos de mera actividad el legislador castiga la simple manifestación de voluntad, tratándose de los delitos de resultado, además del acto se castiga por el resultado derivado de ella. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...” *Op. cit.*, pág. 17.

²⁵⁶ Cfr. VIDAURRI ARECHIGA, Manuel: *Op. cit.*, pág. 31.

²⁵⁷ Citado por WELZEL, Hans: “Estudios de Derecho Penal”, pág.122.

En nuestro caso, nos ocuparemos únicamente de tres de esas concepciones dogmáticas, nos referimos a las teorías de la equivalencia de las condiciones, de la causación adecuada y finalmente de imputación objetiva.

Por supuesto, su especificación en un cuadro general es bastante amplia. Además que debemos advertir que tratándose de las primeras dos, las mismas han sido refutadas por la concepción moderna del Derecho Penal, no obstante si las incluimos en este modelo de resolución es para remarcar la forma en que se plantearon y el objeto de su refutación²⁵⁸.

Por cierto que a los delitos de resultado, una parte de la doctrina los ha llamado delitos de lesión²⁵⁹, por entender que son estos los que en verdad generan un ataque o afectación de bienes jurídicos; disentimos de tal denominación por parecernos errado querer encuadrar solamente a los delitos que tienen perceptibilidad en el mundo exterior como lesivos, pues independientemente que sea o no aprehensible el hecho punible causará una lesión, aunque esta se catalogue exclusivamente en el subjetivismo de la víctima (como en el caso del honor).

No obstante, lo importante aquí es tener en cuenta, que se trata de buscar el establecimiento de una conexión entre la intervención del agente (portador del SIDA) y el resultado material. (El contagio en primera línea y la posible muerte del infectado como segunda línea)

5.2.1.1) Teoría de la Equivalencia de las condiciones.

A efecto de hacer un sucinto análisis sobre la teoría de la equivalencia de condiciones, consideramos que hay dos aspectos que no pueden quedar

²⁵⁸ En este sentido, para un panorama más completo, puede revisarse la obra de GÓMEZ BENÍTEZ, Manuel: "La teoría jurídica del delito"; págs. 2 y siguientes; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.: "Tipicidad..."; págs. 11 y 12; y TREJO, Miguel Alberto: "La Teoría Jurídica del Delito", pág. 8.

²⁵⁹ Por todos, *Vid.* BACIGALUPO, Enrique: "Lineamientos de la Teoría del Delito", pág. 37.

inadvertidos: el primero es que el creador de esta teoría fue el procesalista Julius Glaser a mediados del siglo XIX²⁶⁰ y la segunda, que a pesar que dogmáticamente casi nadie estaría dispuesto a sostener la viabilidad de su contenido, por el contrario sigue siendo la base de los Códigos Penales de América Latina²⁶¹; y más aún en la aplicación de la ley penal en virtud de hechos punibles por parte del sistema penal²⁶².

Aclarados esos puntos, tratamos en específico los argumentos teóricos de esta posición, así para los seguidores de la teoría de equivalencia de condiciones se consideraría causa: “toda condición de un resultado concreto que suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjere”²⁶³.

Así, en el caso particular de las conductas de contagio del SIDA, si aplicáramos a la determinación del nexo causal, las posibles respuestas irían encaminadas como en el siguiente ejemplo: Pedro N. muestra a Guillermo C. un revólver con la intención de vendérselo y pensando el primero que el arma está descargada le apunta en forma de broma al segundo, disparándose el arma que alcanza a rozar el tórax de Guillermo; quien por esa razón es trasladado al hospital donde se le interviene quirúrgicamente, siendo operado por el Médico con instrumental no esterilizado y con el que se había previamente operado una persona contagiada de SIDA. Dos años después Guillermo quien ya desarrolló el SIDA fallece al no tener suficientes defensas contra una epidemia de dengue que lo ataca.

²⁶⁰ Vid. DONNA, Edgardo. “La imputación...”, pág. 15; también FERREIRA DELGADO, Francisco. “Teoría General del Delito”, pág. 63.

²⁶¹ Cfr. SANCINETTI, Marcelo: “Subjetivismo e imputación objetiva”, pág.19.

²⁶² Con respecto a ello, puede observarse MUÑOZ CONDE, Francisco: “En la búsqueda de la verdad en el proceso penal”, pág. 43.

²⁶³ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría...” *Op. cit.*, pág. 18.

Aquí, obviamente hallamos dos resultados importantes para la aplicación de la ley penal, uno de efectos casi inmediatos (el contagio) y otro que se concretiza con un periodo más prolongado (muerte del contagiado) siendo en este caso ambos imputables a Pedro N., pues de no haber mostrado el arma a Guillermo y de no dispararse, este último no habría llegado hasta el Hospital, ni ser intervenido y por ende tampoco se hubiera infectado.

De tal manera que no hay duda que la teoría de la equivalencia de condiciones es eficiente en el sentido que no deja lagunas entre acciones y resultados, más allá de las normales dificultades probatorias²⁶⁴. El problema en cambio, aparece en la limitación de la cadena causal, que de lo contrario irracionalmente nos conduciría a buscar el origen de todo, hasta sus más primigenias derivaciones. Así por ejemplo, tendría culpabilidad en el hecho el fabricante del arma de fuego o los padres de Pedro N., pues sin la intervención de ambos Pedro no se encontraría mostrando el arma, mejor dicho ni siquiera existiría para estar presente en el lugar donde Guillermo fue lesionado²⁶⁵.

En conclusión, esta teoría se orientó desde la Escuela Positivista del Derecho Penal, por lo que su desarrollo partió de un enfoque ontológico, es decir, buscando las respuestas de acuerdo al método de las ciencias naturales y haciendo incuestionable su relación causal desde una visión naturalista de causa- efecto; que sin embargo al incorporarle elementos normativos se volvió insostenible.

Así, de acuerdo a nuestra legislación penal, los problemas suscitados por conductas que derivan en el contagio del SIDA no pueden, ni deben ser

²⁶⁴ Vid. DONNA, Edgardo: "La imputación..." pág. 16.

²⁶⁵ Cfr. VIDAURRI ARECHIGA, Manuel: *Op. cit.*, pág. 37.

resueltos conforme a esta teoría, ya que de acuerdo al Art. 4 C. P. al referirse a los principios generales y democráticos que orientan el proceso penal, aparece el principio de responsabilidad, en el cual de su contenido se denota que se proscribe la responsabilidad objetiva²⁶⁶.

5.2.1.2) Teoría de la Causación o Causalidad Adecuada²⁶⁷.

Esta teoría fue creada por Johannes von Kries (1853-1928) sobre la base de los estudios del autor von Bar²⁶⁸ con la intención de limitar la responsabilidad en el ámbito de la causalidad sin recurrir al concepto de culpabilidad; de esa manera se lograban evitar los abusos ontológicos en los que había caído la teoría de la equivalencia de condiciones, pues a diferencia de esta última donde toda conducta es causa del mal causado, ya en la teoría de la causación o causalidad adecuada sólo se entiende como causa verdadera del resultado aquella condición normalmente adecuada para producirlo²⁶⁹.

Esto obviamente viene a indicar un límite normativo²⁷⁰ no en el sentido estricto de la norma penal, sino como parte de una regulación humana, donde el parámetro elemental será la voluntad humana –el acto- que produce efectos jurídicos (Verbigracia: El rayo que cae sobre el joven enviado al bosque durante la tormenta, a pesar que el mandante lo halla

²⁶⁶ Debemos entender la responsabilidad objetiva como la determinación de un resultado a un sujeto activo desde un vínculo de causa-efecto de orden de la naturaleza, por cierto que es en el Art. 4 de nuestro Código Penal donde se expresa manifiestamente que sólo será responsable de un hecho punible la persona cuando lo cometa de forma dolosa o culposa, incluso el artículo comentado se hizo objeto de una reforma en el sentido de incorporarle un segundo inciso a efecto de definir qué se debe entender por responsabilidad objetiva, a pesar que las bases de elaboración del Código Penal pretendían su exclusión de una propuesta doctrinaria específica. *Cfr.* CASTELLÓN, René: "La teoría del bien jurídico..." *Op. cit.*, pág. 38.

²⁶⁷ Utilizamos ambos conceptos en virtud que la doctrina los reconoce en iguales sentidos, para el caso puede hallarse el término de causalidad adecuada en la obra de: DONNA, Edgardo: *Op. cit.*, pág. 21.

²⁶⁸ En este sentido, DONNA, Edgardo: "La imputación...", págs. 21-22.

²⁶⁹ *Vid.* VIDAURRI ARECHIGA, Manuel: *Op. cit.*, pág. 39.

²⁷⁰ En atención a lo dicho, GÓMEZ BENITEZ, Manuel: *Op. cit.*, pág. 124.

hecho con la intención que tal acontecimiento sucediera, no le es imputable, y no precisamente por no quererlo así, pues ha quedado claro que eso esperaba; sino porque al hecho le falta algo, que es la voluntad humana capaz de dominar el acaso.) atenuando la visión naturalista anterior²⁷¹ ya que no se trataba de imputar todo resultado al agente que con su conducta hizo manifiesto su comportamiento, sino solamente aquellos que bajo la situación fáctica normal podían derivar en los efectos provocados en el mundo real.

Por tanto, si tomamos como base el ejemplo antes indicado al referirnos a la teoría de la equivalencia de las condiciones, la única forma de imputársele a Pedro N. el contagio del SIDA y posterior fallecimiento de Guillermo en virtud del menoscabo de su condición física a causa de la infección, se enmarcan en el hecho que la transmisión se dé por alguno de los conductos clínicamente comprobados de contagio²⁷².

Es decir, que la vinculación causal entre acto y resultado, implica la observancia de un comportamiento preciso que pueda producir el contagio del síndrome, con lo que expresamente existe un criterio de orden normativo frente al concepto prejurídico de la teoría de equivalencia de condiciones, para el caso quien sostiene relación sexual estando infectado y contagia a la otra persona.

El problema de esta teoría de la causalidad, se encontraba en que previsible objetivamente lo es casi todo y por tanto, no basta que el SIDA se haya contagiado por alguna de las formas clínicamente posibles, ya que faltaría un elemento que esclareciera el asunto: la voluntad humana en su

²⁷¹ Lo cual encontró su esencia en la Escuela Clásica de la teoría del delito, donde todo análisis derivaba del sustrato ontológico. *Cfr.* Una visión bastante amplia en las obras de: DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Op. cit.*, pág. 17; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Op. cit.*, pág. 156.

²⁷² Estas son las vías que antes hemos venido señalando: por relaciones sexuales, vía intravenosa y la madres infectadas que contagian a su hijo durante o después del parto. *Vid. supra*, Acápites 3.3.

relevancia penal, ya que por ejemplo, el resultado siempre podría darse, a pesar que el autor no tenía la intención de producirlo, por ejemplo, el infectado a pesar de tomar las medidas profilácticas (para tener relaciones sexuales usa condón) por causa ajena a su voluntad (se rompe el condón) se produce siempre el resultado lesivo: contagio del SIDA. En planteamientos como el anterior es donde comienza a fallar esta teoría que podría resolver el asunto manifestando que es responsable el autor porque es previsible que una medida como la adoptada (uso del condón) podría fallar, sin embargo la base no debe estar en lo previsible sino en lo pretendido o querido por el mismo, que en ningún momento tenía como intención producir el contagio.

5.2.1.3) Teoría de la imputación objetiva.

Finalmente, hasta nuestros días la dogmática penal no ha ignorado las aportaciones tanto de las dos teorías apuntadas anteriormente²⁷³, como de otras que tuvieron alguna incidencia en la temática del nexo causal del hecho punible, pero por exceder los motivos de nuestro análisis hemos debido excluirlas²⁷⁴; sin embargo, la propuesta que actualmente tiene no sólo más adeptos; sino también representa un desarrollo de índole normativo jurídico con el fin de dar respuesta a problemas causales de difícil solución es la teoría de la imputación objetiva. Por supuesto dicha teoría involucra múltiples aspectos de los cuales retomamos únicamente aquellos que reportan una guía para el tratamiento de los casos de contagio del SIDA.

En ese orden de ideas, como manifiesta el penalista Marcelo Ferrante: “en breves trazos podría decir que por imputación objetiva se entiende un conjunto de principios y reglas sistemáticos mediante los que se normativiza

²⁷³ Cfr. VIDAURRI ARECHIGA, Manuel. *Op. cit.*, pág. 43.

²⁷⁴ Para efecto de ser citados tenemos la teoría de la relevancia jurídica de Edmund Mezger. Al respecto: DONNA, Edgardo. “Imputación...”, *Op. cit.*, pág. 19.

las descripciones típicas puramente causales”²⁷⁵. Lo anterior significa que la imputación objetiva procura dar respuesta en aquellos casos donde habiéndose manifestado un resultado se requiere de la comprobación del agente que lo ha producido, así como su incidencia en el resultado.

Con ese objetivo se han constituido los criterios que dan forma a la teoría, siendo los sostenidos por una parte de la doctrina: los de incremento de riesgo y ámbito de la protección de la norma²⁷⁶.

Sin embargo, algunos autores en el presente han incorporado otros criterios, los que al menos consideramos importante enunciar en este trabajo, tales son los recogidos en su extensa obra por el autor alemán Günther Jakobs, para quien la imputación objetiva debe ser observada y analizada desde cuatro criterios, a saber: a) Riesgo permitido e incremento de riesgo; b) Principio de confianza; c) Prohibición de regreso; y d) Competencia de la Víctima.

Entonces, si asumimos la concreción de ciertos casos en los que se produce el contagio del SIDA, tendremos la posibilidad de evaluar a través de la teoría de la imputación objetiva si es posible atribuírselos al agente relacionado. Para tal efecto, entendemos que la gama de contagios se presenta de innumerables formas, no obstante, nos aproximamos a la circunstancia que el sujeto activo dolosamente haya querido que se produjere el resultado, esto es el contagio del SIDA (por ejemplo sabiéndose portador del síndrome sostiene relaciones sexuales con otra persona para producirle la infestación), siendo entonces que para darle respuesta a una posible

²⁷⁵ Vid. FERRANTE, Marcelo: “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, en Estudio sobre la teoría de la imputación objetiva, pág. 17.

²⁷⁶ Sobre ello: MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...” *Op. cit.*, pág. 19. Aunque también otra parte de la doctrina los transforma en cuatro criterios, así: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima. Entre otros: JAKOBS, Günter: “Imputación Objetiva en el Derecho Penal”.

imputación los seguidores de esta teoría suelen ocupar el criterio del ámbito de protección del tipo penal denominando a estos “casos con resultados tardíos”²⁷⁷.

En tal sentido, la teoría de la imputación objetiva afirma que el último resultado no le debería ser imputado al autor, pese al peligro creado por el autor del hecho a través de la primera conducta, utilizando como base de este planteamiento el argumento que el hecho en sí ha concluido y terminado con la lesión primaria²⁷⁸ y que el impedir los resultados tardíos caerían fuera de la protección del tipo penal.

El penalista Edgardo Donna incluye en este ámbito los supuestos de contagio de SIDA²⁷⁹ aplicando como tipos penales los de homicidio o lesiones en que faltaría la llamada dimensión temporal de la imputación.

Con respecto a esta posición, particularmente disintimos de su fórmula de solución al menos por las siguientes consideraciones: primero, que para excluir la imputación Donna emplea como conductas típicas las de homicidio y lesiones en la que fundamenta la carencia de una función protectora frente al contagio del SIDA, por no constituir la lesión de los bienes jurídicos vida o integridad física de un modo verificable y concreto presente; no obstante, dicha tesis se desbarataría con la existencia de un tipo penal que amplíe el margen de aplicación, verbigracia, un tipo cualificado de lesiones donde aparezca la agravante de tratarse de una condición epidémica mortal que ponga en peligro la vida del infectado.

Y, segundo, que bajo el entendido del rol regulador de la tipicidad que implica la imputación objetiva²⁸⁰ se alza la posibilidad de efectuar un juicio

²⁷⁷ Por todos, DONNA, Edgardo. “La imputación...”, pág. 41.

²⁷⁸ Así al menos Rudolphi, citado por DONNA, Edgardo. “La imputación...”, pág. 42.

²⁷⁹ *Vid.* DONNA, Edgardo. “La imputación...”, pág. 43.

²⁸⁰ *Cfr.* SANCINETTI, Marcelo. ¿Una teoría de la imputación objetiva?, En Estudios sobre imputación objetiva.

de imputación derivado del comportamiento del individuo (desvalor de la acción) y desde ahí observar si lo producido (desvalor del resultado)²⁸¹ se encontraba dentro de los derivados objetivamente identificados, esto que en términos generales significa que el resultado implica una causa jurídicamente relevante y que el medio empleado o dejado de realizar está dentro de la esfera de control del sujeto activo.

También, otro de los elementos que permitiría imputar al sujeto contagiante tal actuación y volverla penalmente relevante está sostenida en el ámbito del incremento de riesgo, ya que con su actuar ha colocado al sujeto contagiado en una situación difícil, ya que su posible fallecimiento estará sometido a su constitución física, pudiendo colocarlo en cercanía con la muerte, por ejemplo, si padece de una enfermedad crónica previamente. A tal efecto, la teoría de la imputación objetiva desecha como posible la imputación penal del autor, al menos por el delito de homicidio, ya que objetivamente, no significa que el contagio de la enfermedad vaya a producir la muerte del contagiado, pues puede fallecer por otras circunstancias, en algunos casos vinculadas a la razón principal (la persona contagiada al saberse infectado no soporta la impresión y muere de un paro cardíaco o se lanza al vacío) o por razones totalmente ajenas al principal de contagio (el infectado fallece en un accidente automovilístico o en una riña callejera).

Además, tampoco puede olvidarse un asunto que desde el inicio nos interesaba dejar planteado, el cual está vinculado con la función de la victimodogmática, esto es en aquellos casos cuando la persona de la víctima se coloca en el riesgo, lo que también se denomina auto puesta en peligro, ya sea por negligencia o total desatención de su esfera de derechos personales;

²⁸¹ *Vid.* SCHÜNEMANN, Bernd: "La acción y el resultado en Derecho Penal", trad. de Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer.

por lo cual el orden jurídico penal no puede exceder los parámetros de tutela general e invadir ámbitos desprotegidos por el propio actuar de la víctima. Así ocurre tratándose de drogadictos que utilizan indistintamente jeringuillas para suministrarse heroína o los sujetos que sin protegerse con el uso de condón, sostienen relaciones sexuales de forma promiscua, tratándose indistintamente si son personas homosexuales o heterosexuales.

5.3) ESTRUCTURA DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y SUS IMPLICACIONES FRENTE AL CONTAGIO DEL SIDA.

Antes de aludir a los elementos generales que constituyen el delito, se hace preciso que traslademos el nivel de intención y alcance que los mismos suponen para el objeto de nuestro estudio, bajo esa óptica, lo que se pretende es dejar establecido un modelo de resolución del hecho del contagio, a partir de la revisión de los delitos de homicidio y de lesiones, para apreciar si en algunos de ellos es encuadrable la conducta del contagio del SIDA, a la cual nos hemos venido refiriendo.

Por otra parte, hemos estructurado un tipo penal “modelo” de lo que nosotros consideramos una forma de solución de tales circunstancias que rodean el contagio del síndrome, dejando para un capítulo aparte si es necesario o no que se alcance su formulación, de acuerdo a la comprobación de nuestras hipótesis.

5.3.1) El tipo penal de homicidio observado como posible delito frente a la conducta del contagio del SIDA.

Con respecto al delito de homicidio, la doctrina penal ya se ha encargado bastante de formular un planteamiento con su realidad

pragmática²⁸², no obstante, en ninguno de los autores de tan amplia bibliografía encontramos un abordaje como el que nos interesa para reconocer si la conducta intencional de contagiar a un tercero el virus del SIDA. En atención a ello, a pesar de las limitantes existentes para efectuar ese análisis dogmático-jurídico, pretendemos elaborarlo nosotros, para lo cual sistemáticamente nos auxiliamos de las categorías esbozadas por la teoría jurídica del delito, el cual observamos a continuación.

Así, el Art. 128 C. P., expresa en su tenor literal: *“El que matare a otro será sancionado con pena de prisión de diez a veinte años”*, esta norma penal, así precisada tiene un sentido abstracto, razón que nos conduce a confrontarlo con una conducta de provocar el contagio del SIDA, tendríamos al efecto que:

“Manuel N., sabiéndose portador del virus del SIDA, busca a Rosa P. quien fue su novia hace ya algunos años, pero que lo engañó con su mejor amigo; sin embargo, Manuel N. comienza a cortejar a Rosa, hasta que logra convencerla que sostengan relaciones sexuales, a lo que ella asiente; algún tiempo después, habiéndose alejado Manuel y encontrándose en una fase terminal le hace saber a Rosa que él la contagió, porque la quería ver muerta”.

La antes apuntada, es una de las tantas circunstancias hipotéticas que nos hemos planteado, pero que nos servirá para evaluar si tal conducta se adecua al tipo penal del homicidio.

En lo que se refiere a la Acción y Tipicidad, en este caso la acción exigida es *“matar”*, por lo que por una parte el sujeto ha tenido la posibilidad

²⁸² Sobre ello *Vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *“Derecho Penal. Parte Especial”*, pág 145; VIVES ANTÓN, *et al. Op. cit.*, pág. 31; QUINTERO OLIVARES, *“Comentarios a la parte especial del Código Penal”*; TREJO, Miguel Alberto *et al.* *“Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II; y RUEDA, Luis: “Comentarios al Código Penal Salvadoreño”*.

de plantearse el hecho (ámbito interno) ha procurado en su idea, preparar los medios para ejecutar su plan (a cortejado previamente a Rosa P. para sostener relaciones sexuales con ella y contagiarla) y el mismo se ha llevado a cabo, con lo cual se da un resultado que es “el contagio del SIDA”, no obstante, esta no es la acción descrita en el tipo básico del homicidio del Art. 128 C. P., que se refiere a “provocar la muerte”, no a “contagiar”, como consecuencia en el análisis de causalidad del actuar del sujeto se condiciona a que su proceder se limita al “contagio”, y que a pesar del hecho probable que en un periodo no tan prolongado la víctima del contagio fallezca a consecuencia que el síndrome lesionó plena y definitivamente su sistema inmunológico, esto implica ya un curso causal tardío del que ya no respondería, sobre la base de la conducta homicida el sujeto activo, pues cabe también la posibilidad que la persona no fallezca a consecuencia del contagio, por ejemplo si se encuentra la cura del SIDA.

Por lo que entramos a dos dificultades, por una parte el Principio de Legalidad del Art. 1 C. P., ya que la conducta a ser sancionada penalmente debe estar estricta y previamente configurada en el catálogo punitivo, por lo que imputar en un hecho como el descrito a un sujeto un homicidio, que no se ha generado, implica una extensión de responsabilidad; no obstante, el otro problema es que si en efecto la víctima fallece a consecuencia que el contagio del SIDA le provocó una minimización total de sus defensas corporales, se generaría una imposibilidad de imputación para el agente contagiante, quedando impune.

En lo atinente a la antijuricidad, si observamos el sentido prohibitivo de la norma penal contenida en el Art. 128 C. P., la misma nos indica su significado y alcance como “no matar”, en tal sentido la antijuricidad entendida en su vertiente formal conlleva a que esa prohibición de atentar

contra otro está protegiendo la vida como bien jurídico individual; y, en su vertiente material la antijuricidad estará reflejada en que con su actuar típico el sujeto activo ha contravenido el ordenamiento jurídico, más estrictamente la norma penal.

Si a consecuencia de la revisión en un juicio de tipicidad del caso planteado al comienzo de este acápite, ha quedado determinado que la conducta del sujeto contagiante, en ninguna manera se adecua a la descripción legal realizada por el legislador penal, en ese mismo ámbito de gradación, encontramos que el actuar del individuo en ningún momento ha contravenido la norma penal invocada con relación al delito de homicidio.

Por último, bajo el prisma de este análisis, la culpabilidad tendría una ubicación de soslayo, teniendo en cuenta que en el caso objeto de esta discusión, ha quedado advertido previamente que el sujeto al producir el contagio de SIDA a un tercero, no actuó típicamente como lo preceptúa el Art. 128 C. P al referirse al delito de homicidio y mucho menos con su intervención ha lesionado el bien jurídico vida tutelado por tal norma penal, ni ha violentado el ordenamiento jurídico en cuanto a “no matar”, entonces, no hay razones mínimas para analizar si en cuanto al homicidio con su condición de infectado de SIDA y de sujeto transmisor del mismo a un tercero se ha constituido culpable, pues aquí no estamos observando algún ámbito de culpabilidad como parte del contagio, sino que se lo hace en una revisión de culpabilidad y responsabilidad en atención a la muerte de la persona a quien infectó, la cual excede los parámetros de responsabilidad establecidos en el Art. 4 C. P.

5.3.2) El tipo penal de lesiones frente a la existencia de un delito de lesiones como parte de una conducta de contagio del SIDA.

En cuanto al delito de lesiones, su conformación como tipo básico se halla en el Art. 142 C. P. en el que se manifiesta: *“El que por cualquier medio, incluso por contagio, ocasionare a otro un menoscabo de su integridad física o psíquica que hubiere producido incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedad por un periodo de diez a veinte días, habiendo sido necesaria asistencia médica o quirúrgica, será sancionado con prisión de uno a tres años”*. De tal forma que la norma penal señalada está conformada por su precepto general y por la consecuencia jurídica que habrá de derivar en caso que se lleve a cabo la acción sin ninguna de las causas de justificación o de exclusión de responsabilidad.

Por supuesto, a nosotros nos ocupa exclusivamente lo atingente a ubicar si con base al tipo penal de lesiones se puede tutelar el bien jurídico vida, en cuanto a su dimensión de integridad física, cuando se trata del contagio o infección del virus del SIDA frente a un tercero.

Preliminarmente apuntamos que de acuerdo a la tipicidad como adecuación del hecho en el mundo real a lo establecido por el legislador en la norma penal, tratándose del Art. 142 C. P. a pesar que en la misma se manifiesta como acción típica de lesión incluso la de *“contagio”* no cumple con los elementos objetivos que en el mismo se detallan, especialmente en cuanto a que la lesión tarde un tiempo entre diez y veinte días en sanar; pues tratándose del contagio del virus del SIDA, encontramos que su periodo de incubación, para llegar a ser perceptible está médicamente estipulado en un

plazo de al menos seis meses, por lo que no sus efectos no aparecen simultáneamente con la causa que pudo derivar en el contagio.

En tal sentido, se descarta *ad limine* el tipo básico de lesiones del Art. 142 C. P. y la posible solución penal se debe obtener en concordancia con otras disposiciones especiales con relación al delito de lesiones. Así arribamos al estudio del Art. 144 C. P. que en su tenor literal denota lo siguiente: *“La pena será de cuatro a ocho años de prisión si se produjere cualquiera de los resultados siguientes: (...)*

4) Enfermedad que pusiere en grave peligro la salud de la persona.

De tal manera, que al parecer esta disposición penal sería la más próxima para encontrar una respuesta a los casos en que una persona de forma dolosa ha pretendido el contagio del SIDA frente a otro que no ha tenido conciencia del riesgo por desconocer la situación física del agente contagiante. Sin embargo, y a pesar de sus posibilidades de resolución del asunto penal invocado, hay un problema siempre en el curso del juicio de tipicidad y es que en efecto el numeral 4) del Art. 144 que trata del tipo penal de Lesiones Muy Graves, se refiere a una lesión, provocada incluso por contagio que genere una enfermedad que ponga en grave peligro la salud de la persona; no obstante caben sostener dos circunstancias dignas de ser apreciadas para aprehender algunos vacíos de contenido que pueden generar la no sanción penal del sujeto contagiante.

En primer lugar, nos encontramos con que el tipo penal de Lesiones Muy Graves, aplica el concepto de salud, el cual no está explicado en ese lugar, porque por técnica legislativa no se puede tratar taxativamente todo elemento del tipo objetivo acudiendo para su entendimiento a una interpretación extensiva. Siendo así que al hablar de la Salud, entendemos un estado de bienestar físico y mental, por supuesto, la salud en su sentido

individual tiene un alcance que llega a significar la afectación de la vida misma, por lo cual, tratándose en el caso del SIDA de un síndrome que en primer lugar ataca el sistema inmunológico y que puede, ya sea a consecuencia de enfermedades comunes o cancerígenas, derivar en la muerte del infectado, pareciera abarcar la conducta de su contagio el tipo penal del Art. 144 numeral 4, al que nos venimos refiriendo.

Pero, a pesar de ciertas congruencias entre el caso planteado y lo preceptuado en el tipo de Lesiones Muy Graves, existe un elemento objetivo que puede ser debatido y es que el tipo penal se refiere a que el resultado del contagio sea la producción de una enfermedad que ponga en peligro la salud, sin embargo y tal como lo hemos documentado en el Capítulo III, el SIDA en cuanto a su condición clínica no configura una enfermedad, se trata de un síndrome que va disminuyendo progresivamente las defensas del organismo humano, mas por sí solo no es capaz de atentar contra la salud de la persona, ya que como dijimos en el párrafo anterior, puede ser una enfermedad oportunista o de condición cancerígena la que evidencia la muerte del contagiado.

Además, en el caso de los seropositivos, pero que tienen un nivel de estabilización normal, para ellos el SIDA no limita su ámbito o esfera de salud, más allá de lo que sería para cualquier otra persona sana, por lo tanto hay una ineficiencia descriptiva aún en ese tipo penal, pues su aplicación tendría márgenes de transgresión del Principio de Legalidad, por lo cual se debe manifestar que su alcance no conlleva la posibilidad de que el actuar del sujeto que contagió sea típico en cuanto a lo dispuesto en el delito de Lesiones Muy Graves. Por supuesto, en la medida que vaya o no ingresando el cuadro típico de este delito será imprescindible o no irse adentrando en la revisión de si la misma es antijurídica y culpable. De esa manera,

entendiendo que la categorización de la teoría del delito procura en su ámbito más general, ir solventado progresivamente las distintas etapas a fin de determinar la existencia o no de un delito, siempre hallará su base en el hecho que exista una acción y que esta se adecua al precepto penal que se pretende acreditar.

5.3.4) Formulación de un tipo penal especial frente a la acción del contagio del SIDA.

En este momento no se trata de precisar legislativamente un tipo penal especial que trate el asunto del contagio; es decir, no se trata de conformarlo más bien lo que se pretende es demarcar las razones favorables en cuanto al análisis dogmático y jurídico de las conductas encaminadas a producir dolosa o culposamente el contagio de SIDA, pues debemos aclarar que será hasta el final de este trabajo, una vez observados los pro y contra, que manifestaremos la forma en que el mismo, de ser necesario, debería estar estructurado.

Por el momento basta decir, que la formulación de un tipo penal especial para proteger los bienes jurídicos vida e integridad física, de acuerdo a las modalidades de afectación que pueden producirse a través del contagio de SIDA, debe tomar en cuenta los siguientes aspectos, que obviamente se adhieren a las consideraciones de los principios generales del Derecho Penal y a una concepción de Política Criminal, tendiente a buscar soluciones o reformulaciones para conflictos que pongan frente a graves riesgos los bienes jurídicos individuales o de la colectividad. En tal sentido, tendríamos con la elaboración de un tipo especial que buscar lo siguiente:

La Acción y Tipicidad. A efecto de cumplir con el principio de legalidad y de seguridad jurídica, cuya base está precisada en nuestra Constitución, volviéndose programática a través de la legislación penal; es importante contar con una descripción precisa de las formas de contagio, comenzando por crear un detalle de acciones acorde con las posibilidades de contagio. Para el caso se deben usar los verbos: “contagiar, infectar transmitir o producir”, con los cuales pueda existir una congruencia entre la manifestación en el mundo real y lo expresado en la norma penal correspondiente.

Para configurar en la tipicidad la demarcación de tales acciones debe ir enmarcada a continuación por el hecho que se establezca un resultado el cual está definido por el contagio a un tercero del SIDA.

Con respecto al sujeto activo, se utiliza la frase “El que”, en virtud que el tipo penal deberá constituirse para aquella persona que padeciendo la infección la transmita dolosa o culposamente, o aquella que no siendo portadora del virus, ejecute cualquier acción que dirija al contagio del SIDA para causar un daño a otra; por otra parte, el sujeto pasivo sería aquel que ignora la dolencia del portador del VIH, y que en el caso de los delitos dolosos ha sido engañado ya sea por su pareja al no haberle advertido que era portador de VIH o que ha sido inducido para ocupar una jeringa usada anteriormente por un infestado; y en los delitos culposos igualmente sucedería, nada más que sería víctima de la falta de un *deber de cuidado*, tanto por un profesional o técnico (la laboratorista o barbero, por ejemplo) o la falta de diligencia al no utilizar un condón, cuando se sostienen relaciones sexuales.

El hecho de que el tipo que pretendemos proponer deba ser enfocado a la integridad personal nos hace pensar que sea un delito de resultado como

ya lo dijimos; pero es importante mencionarlo de nuevo por la circunstancia de que se abre la posibilidad de analizar la existencia de uno de los dispositivos amplificadores del tipo, el cual es la tentativa y sobre la categoría de delito imposible. Diremos de una vez que el delito imposible así señalado en el Art. 25 C. P., tendría un pequeño análisis en nuestro estudio al esclarecer que si el VIH, no se transmite por las vías que hemos señalado *supra*, se convierte en situación sin importancia jurídicamente hablando, verbigracia: si alguna persona dolosamente quiere transmitir el VIH a través de su saliva, no lo podría hacer porque los medios que ha seleccionado no son idóneos ya que no existe un alto grado de concentración del virus en la saliva, por lo cual carece de trascendencia una profundización más amplia, y sólo queda para efectos aclarativos en ésta investigación.

Caso distinto es la tentativa que merece un análisis más detenido. La Tentativa o delito Imperfecto, está regulado en el Art. 24 C. P., y se define como la situación en que “...el agente da comienzo, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o practica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente”. Esta definición legal nos interesa mucho porque señala dos elementos importantes: los actos de ejecución y las causas extrañas al agente que impiden la consumación del delito.

Hay que decir que los actos de ejecución son todos aquellos que se deducen del sentido literal del tipo; siendo oportuno por lo tanto aludir al Principio de Legalidad, pues todo aquello que sale del marco de la legalidad, tendría que salir del ámbito de análisis jurídico penal, mencionamos esto porque los actos de ejecución pueden ser confundidos con los “actos preparatorios”, cosa que se aclara al tener en cuenta el Principio de Legalidad; pongamos un ejemplo para el mayor entendimiento del lector:

Cuando Abel Z. decide matar a Bonifacio R., puede acecharlo, buscarlo, comprar el arma, sacarla de su funda, pero éstos no son más que actos preparatorios en principio impunes, aunque desde el punto de vista del sujeto sean ya actos ejecutivos, porque atendiendo al principio de Legalidad, la acción matar no ha dado inicio; sólo cuando el sujeto ha halado del gatillo y dispara contra la persona de manera directa, ha iniciado los actos ejecutivos, pues ha dado inicio a la acción de “matar”. Con esto queremos expresar que los actos ejecutivos, en un delito de resultado deben en principio externarse y no sólo planearse, porque de lo contrario estaríamos juzgando el pensamiento del sujeto, cosa que no es jurídicamente relevante para el Derecho Penal, pues sólo las conductas exteriorizadas, calificadas como típicas son de relevancia, por supuesto con las debidas excepciones como lo es tratándose de la conspiración o provocación.

Además, los actos ejecutivos deben ser directos o apropiados para lograr la consumación del delito. Para el caso que nos concierne los actos para que sean apropiados deben llevarse a cabo a través de la vía sexual y la vía sanguínea, por ejemplo el inicio de un acto ejecutivo en el caso de una transfusión dolosa de sangre infectada con VIH a un paciente sano, sería la introducción de la aguja en la superficie cutánea del sujeto pasivo. Si vemos en este caso, el acto ejecutivo es directamente apropiado para causar la infección por VIH, ya que se iniciará la transfusión de sangre a partir de estar lista la jeringa dentro del cuerpo de la víctima, o en el caso de las relaciones sexuales desde que da inicio el coito, independientemente que sea heterosexual u homosexual. Estos actos ejecutivos son directos y apropiados para la consumación del delito que proponemos acá.

Cabe aclarar que en una circunstancia como la que se analiza es muy difícil señalar con claridad un ejemplo de tentativa, pues la infección del

VIH, sucede inmediatamente comienzan los actos ejecutivos, por esa razón se hace complejo señalar la no consumación de este hecho por sucesos ajenos al sujeto activo que es el segundo elemento que nos interesa de la definición legal; para el caso del coito por ejemplo, hay un intercambio significativo de fluidos que provoca la infección casi de manera inminentemente, y no damos certeza contundente de una infección, pues para el caso de los contagios de SIDA a través de las relaciones sexuales, hay que valorar una serie de factores tales como el hecho de que si bien existe un contacto de fluidos cuando se tiene sexo sin ningún tipo de barreras esto en raras ocasiones no es desencadenador de un contagio al cien por ciento²⁸³; por lo tanto es susceptible que una pareja en la cual uno de ellos sabiéndose portador quisiera contagiar a la otra no lo haga por ese pequeño margen de improbabilidad que deja el virus en su particular actuación. Un poco menos complicado es el caso de la transfusión de sangre, pues el sujeto activo pudo haber tenido la jeringa con sangre contaminada, pero alguien sin que se diera cuenta pudo haberla cambiado por otra jeringa con sangre sana.

A través de los anteriores ejemplos queda claramente demostrado que la tentativa en el caso del contagio del virus que provoca el SIDA es poco usual pues existe como un contrapeso ineludible las peculiaridades que la infección tiene.

Retomando el tema de la Antijuricidad, anteriormente se ha hecho alusión a la diferencia significativa entre Antijuricidad *formal* y Antijuricidad *material*, constituyendo la primera una mera contradicción entre norma y acción, pero la segunda va más allá constituyendo la esencia de ésta categoría de la teoría del delito, que consiste en la ofensa a un bien jurídico

²⁸³ Existen estudios médicos que señalan por un lado, que la infección del SIDA no se dará al cien por ciento aun cuando se tenga contacto sexual desprotegido con un persona contagiada; y por otro lado que existe un porcentaje mayor de contagio de un hombre infectado a una mujer sana que viceversa.

protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuricidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción. El bien jurídico en cuestión y para efectos de éste trabajo es la integridad personal, pues en resumen se causa un daño al cuerpo del individuo infectado por el VIH, ya que luego se transformará en SIDA y traerá consigo otras dolencias. Lo importante de señalar este bien jurídico es la afectación que se le causa al cuerpo humano, pues una de las condiciones para una calidad de vida es la salud que se traduce en palabras sencillas en el eficaz funcionamiento de cada uno de los componentes biológicos del cuerpo humano, dado que es importante para el desarrollo no sólo físico sino mental de cada persona, por lo que consecuentemente es el Estado el que debe garantizar el bienestar de ésta integridad del cuerpo humano, incluyendo la potestad del mismo de castigar las conductas que atenten en contra del mismo.

Así debe ser una lesión al bien jurídico integridad personal la que debe causarse a través del contagio del VIH, y no únicamente su puesta en peligro tal como sucede en los delitos de mera actividad como las amenazas. Por eso cobra realce el desvalor de la acción y el desvalor del resultado pues ambas contribuyen a constituir en este caso la antijuricidad del comportamiento.

En el análisis de la culpabilidad tenemos que hacer alusión al fundamento de la pena el cual es la culpabilidad de la acción, que esta íntimamente vinculada con el autor del hecho, siendo por eso es que se concebía con anterioridad, según la teoría del causalismo, la responsabilidad objetiva, proscrita inclusive de manera expresa de nuestro ordenamiento penal. Obviamente en tiempos pretéritos se concebía a la culpabilidad como

la relación psicológica entre la acción y el autor, concepción que ha sido desechada por la dogmática penal especialmente a partir de los estudios de Reinhard Frank; así, se ha forjado el pensamiento que la culpabilidad atiende a la *función motivadora de la norma penal*, es decir que aquí predomina el concepto de prevención general por el cual el sujeto debe abstenerse de cometer un ilícito en razón de que hay una conminación penal si llegará a infringir la norma. Dicha motivación, es la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción cometida.

Hecha esta aclaración, sabemos que en nuestro caso en particular, debería existir un tipo que apoye la motivación del sujeto a no infringir la norma, de acuerdo al Principio de Legalidad, el tipo de prohibición de contagio del VIH. Por lo que el sujeto sería culpable, siempre y cuando no se motive por la norma prefigurada. Aquí, es imprescindible mencionar que la culpabilidad del sujeto activo del tipo que se proponga debe reunir los elementos requeridos por la culpabilidad, los cuales son:

- a) Ser imputable;
 - b) Tener conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido;
 - c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.
-
- a) Para el primero de los casos hablamos de que el sujeto transmisor del SIDA, tenga una madurez psicológica o tenga la capacidad para motivarse por la norma de lo contrario, esto daría pie para que en vez de imponérsele una pena, tenga que adecuársele una medida de seguridad, cuyo tratamiento se hará con más profundidad más

adelante; esta situación constituiría una causa de Inimputabilidad prefigurada en el Art. 27 No 4 C. P.;

- b) Además, el individuo debe conocer, que su comportamiento está prohibido por una norma. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad;

- c) Si el individuo tiene la posibilidad de obrar de otra manera para no infectar a la otra persona, entonces está dentro de los linderos de la culpabilidad. Obviamente para el caso nuestro, la persona que se encuentra en su sano juicio sabe que por la motivación que la norma le ofrece no debe de actuar de esa manera y que no debe infectar a otras personas, sino más bien tomar las medidas necesarias para su tratamiento médico; por ejemplo, si una persona promiscua se sabe portadora de VIH, obviamente que al tener relaciones sexuales se le exige que obre de otra manera que antes, o protegiéndose con un condón para el caso de un hombre infectado o sugiriéndole la mujer al hombre que se proteja.

5. 6) CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.

Comúnmente se piensa que la pena, en su estricta definición, es la respuesta inmediata y única a la comisión del delito, es innegable que tal percepción contiene grandes rasgos de veracidad, de hecho en sociedades

como la nuestra se muestra como la opción “ideal” en el pensamiento de la población común, pues se entiende con la clásica definición retributiva de la pena, es decir que se concibe como el mal por el mal causado, sin más.

No es nuestro objeto repasar la evolución histórica de la pena, hacerlo nos llevaría a adentrarnos en pasajes que, si bien son ilustrantes, ejemplificantes y de necesario conocimiento²⁸⁴, no auxiliaría en definitiva al objetivo final de este apartado, pues nuestra atención está puesta a realizar un examen sobre la consecuencia jurídica más adecuada para la conducta de contagio del SIDA, no obviando para esto la esquematización básica que reúne a todos factores incidentes en la determinación de la misma, tal como ocurre con el sentir, el pensar y el discernimiento de la sociedad salvadoreña, la cual por lo general retoma de la coyuntura la necesidad de aplicar una pena o de eliminarla, trayendo de ese mismo espectro la medida de la misma.

5.6.1) La Pena.

La Teoría de la Pena ha sido siempre un tema de discusión, especialmente desde fines del siglo XVIII, y es abordado desde múltiples enfoques; la connotación de la misma va a ser siempre muy distinta en un lugar o tiempo determinado²⁸⁵, de esta manera se tendrán concepciones que van desde los que propugnan por imposiciones arcaicas que hacen

²⁸⁴ Para una mayor reflexión sobre este punto recomendamos la lectura de obras como: “Los límites del dolor” de Nils Christie, los ya clásicos “De los delitos y de las penas” de César Bonnessana, Marqués de Beccaria (1738 - 1794), “El estado de las prisiones” de John Howard (1726 - 1790); que son sendas obras que marcaron un hito en la percepción de las ideas penológicas que para su tiempo se poseían.

²⁸⁵ “La pena, su sentido, funciones y finalidad no puede entenderse si al mismo tiempo no se analiza dentro de un sistema socioeconómico y la forma de Estado imperante. Precisamente es por ello que se liga la teoría de la pena a la concepción del Estado, porque evidentemente no es lo mismo concebir la pena en un Estado Absoluto que en un Estado de derecho y ni siquiera resulta igual dentro de las diversas formas evolutivas que ha tenido el Estado derecho”. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Op. cit*, págs. 127 y 165.

recordar las soluciones Hammurabicas²⁸⁶, hasta los que propugnan por su eliminación dada su innecesariedad²⁸⁷.

La forma de la aplicación de la pena, atendiendo a su sentido y a su finalidad ha desembocado en una división de la misma²⁸⁸, en Teorías Absolutas y Teorías Relativas, y aún dentro de estas últimas con una división que le dan la función de Prevención General y Especial. Mencionar a las mismas y sus particularidades, tiene un objetivo que va más allá de lo académico en estricto sentido, tiene que ver con la intención de mostrar cómo son percibidas las mismas como respuesta a la comisión de un delito, y especialmente la conducta que es esencia de nuestro estudio, pues no es lo mismo que formalmente nuestro sistema penitenciario conciba una equidad entre las posiciones dominantes y adopte una corriente ecléctica dado que la realidad prácticamente obliga al mismo a dejar inacabados tales fines; es decir que la realidad social plantea una condición distinta: ni la totalidad de la colectividad social se ve motivada por la norma penal, ni existe una motivación a dejar de delinquir en las personas que ya se encuentran sometidas a prisión.

Antes de entrar a cualquier tipo de análisis de la pena creemos que es fundamental mostrar cuales son las variables que surten efectos sobre la misma en el plano nacional. Así tenemos que desafortunadamente la

²⁸⁶ Vid. *supra*, Capítulo II, págs. 31 y 32.

²⁸⁷ Algunas tesis acuñadas por autores pertenecientes a la denominada Criminología Crítica, dan lugar a algunos sesgos de lo que aquí acotamos, tal tendencia es la denominada perspectiva Abolicionista (aunque algunos la desacrediten como una verdadera teoría o corriente jurídica o criminológica y la tomen más como una forma espiritual y ejecutiva; así, Vid. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando: "La Perspectiva Abolicionista: Hacia la Supresión del Sistema Penal", pág. 7.) donde su principal argumento se resume en la eliminación de las cárceles y del Derecho Penal, para estos dejen de funcionar como elementos confortantes del Control Formal, considerando que debe dejar de existir el Sistema Penal por irreal y totalitario, para sustituirlo por medidas basadas en el dialogo, la concordia, la apertura y la solidaridad.

²⁸⁸ Vamos a hacer mención someramente de estas para entender más adelante cómo las mismas, especialmente la Teoría Absoluta de la Pena, cobran una manifestación clara con su apareamiento en la realidad social.

población salvadoreña, en su mayoría, ha sido y es una sociedad escasa de criterio para interpretar y sacar conclusiones de los factores que rodean su existencia e interacción, esto se debe en gran medida a los altos índices de ignorancia que existe, creemos que es en estas instancias donde se muestra de manera más cruda la falta de educación que durante años ha existido y que por el sesgo pareciera que no variará en mucho tiempo, por lo tanto nuestra sociedad (más bien su conciencia) se ve influida de manera fácil, constante y con patrones casi repetitivos, por ideas que son proyectadas específicamente para crear condiciones favorables al poder dominante²⁸⁹, máxime cuando, como en nuestro caso, el Órgano Ejecutivo se encuentra ligado tanto a las altas esferas del poder económico y viceversa; de esta manera la población es “bombardeada” de ideas que la hacen pensar lo que otros quieren que piense. Además de lo anterior, las medidas en algún sentido se ven justificadas no sólo por el hecho de la “dominación” sino también desde el punto de vista que ya no se tiene otra opción inmediata

²⁸⁹ *Apud.* Binder, cuando menciona que “la fragmentación es una estrategia del poder dominante. Esta estrategia se basa en la puesta en marcha de ciertos mecanismos de fragmentación que constituyen una verdadera política de *desorientación social* (...) las estrategias de fragmentación no se conforman con asegurarse la destrucción del futuro, ellas necesitan destruir los espacios que puedan constituirse en el presente (...) La ruptura del presente se logra mediante la declaración de *la peste* (...) La peste es un mecanismo mediante el cual, repentinamente se infunde en la sociedad el miedo a un mal potencial, inminente e incierto, que amenaza a todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Estos males pueden ser absolutamente falsos o se pueden utilizar problemas reales. Por ejemplo, en ocasiones se manipula la sensación de inseguridad frente a los delitos para generar este mecanismo de miedo colectivo (...) En primer lugar, se genera una situación de emergencia, que permite alterar la escala de valores: lo único importante es combatir la peste. En segundo lugar, divide a la sociedad en cuatro clases de individuos o grupos sociales: a) los contaminados (los más peligrosos); b) los “cuasicontaminados” (portadores sanos, “tontos útiles”, en lenguaje del Terrorismo de Estado); c) los contaminados potenciales o contaminables (la casi totalidad de la sociedad) y, por supuesto, d) los incontaminables (que tendrán que asumir la tarea de limpiar a la sociedad de la peste). En tercer lugar, la situación de emergencia habilita medidas de emergencia y cuando un mal es definido como *peste* se puede perder la proporcionalidad entre las medidas para combatir y la gravedad de ese mal. Como la peste es esencialmente un mal potencial, cualquier medida es adecuada para combatirla. La peste es siempre un mal muy grave ya que nos puede atacar a todos y quedar *fuera de control*. El cuarto efecto que produce este mecanismo es la victimización de la sociedad. Por tratarse de un mal potencial, todos somos potenciales víctimas, seres débiles necesitados de protección. La victimización produce la consiguiente transferencia de poder hacia los *incontaminables*. Cfr. BINDER, Alberto Martín: “Política Criminal de la formulación a la praxis”, págs. 83, 85 y 86.

para solucionar los posibles problemas y mucho menos las ideas para afrontarlos.

Los *mass medias*²⁹⁰ juegan un papel determinante, ya que son ellos los encargados de difundir las ideas del poder dominante, y de desatar el “sentir general”, precisamente por eso es que traemos a cuenta tal valoración, ya que en la actualidad se maneja el discurso primicio de la pena: la aplicación de la pena como retribución, como forma de expiación que debe ser, diríamos, tan o más proterva que el mal causado; volviendo a los orígenes que estableció Hegel cuando mencionó que “la pena es la negación de la negación del derecho”²⁹¹, cumple sólo un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena²⁹²; de esta manera la coincidencias contemporáneas con tal línea de pensamiento y que ha opacado a las medidas alternativas a la pena, es producto de esa sensación de “ahogo social”, donde a como dé lugar, se debe castigar severamente a

²⁹⁰ En este entorno cabe realizar algunas valoraciones, pues en nuestro país aún y cuando existen varias opciones de prensa la mayoría son el resultado de manipulaciones y censuras de grupos que no quieren desestabilizar su *status quo*, pues ellos mismos son los dueños de estas empresas, siendo lamentable que debamos tomar para nuestra realidad en tiempo presente lo acotado por Fuller cuando menciona: “La idea de que lo informes noticiosos debían ser veraces solamente se les ocurrió a los periodistas hace poco tiempo. Hasta muy entrado el siglo veinte, la mayoría de periódicos de los Estados Unidos hacían propaganda prácticamente en todas sus páginas. A veces esto significaba ceñirse estrictamente a la doctrina del partido político. A veces significaba reflejar opiniones personales y a menudo egocéntricas de un solo propietario. Las personas elegían su periódico o sus periódicos con pleno conocimiento de lo que encontrarían allí. De hecho, la mayoría de los lectores probablemente elegía los diarios por ese sesgo. *Vid.* FULLER, Jack: “Valores Periodísticos”, trad. de Jaime Botero, pág. 3.

²⁹¹ Dentro de esa misma línea de pensamiento nos encontramos con definiciones de otros autores de la época como Kant, que define a la pena como “retribución a la culpabilidad del sujeto”; para Binding la pena es “retribución de mal con mal”, no obstante éste establece un parámetro diferenciador entre ambos males, considerando sólo como tal al sujeto culpable, pero no desde el punto de vista del Estado, pues este es sólo el ejercicio del derecho, con esto quería desvirtuar las críticas hacia las posiciones absolutas que mencionaban que la pena entendida desde esta época no era más que una expresión de la antigua venganza privada, solo que ahora ejercida por el Estado; en Mezger la pena es la irrogación de un mal que se adecua a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, es por tanto retribución y necesariamente privación de bienes jurídicos.

²⁹² *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Op. cit.*, págs. 166 y 167.

casi toda persona por casi cualquier delito, sin plantearse otra opción; las penas en este caso son meros postulados de “justicia”, sin que se entre a valorar fines ulteriores de prevención, los cuales sí son tomados en cuenta por las teorías relativas.

Las Teorías Relativas o de la Prevención de la Pena son las que se ocupan no ya del fundamento, sino de la finalidad de la misma, se trata según ellas de una motivación sobre todo psicológica, la cual dependiendo de su alcance puede ser de Prevención General y de Prevención Especial, la primera entiende una prevención de carácter social en la cual todos los miembros de la misma se sientan inclinados a no delinquir cuando vean a un similar soportar la conminación a la pena, esta teoría fue especialmente impulsada por Paul Amselm Ritter von Feuerbach en sus inicios y más recientemente por Schmidhäuser; la segunda se refiere a la valoración estrictamente individual que debe hacer el sujeto que ha sido sancionado con una pena para abstenerse de cometer delitos ulteriores, cuyo adalid fue Franz von Liszt. Para la reconciliación de tales posiciones surgieron las denominadas Teorías de Unión o Eclécticas que buscan un equilibrio entre los extremos propuestos, tratan de lograr una solución que es la que actualmente se mantiene en boga, retomando de cada una elementos y conjugándolos en una fórmula que permite la aplicación combinada de las mismas según la circunstancia lo reclame.

No es nuestra intención analizar las anteriores corrientes ni explicarlas exhaustivamente, sino simplemente enunciarlas para hacer referencia posteriormente a las mismas cuando el desarrollo del presente estudio lo demande; no obstante sí es nuestra intención dejar en evidencia lo que denominaríamos la actualización de las concepciones arcaicas de las penas, pues ya hemos dejado matizado el panorama social que se vive en la

actualidad en nuestro país, en donde necesariamente la pena, como retribución, se ve ligada a todo acontecimiento que se perciba como “ilícito”, hacer este breve análisis era necesario a nuestro juicio, por que desenmascara lo que las masas sociales piden, sin un ápice de análisis previo, y nos da la idea de que proponer una forma de punir una conducta, como lo estamos haciendo nosotros, da la posibilidad de que se abra el debate sobre la necesidad de la misma, un debate que definitivamente se verá matizado por este tipo de ideas que no diferencia circunstancia alguna.

5.6.2 ¿Hay necesidad de imponer una pena?

Cuando hablamos de la necesidad de incorporar al catálogo punitivo una conducta, en este caso la del contagio de un padecimiento como el SIDA, implícitamente se está hablando de configurar una determinada consecuencia cuando tal conducta de carácter prohibitivo se dé; en muchos casos no se dudará²⁹³ en imponer al sujeto activo una determinada pena o medida de seguridad según sea el nivel de imputabilidad que muestre el sujeto activo al momento de cometer un hecho ilícito; así, si Miguel L. mata a Luis S. de diez disparos frente a más de cincuenta personas luego de una discusión sin ninguna trascendencia sobre fútbol, y Miguel L. no presenta evidencias de estar bajo la influencia de bebidas embriagantes o estupefacientes y después se determina total capacidad cognitiva y volitiva para comprender lo ilícito de su actuar, es probable que se haga merecedor

²⁹³ Con esto sólo queremos ser ejemplificativos, pues sabemos que todo caso por muy sencillo de resolver que parezca siempre habrá que razonar y discutir una gran cantidad de circunstancias que condicionaron su acontecimiento, por lo tanto con esto no estamos siendo desentendidos de la responsabilidad que cada uno encierra en lo que respecta a su análisis desde la perspectiva de la construcción jurídica del delito, pero es indudable que habrá algunos más complejos de resolver, por su propias características.

de la pena comprendida entre veinte y veinticinco años que estipula el Art. 129, numeral 7 del Código Penal.

Empero, la complejidad que reviste para el caso sancionar el resultado de un delito tan particular como el que ponemos en discusión manifestada en los posibles efectos en la víctima, debe ser trasladado hacia otro protagonista: el sujeto activo del delito.

Al igual que la víctima, el victimario también en un momento determinado morirá, teniendo como factor de incertidumbre el tiempo en que lo hará, y por lo tanto es comprensible que se vuelvan recurrentes las preguntas ¿será necesario sancionar con una pena a una persona que de todas maneras está conminada a morir? ¿No será ya suficiente castigo el hecho de estar “condenado” a morir? ¿Si alguien está en la cárcel con pocas posibilidades de recibir atención médica, no es este un factor que aceleraría su muerte, y por lo tanto atentatorio contra sus derechos humanos más básicos? ¿Qué hacer con aquellos inimputables portadores de la dolencia? ¿Qué reacción hay que tomar con aquellos que han sido denunciados, pero que se encuentran en la etapa terminal de la infección? ¿Cómo definir el *quantum* de la pena a imponérsele a una persona contagiada para que esta no se exceda o se quede corta dada la incertidumbre sobre el tiempo que va a estar con vida? ¿Está preparado el sistema penitenciario para dar cumplimiento a las penas dirigidas a las personas contagiadas de SIDA? O por el contrario ¿es justo dejar en libertad a alguien que por venganza pudiera seguir contagiando la mortal epidemia, situación que se pudiera evitar sometiéndolo a un encierro o a otra medida? ¿Por qué dejar sin pena a un individuo que, estabilizado, puede llegar a vivir muchos años antes de su muerte? ¿Cómo sancionar a alguien que sin estar necesariamente infectado de SIDA contage, especialmente de manera culposa u omisiva, a una

persona sana? ¿Desde un postulado estrictamente de justicia, cómo es posible que el Derecho Penal no reaccione cuando se ha causado un mal evidente e irreparable a un bien jurídico?

Como se puede observar, ya tenemos un arabesco de circunstancias que hacen inapropiada una solución mediática e irresponsable, que se rija por la fórmula delito = pena; pero no por eso queremos que la discusión derrape en contenidos moralistas o de deber ser, sin mayor sustentación; por el contrario, es necesario encontrar una solución que tenga como bases un razonamiento apegado tanto al derecho como a la estricta realidad. Hay que aclarar que hablaremos, en primera instancia, de los sujetos que siendo ellos mismos portadores de la mortal infección realizan actos de conducta encaminados a diseminarla.

De entrada hay que aclarar que partiremos de un análisis a la luz del derecho, dando inicio en los instrumentos internacionales para la protección de los derechos fundamentales, pasando por la normativa nacional y analizando la realidad para dar respuestas conclusivas, sólo de esa manera podremos, de una manera ordenada, arribar a las respuestas de las preguntas que antes hemos dejado por sentado.

Aparte del anterior análisis se puede abrir un debate sobre la prevalencia de los principios humanitarios con respecto a las personas que tienen SIDA, pues inclusive a nivel internacional se considera que someter a una persona a una pena restrictiva de libertad debe ser una decisión de *ultima ratio*, y por lo tanto la aplicación de la misma sería mucho más inadecuada para las personas que padecen de SIDA, ya que estas poseen una condición especial; de esta manera nos abocamos a la legislación internacional, que tiene operatividad en nuestro país según lo dispuesto en el Art. 144, inciso 1º Cn.; así, el Art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos establece que *“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...”*, de la lectura del mismo se deduce claramente que una medida de este tipo va en contra de un tratamiento humano, máxime cuando se cumplirá en las deplorables condiciones en que se encuentra el sistema penitenciario en el país, el cual ni siquiera cumple con el cometido de reinsertar socialmente a las personas supuestamente sanas²⁹⁴ que se encuentran reclusas. Además, el Art. 5.1 y 5. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece respectivamente que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*, y que *“Nadie debe ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. Nosotros definitivamente somos de la postura que imponer una pena privativa de prisión, por lo menos concebida en el entorno penitenciario actual, otorgaría un vejamen más a una persona infectada en sus últimas etapas, que es condenada por la conducta de contagio, siendo por lo tanto bajo el prisma del Derecho Internacional un inconveniente que daría pie a reclamos, que fundamentados de buena manera, darían resultados a favor de los mismo, amén de las posibles soluciones que pueden avalar los diferentes mecanismos existentes en la normativa penal nacional; por lo tanto, y en el afán de poner de manifiesto esta posición, creemos que lo adecuado para las personas que padecen de las fases terminales son medidas muy distintas a la de las penas tal y como se verá adelante; con esto no se está eximiendo o dejando impune los hechos ilícitos cometidos por estas personas, sencillamente que para las

²⁹⁴ Si hay algo por lo que verdaderamente se caracteriza el sistema penitenciario nacional es por no contar con estadísticas claras, salvo aquellas que son verdaderamente indispensables (cuya falta sería tomada como una negligencia poco más que malintencionada), y mucho menos recientes; esa oscuridad de datos nos hacen pensar que en realidad no se sabe las condiciones reales de permanencia en los recintos carcelarios, abriendo la posibilidad que aún en la actualidad bien pudiera estar algún individuo contagiado de SIDA purgando una pena por haber cometido otro delito.

mismas la pena no cumple ya ninguno de sus objetivos, pues la misma ya resulta verdaderamente innecesaria.

Sin embargo, volviendo sobre el punto de que la infección no da demasiado tiempo para imponer una sanción, hay que mencionar que inclusive el Código Penal en su Art. 96, numeral 8, aún en la actualidad, tiene prevista como causa de extinción de la responsabilidad el padecimiento de enfermedad incurable en periodo terminal, patrón que se puede tratar de ajustar al padecimiento del SIDA, pues ya dijimos que no es una enfermedad, empero, en este caso la circunstancia de una interpretación extensiva de tal concepto ampara no solo un mero tecnicismo hermenéutico, sino que cubre los principios más básicos que defienden los consolidados que pugnan por los derechos humanos de todas las personas, por eso mencionábamos que sería inadecuado imponer una pena de estricta privación de libertad a una persona que padezca esta epidemia en etapas terminales, pues de por sí ya se encuentra menoscabada en su aspecto básico como ser psicofísico, resultando que habría una salida de tipo legal para que la misma no cumpla una pena, medida con la que estamos totalmente de acuerdo, especialmente para responder a la pregunta qué hacer con las personas que están en las fases terminales de la dolencia, no obstante esto abre la puerta para preguntarse cuál sería la panacea para este tipo de casos; lo más conveniente como elucubración conclusiva es que cuando un individuo esté a punto de morir por SIDA y sobre el que pese una acusación de contagio previo e inclusivamente actual²⁹⁵ no debe ser sometido a prisión común sino a una especie de arresto domiciliario, figura que ya está

²⁹⁵ Puede darse una gama de posibilidades, pues encierra gran trascendencia el momento en que se hace la acusación pues el imputado puede haber realizado el contagio cuando estaba en las etapas asintomáticas y que la deducción de responsabilidad de la víctima sea posterior encontrándose que su victimario ya está a punto de morir, siendo innecesaria una sanción, pues a favor de él corren vectores que le dan una salida alterna como el mencionado Art. 96, numeral 8 C. P.

establecida en el Art. 50 del Código Penal pero modificado para que responda a la necesidad del caso, donde su familia quede como responsable directo tanto de su bienestar como de sus actuaciones, y ante la posibilidad de que este individuo haya sido abandonado por su grupo familiar, cosa que no es poco común para estos casos, es el Estado que debe asumir la vigilancia y cuidado de estas personas ya sea a través del sistema hospitalario público o por medio de los recintos que a continuación se detallarán. Pero esto todavía no nos da la certeza de cómo debe reaccionar el Derecho Penal en el supuesto de encontrarnos frente a un sujeto que, siendo capaz de motivarse por la norma e infectado de SIDA en etapa asintomática, contagie de manera dolosa o culposa la misma; el argumento de que sería conminarlo a una “doble pena” por su padecimiento previo, tiene aquí menos peso, ya que definitivamente bajo una salida estrictamente legal no se les podría aplicar la causa de extinción de responsabilidad penal mencionada *supra*, pues si bien es un padecimiento incurable, la cercanía de las etapas finales del mal todavía queda en un plano meramente aleatorio y de incertidumbre, pero que en definitiva da la idea que la muerte del mismo está aún lejana, provocando esto que el sujeto tenga un tiempo relativamente prudencial para responder por su conducta, pero ¿cuál sería la forma de sanción?, la pena de prisión a pesar de ser una salida práctica denota que aún en este caso no podría ser tomada como viable, por lo menos no del todo, basta con retrotraer el tema de las condiciones del sistema penal nacional para que la respuesta sea dubitativa, pues en aras de lograr asegurar la estabilización social al extraer de sus entrañas a un individuo que le propicia un riesgo, es necesario plantearse si vale la pena sacrificar la poca estabilidad en salud que pudiera tener la población carcelaria en pro de la generalidad de individuos que conformamos la sociedad, la respuesta está obviamente matizada de

rasgos negativos; lo más prudente si se llegase a sancionar a este tipo de personas²⁹⁶ es que se les conmine a una reclusión de tipo especial, es decir en recintos que tengan las suficientes medidas de higiene y salubridad para albergarlos, además que se cuente con un personal capacitado para atenderlo, es decir que bajo ningún concepto la pena que se establezca para ellos debe ser cumplida como “normalmente” se haría, en las mismas condiciones que los demás reclusos, caso contrario se propiciaría un crecimiento de la epidemia²⁹⁷.

Otro problema que se tiene con respecto a estas personas que por el momento se conservan estables de salud es saber por cuanto tiempo mantendrán esta condición, es extremadamente difícil señalar cuánto tiempo se llevará la infección para postrar definitivamente a una persona²⁹⁸ y al momento de imponer una pena se tendría que jugar con una posibilidad de vida para nada clara; es indispensable que las penas a asignarse deben ser establecidas en el tipo penal con base a parámetros reales y no desproporcionados; pero aún y cuando se tengan dichas disposiciones

²⁹⁶ Nos referimos a aquellas que aún están en las primeras etapas de la infección y que por lo tanto pueden responder por su conducta en un tiempo prudencial, como un contra argumento lo más probable es que se estime que no se puede determinar cuánto tiempo una persona podrá resistir los embates de la dolencia y que hay gran posibilidad de que se imponga una pena que exceda el tiempo de vida que tiene el imputado siendo casi imposible de que este la cumpla.

²⁹⁷ En El Salvador no se tienen estudios serios sobre el comportamiento sexual de la población reclusa, los cuales en cualquier otro país son indispensables; no se ha trabajado para averiguar cuales son las tendencias mayoritarias y minoritarias, las prácticas entre los mismos reclusos (por que las hay), cuantos tienen derecho a visitas íntimas (que además sería un medio de propagación hacia el exterior si se llegase a desatar una epidemia en el interior de los recintos carcelarios), tampoco se tienen datos sobre rumores confirmables de que en los recintos masculinos entran mujeres con la venia de las autoridades para que sostengan relaciones sexuales con reos que gozan de ciertas prebendas; siendo obvio que dicha problemática no está ni estará registrado en los informes oficiales, siendo imposible probarlo por esa vía, quedando sólo la alternativa de comprobarlo empíricamente y aun cuando esto se haga es claro que será negado por las instancias oficiales. Por lo tanto, hasta la fecha sigue siendo un tabú intratable y de relevancia secundaria el hecho de conocer la realidad sexual en las cárceles en el país, lo que nos hace especular sobre la cantidad de infectados que están en los recintos penitenciarios cumpliendo una pena por haber cometido otro delito, sin saberlo ellos y sin saberlo las autoridades; los que nos llevaría a la conclusión de que queremos evitar un problema que ya está ahí, y se nos ha adelantado.

²⁹⁸ *Cfr. supra*. Nota 154.

punitivas todavía no se resuelve sobre la pena a asignar, el juez al momento de emitir un fallo no sólo debe mirar los factores de reprochabilidad, debe recordar que está ante una persona que va a morir, pero que no se sabe cuándo; creemos que ni la más estricta evaluación médica determinaría un tiempo exacto de la muerte, tratar de hacerlo sería prácticamente igual a querer determinar cuándo va a morir una persona sana, con la única variante que el rango de acierto se ve disminuido en este caso al promedio normal de duración del periodo asintomático, pero una vez ubicados dentro de éste el margen de error sigue siendo demasiado grande, pero esta dificultad no debe ser un óbice para imponer una pena, a nuestro entender el establecimiento de la misma debe hacerse en primer lugar sobre la base de una evaluación médica²⁹⁹, no obstante lo dicho ya, pues aquí de lo que se trata es de tener un panorama en el cual se pueda establecer con cierta objetividad lo que va a acontecer con la vida del imputado, y que esta sirva de referente empírico pues obvio que no podrá resultar de esta un pronóstico de esperanza de vida exacto; sin esto lo que se estaría haciendo es un mero ejercicio de especulación; pero con esto no queda solucionado del todo el problema del *quantum* de la pena: ¿qué pasará, por ejemplo, cuando algún condenado al que se le ha asignado una determinada pena, entre antes en las etapas terminales de la infección, sin terminar la misma? ¿Cómo se procederá al cambio de ejecución dado que ya va a ser imposible que la cumpla del todo?, o por el contrario: ¿qué sucederá cuando se le haya asignado una pena determinada a un individuo y que una vez cumplida él siga vivo y estable en su salud?; lo más saludable para el primero de los casos hipotéticos es que

²⁹⁹ La evaluación no tendría que certificar el tiempo exacto de la muerte del imputado, se limitaría a revisar el tiempo que lleva de padecer la infección, revisar el record médico y farmacéutico, la calidad de vida que llevaba, así como aspectos conexos, todo en procura de darle al juzgador la idea del *quantum* aproximado a imponer en lo que respecta a la pena, siendo esta amparado a luz de los parámetros sancionatorios.

una vez comience el condenado a mostrar signos terminales de la infección se suspenda la ejecución de la pena y se debe otorgar su custodia a los familiares como ya lo mencionamos *supra*, esto a nuestro parecer debe ser de manera automática sin mayores dilaciones, pues aunque en el Título V, Capítulo I del Código Penal establece las causales de la extinción de la responsabilidad penal³⁰⁰ de las cuales sólo nos interesan algunas, estas puede que lleven un trámite que atente contra el poco tiempo que se tiene disponible como en el caso del numeral 8 del Art. 96 C. P.; en el caso que el mismo no tenga familia o haya sido abandonado será el Estado el que debe custodiar su salud hasta el fin de sus días, tal como lo planteamos anteriormente, es de hacer notar que los recintos especiales que nosotros proponemos deben estar adecuados a cada caso, pues en un sector se deben colocar a los que cumplen una pena en condiciones “normales”³⁰¹, y en otro específicamente a los que se encuentran en las etapas terminales de la dolencia; esta clasificación se hace necesaria por una sencilla razón: los primeros están cumpliendo una pena, los segundos son personas que se encuentran abandonados por sus familiares y que necesariamente se les debe proporcionar asistencia de carácter humanitario.

Menos problemático se presenta el panorama en el caso de decidir qué hacer con las personas que cumplieron con la pena asignada, y que a pesar de estar contagiados todavía no están en la etapa terminal, recordemos que precisamente una de las causas de extinción de la responsabilidad es que el condenado cumpla la sanción impuesta y que por lo tanto el mismo Código Penal en su Art. 96, numeral 1³⁰².

³⁰⁰ Sobre las mismas hablaremos en el acápite 5.6.4.

³⁰¹ Como ya lo hemos dicho, nos estamos refiriendo a los reclusos que aun cuando están contagiados todavía poseen cierto grado de estabilidad en su salud para responder por su ilícito.

³⁰² Sobre un análisis medianamente exhaustivo se volverá en el acápite 5.6.4 que versa sobre Causas de la Extinción de la Responsabilidad Penal.

Creemos que conminar a una persona en una fase asintomática a un recinto con características especiales como las que hemos apuntado en ningún momento se constituye en una “doble pena”, en primer lugar debemos recordar que no se trata de una decisión arbitraria, mucho menos como producto exclusivamente de su padecimiento³⁰³, siendo por lo tanto necesario aclarar que cualquier matiz en ese sentido debe ser descartado *incontinenti*, no se está puniendo el ser portador de la infección, se está sancionando a aquel que sabiéndose portador de la infección propaga la misma de manera dolosa o culposa, situaciones que son obviamente distintas, sencillamente debe comprenderse que se trata de un padecimiento especial, pero que en definitiva se debe responder a los principios de justicia social; en segundo lugar, se está sancionando desde esta misma perspectiva no solo a las personas contagiadas sino a las sanas que propicien el contagio, siendo un factor que se aparta de lo ya dicho, pues aquí la persona va a responder en condiciones totalmente normales, sobre su sanción se hablará en las siguientes líneas.

Las personas sanas que propician el contagio del virus del SIDA son un asunto que amerita un estudio aparte; estas personas no tienen el tiempo en su contra para asumir una posible responsabilidad como los contagiados, por el contrario ellos perfectamente pueden hacerse acreedores de una pena de prisión como las comunes, pues no necesitan de un tratamiento especial, lo que sí es necesario tomar en cuenta todo el tiempo es que la mayoría de hechos realizados por estas personas estarán enmarcados en las conductas

³⁰³ No se debe de perder de vista que no se está penalizando a un grupo determinado como una forma de discriminación, no se debe buscar con este argumento oponerse a un interés netamente jurídico por solucionar la problemática de un mal como el SIDA, aparte de que con esto se vulnera un interés social de bienestar que es superior pues atañe a la conservación de la constitución de la misma a través de la norma.

culposas³⁰⁴ no descartando por supuesto las de características dolosas, pero aún en este apartado debemos establecer una diferenciación para las personas sanas que propaguen el SIDA, ya que por simple lógica jurídica no se debe sancionar de igual manera la conducta dolosa y la culposa como ya se dijo en el acápite 5.1.1; consideramos que las conductas culposas deben tener un rango de castigo menor y que necesariamente se debe incluir en el listado taxativo que contiene el Art. 32 C. P. respecto a la conciliación, ya que sancionar a una persona por una conducta culposa con una pena privativa de libertad podría acarrear demasiados inconvenientes para la persona que es acusada, recordemos que en la actualidad se maneja el concepto criminológico de la tercera victimización, que entraña el prisma de males que se le pueden causar a los imputados una vez son condenados a pena de prisión, especialmente con respecto a su grupo familiar, aquí se retoma esta discusión pues habría que valorar qué es más beneficioso para el que ha sido víctima: que el sujeto que propició su contagio por una conducta culposa esté internado en un recinto penitenciario, anulado socialmente sin la posibilidad de poder desenvolverse para su beneficio y el de su grupo familiar e inclusive en beneficio de la propia víctima, o que esté fuera pero sujeto a las condiciones a que se hayan llegado a partir de la conciliación que bien pudieran ser de índole pecuniaria para ayudarle en el tratamiento para sobrellevar la dolencia; la posibilidad de conciliar consideramos que no debe estar cerrada del todo, pues la mera infracción del deber de cuidado, si bien debe acarrear consecuencias, éstas no deben compararse en magnitud con las que provocan las actitudes dolosas. Ahora bien, en el caso del contagio doloso de una persona sana hacia otra sí amerita una sanción superior a las que hasta el momento se han mencionado; aquí efectivamente hay un grado

³⁰⁴ *Vid. supra.* Acápite 5.1.1.

de reprochabilidad mayor pues el sujeto activo sabe y quiere que la persona se contagie y que con el transcurrir del tiempo muera a causa de su accionar, para este caso se debe establecer una pena de prisión que se cumplan como el resto, sin condiciones especiales, la variación de la pena se debe establecer de acuerdo a todos los factores concomitantes en la realización del hecho, aunque está claro que esta actitud dolosa sería bastante rara en sus manifestaciones en el mundo exterior, pues sus motivaciones están a su vez, matizados de esta misma rareza y peculiaridad; dado lo anterior el resultado de tal actividad humana debe ser castigado desde una perspectiva totalmente normal, sin atenuaciones en la misma, sencillamente el individuo quiere prácticamente asesinar a su víctima a través de un medio idóneo como lo es el contagio, pero tal intención de matar no debe ser enmarcada en el tipo de homicidio, como ya se dijo, sino que su penalización debe ser autónoma, ¿los motivos? En primer lugar, exactamente los mismos que describen las evidentes diferencias que existen entre los componentes del tipo de homicidio y los de esta conducta cuyos resultados son parecidos pero no iguales como ya se ha hecho saber³⁰⁵; segundo, si desde un principio vamos a hablar de un tipo autónomo como ofrecimiento de la solución, claro está que la pena no puede ir desligada a tal configuración.

Abarcando todo lo dicho hasta el momento, es claro que se expresará en las conclusiones mismas cuál debe ser el tipo modelo que comprenda las diferentes circunstancias que hasta aquí se han dicho, en el mismo se debe incluir todas las posibilidades de apareamiento de la conducta que ocupa nuestra atención siendo por lo tanto necesario que aparejada a estas se mencione las consecuencias penales para cada una; observando lo que a continuación se disertará.

³⁰⁵ *Vid. supra.* Capítulo V, acápite 5.3.1.

5.6.3 Las Medidas de Seguridad.

Dentro de las medidas que podrían dar respuesta a la problemática ya hemos señalado las Medidas de Seguridad, procederemos por lo tanto a señalar cuáles son las características que en algunos casos las hacen necesarias.

Debemos entender que las Medidas de Seguridad tienen un contenido distinto a la pena, ya que estas son medios de educación y tutela, curativos o de mejoramiento, cuyo fin es la prevención específica, y que se fundan en la necesidad de preservar a la seguridad social ante la peligrosidad que revelan algunas personas³⁰⁶, la anterior es definitivamente un concepto que se queda corto a la hora de involucrarlo como una posible solución, pues como tal permanece inerte y nada nos dice respecto a cuándo aplicarlas.

Para el caso, aun cuando la Constitución establece la posibilidad de emplear Medidas de Seguridad en su Art. 13, no creemos que sea la solución más feliz, por lo menos si le quiere buscar una salida a través de la figura del “estado peligroso”, basta elaborar una elucubración mental para darse cuenta que en el sentido ya clásico, y desacreditado a la vez, tal concepto no responde con creces como para emplearlo en la fundamentación de medidas de seguridad, de entrada se desvirtúa su utilidad; en el caso de las personas con SIDA aún más, precisamente el elemento de aparentar estar sanas es lo que le da peculiaridad a la infección, siendo por lo tanto imposible determinar qué tan propensa es esa persona a realizar conductas encaminadas a propagar la dolencia en un futuro, es decir que no se puede determinar en lo absoluto que tal persona va a cometer un ilícito relacionado

³⁰⁶ VERGARA LUQUE, José Antonio: “Imputabilidad e Inimputabilidad Penal, pág. 230.

con su condición³⁰⁷, y si se basara la imposición de las medidas de seguridad en la posibilidad de cometer un ilícito *ab initio* se debe descartar tal argumentación pues ya dejemos sentados que su conducta no solo no sería ilícita sino que sería atípica, ya que el contagio de la dolencia, no es, por el momento, penada³⁰⁸, visto desde este punto de vista una evaluación de las personas que nos circundan daría como ridículo resultado que todos los que aparentamos estar sanos somos “peligrosos”, pues inclusive los que la padecen parecen estarlo, aún más, aunque hipotéticamente la infección diera visos de quiénes la padecen, esto no es suficiente como para suponer que dicho individuos encaminarán su conducta a propagar la dolencia como ya se dijo.

Si observamos la nefasta evolución de la aplicación del concepto de peligrosidad por la simple suposición o apariencia nos daremos cuenta que mucho menos es posible adecuarlo al caso que nos ocupa.

No obstante, traer a cuenta el tema de las Medidas de Seguridad está más enfocado a observar su posible utilidad para otro tipo de caso que no

³⁰⁷ Bajo el tratamiento de estos conceptos sí es posible identificar una conducta de corte discriminatorio: sólo por el hecho de estar contagiado cabría la posibilidad de que se dedujera que tal individuo va a realizar actividades de diseminación de la pandemia, lo que es un silogismo burdo, más contundente es nuestra afirmación de que aún cuando se tuviera el conocimiento específico y objetivo que tal persona está teniendo relaciones sexuales con otra sana esto no da pie a que se le sancione ni que se le dé el mote de “peligroso”, en caso contrario se estaría ejerciendo una injerencia desde todo punto de vista ilegal, en la esfera de la intimidad personal, ya que puede ser que esté tomando todas las medidas profilácticas para evitar el contagio de la misma y que ésta, a su vez, esté enterada de su condición.

³⁰⁸ Este bien podría ser otro argumento que pudiera venir a rebatir nuevamente al ya mancillado concepto de “peligrosidad”, de todas maneras, aunque esta conducta estuviera penalizada y se constituyera un ilícito, el “pensar” que precisamente que un contagiado de SIDA va a realizar su diseminación es una consideración bien subjetiva (que en esencia es de lo que adolece esta teoría, sobre todo cuando dicha subjetividad es aportada por un cuerpo policial tan mínimamente instruido como el nuestro), ¿qué obsta para pensar que en vez de realizar tal difusión cometerá un robo para tratarse con medicamentos su padecimiento? En verdad que nada. Lo que aquí queremos demostrar es que el concepto de “peligrosidad” aparte de ser rebatido por la mayoría de la doctrina (recomendamos para el concepto de la discriminación y su vinculación criminal la lectura de TORRES, Sergio Gabriel y MARRAZO, Laura Marcela: “Discriminación y Delincuencia, indicios de una problemática”), este en lo absoluto colabora con respecto a su aplicación eficiente con respecto a las personas contagiadas con SIDA.

sean los de “peligrosidad” nos referimos específicamente a los denominados inimputables. Para comenzar a hablar de los mismos es necesario aproximarnos al concepto de imputabilidad³⁰⁹ pues de este se parte para deducir quiénes son los que específicamente no son susceptibles de motivarse por la norma y que por lo tanto carecen de esa capacidad³¹⁰ ya que su capacidad de comprensión de lo ilícito prácticamente no existe o está trastocada de manera sustancial; de esta manera se tratará de dar respuesta a la interrogante que se planteó con anterioridad respecto a las personas que siendo inimputables propagasen la epidemia. Pero ante esta situación surge la pregunta ¿cuáles son los motivos de someter a medidas de seguridad a una persona inimputable que ha contagiado el SIDA? Esto se responde bajo la óptica de un interés social, pues las medidas de seguridad llevan implícito ese carácter teleológico, la salvaguarda de la colectividad ante un individuo que posiblemente después de haber cometido un primer acto delictivo de esta clase lo siga realizando y que pondría en peligro a otras personas pues no alcanza a dimensionar lo nocivo de su proceder.

Nuestro sistema penal tiene estipulado cuáles van ser las causales para determinar la inimputabilidad de las personas, y son prácticamente las mismas que se maneja a nivel de la doctrina, salvo algunas diferencias³¹¹; de

³⁰⁹ Un buen concepto lo da Muñoz Conde cuando menciona que “la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad”. *Cfr.* MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría...”, *Op. cit.* pág. 107.

³¹⁰ Es una visión en donde las concepciones modernas de la pena han propugnado por dejar atrás las épocas en donde todos recibían igual cantidad de penas, sin miramientos, pues la noción causalista de los fenómenos de la naturaleza era nula y por lo tanto aquellos que sufrían trastornos mentales eran vilipendiados en extremo, pues aparte de “culpables” estaban “poseídos” por algún espíritu maligno, el cual era necesario eliminar de tajo.

³¹¹ Por ejemplo en la Argentina existe una diferenciación con respecto a los menores de edad, así, el Art. 1 de ley 22. 278 /80 modificado por la ley 22.803 / 83 establece la inimputabilidad de los menores que no hayan cumplido los dieciséis años de edad adoptando por lo tanto una corriente eminentemente biológica.

esta manera debemos abocarnos en un principio a lo dispuesto por el Art. 94 C. P. que establece que “las medidas de seguridad podrán imponerse a las personas exentas de responsabilidad penal con base en el número 4 artículo 27 de este código”; al remitirnos a dicha disposición queda claro que la misma presenta un carácter taxativo, pues específicamente menciona tres causales por las cuales se exime tal responsabilidad, siendo estas: la enajenación mental³¹², grave perturbación de la conciencia³¹³ y desarrollo psíquico retardado o incompleto³¹⁴. Con esta explicación previa es necesario mencionar que nuestro objetivo de estudio va dirigido especialmente al caso de las persona que están contagiadas de SIDA que padezcan algunas de las excluyentes que ya se analizaron, aquí la diferenciación entre contagiados y sanos es innecesaria, pues los últimos sólo en un esfuerzo mental bastante

³¹² Las dificultades mencionadas se refieren a la mente, es decir que la alteración debe ser morbosa, es decir causadas por enfermedad; el término enajenado precisamente comprende esta circunstancia. En este caso existe una desconexión en la capacidad mental del individuo de percibir el entorno en su íntegra totalidad, no existiendo para él, por lo tanto, ninguna circunstancia normativa (en ocasiones ni de la misma naturaleza, salvo aquellas que le son estrictamente instintivas, como el sentir hambre, frío, sed, siendo esto, por supuesto, en ocasiones graves) que rija su conducta, la noción de normatividad es inexistente en diferentes grados, dependiendo de la gravedad de la patología mental.

³¹³ “La ley utiliza el término inconsciencia y durante mucho tiempo se exigió que fuese completa, es decir, que hubiesen desaparecido todas las facultades activas y conscientes de la psiquis por una causa patológica. Pero en este caso ni siquiera existe conducta. Esta grave perturbación se refiere a la conciencia lúcida, que es el claro o nítido conocimiento de los fenómenos o comportamientos que se desarrollan dentro o fuera de nosotros, y sólo causará la inimputabilidad del sujeto cuando le haya impedido, en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Esa comprensión exige la conciencia discriminativa y moral inherentes a las funciones de un psiquismo superior que nos permite distinguir lo bueno de lo malo, lo conveniente de lo inconveniente, lo lícito de lo ilícito, ponderando los motivos y anticipando las consecuencias de nuestras acciones o las de los otros, y su ausencia se caracterizará por la amnesia, los automatismos y – por ello-, la falta de motivación y sentido lógicos y coherentes. Algunos de los casos que podrían servir a guisa de ejemplos patológicos son: los estados provocados por estupefacientes o algunos casos embriaguez; y otros por causas fisiológicas como: estado emocional violentísimo, embriaguez del sueño, estado crepuscular hípnico, profunda somnolencia o agotamiento, o embriaguez absoluta no patológica”. *Cfr.* VERGARA LUQUE, José Antonio. *Op. cit.*, págs. 211, 212 y 213.

³¹⁴ En este caso estamos ante una causal de corte eminentemente genético y no adquirido, como ejemplo de estos casos podemos mencionar al denominado Síndrome de Down; creemos que las probabilidades de que este tipo de personas puedan realizar este ilícito son extremadamente nulas, en tanto que los mismos no tienen contactos de riesgo, específicamente de índole sexual por su propia condición, y aunque alguno de ellos resultase contagiado con el virus del SIDA es, a su vez, imposible que lo difunda, pues en algunos casos el retraso sufrido puede llegar a ser grave y no tienen la menor conciencia de lo que puede llegar a ser un comportamiento delictivo.

grande se los puede ubicar en tal circunstancia. De esta manera, las personas que padecen alguna de las excluyentes pueden ser sometidas a una medida de seguridad³¹⁵, especialmente la de internamiento que está establecida en el Art. 93, inciso 2º C. P.; lo que acontece es que uno de los requisitos que se plantean para que sea impuesta una medida de internamiento, tal como lo dicta el mismo Art. 27, numeral 4, C. P., es que la medida de internación sólo se aplicará cuando el delito amerite pena de prisión, lo cual provoca preguntarse ¿qué se hará con los inimputables que estén en las fases finales de la infección, y que por lo tanto no se les debe establecer una pena?, en este caso lo que convendría legalmente hablando es que de igual manera sea entregado a su familia, para que ésta se responsabilice por él, ya que no se podría hacer acreedor de ninguna de las medidas descritas por el Código Penal; aquí el tratamiento ambulatorio no tiene mayor sentido pues se trataría de curar la psiquis de una persona que va a morir dentro de muy poco tiempo, ya que el mismo lleva como objetivo procurar la sanidad mental del imputado, no la de otras dolencias entre las que se incluye el SIDA. Y como se vuelve concurrente la situación de los abandonados, con los mismos no queda otra medida que el Estado asuma la responsabilidad para con ellos en los centros especiales que ya especificamos; en el caso de los inimputables que delincan en la fase asintomática el internamiento debe hacerse en los mismos recintos, la posibilidad de internarlos se abre pues mencionábamos que para ellos -los asintomáticos- la reclusión en condiciones normales es válida; para ambos casos el internamiento debe realizarse en el área de los enfermos terminales pues aún a los últimos no se

³¹⁵ Esta probabilidad no es del todo lejana, ya hablábamos el capítulo III de este trabajo, que las personas que están contagiadas de SIDA pueden llegar a presentar cuadros de demencia como producto de la patología. *Cfr. supra.*, pág. 82.

les está conminando a ninguna pena, siendo necesario que estén en tal condición.

5.6.4 Causas de Extinción de la Responsabilidad Penal.

El estudio de algunas las causales de extinción de responsabilidad penal se hace necesario pues las mismas tienen incidencia en la determinación de salidas procesales alternativas para las personas que se encuentren acusadas de cometer el ilícito de contagio del virus del SIDA.

La estipulación de las mismas se establece en el Art. 96 C. P., de las mismas sólo nos interesa abordar algunas de ellas; así, en el numeral 1 del artículo mencionado establece la extinción de la misma una vez se haya cumplido la condena, para este caso como ya decíamos anteriormente³¹⁶ sólo se empleará la misma cuando el condenado aún presente estabilidad en el padecimiento de la infección, aunque sabemos que esta es la menor de las probabilidades, pero susceptible de suceder.

En la segunda causal, la muerte del condenado, es una de las que no tendría relevancia por las particularidades de la infección, insistimos en que antes de que este tipo de extinción de la pena se haga efectivo, debe operar lo estipulado por el numeral 8, pues el imputado desde un principio sabe que su salud se irá deteriorando hasta llegar a la muerte, siendo que en este caso analizar esta causal es innecesario.

La prescripción para este caso seguiría prácticamente las mismas reglas que estipula el Art. 99 C. P., pues consideramos que no habría necesidad de modificarlas para atender este tipo de casos.

En el caso de la amnistía y el indulto, debemos recordar que son procedimientos que le dan una alternativa de salida a las personas que se

³¹⁶ *Vid. supra.*, pág. 199.

encuentran reclusas y que son otorgadas por el Órgano Legislativo según el Art. 131, ordinal 26 de la Constitución de la República, aclarando que estos son bastantes excepcionales, especialmente en el caso de la amnistía por tener esta inminente contenido político³¹⁷ y que en modo alguno operaría para este caso; para el caso del indulto, su otorgamiento se realiza a un número elevado de personas que por o general son beneficiadas por padecer algunas circunstancias como vejez o el padecimiento de algún tipo de enfermedad; probablemente en un momento determinado bien se pudiera decir que el padecimiento de SIDA puede llegar a constituir un motivo para que sea beneficiado , empero, esto último es poco probable pues existe la posibilidad del numeral 8 del Art. 96 C. P.

En definitiva, se puede decir que algunas de estas causas de extinción surten efecto para los condenados por contagio de SIDA, unas en mayor medida que otras; estas alternativas deben ser tomadas en cuenta como una forma de librar al condenado, siempre que lo amerite, de una condena si este la estuviera cumpliendo.

5.6.5 La Responsabilidad Civil derivada del hecho punible.

Sabemos que la realización de una infracción penal trae aparejada dos clases de consecuencias, las cuales son las penas y la obligación de reparar los daños que haya cometido el individuo que sea hallado culpable de

³¹⁷ La propia Constitución deja en claro que la amnistía es un instrumento ligado a connotaciones políticas (al contrario que en el indulto, aquí no se oye a la Corte Suprema de Justicia) o periodos históricos muy concretos en los que la institución se utiliza como herramienta de pacificación y limpieza de la conciencia social como si se quisiera volver a empezar de cero sobre una determinada cuestión respecto a la que se ha valorado si resulta más positivo mantener la vigencia de la persecución penal de las conductas ilícitas desarrolladas durante este periodo, con todo lo que ello entraña o emitir un mensaje de apaciguamiento hacia todas las partes afectadas. La excepcionalidad de una situación como esta debe reservarse a casos auténticamente extremos la aplicación de la medida. Cfr. MORENO CARRASCO, Francisco y GARCÍA RUEDA, Luis: “Código Penal de El Salvador Comentado”, pág. 280.

cometer un ilícito. Creemos necesario incluir aunque sea de manera somera el tratamiento que se le debe dar a la responsabilidad civil por el cometimiento de una conducta de contagio, pues debemos de fundamentar los motivos de su imposición, claro está que no estamos proponiendo que se imponga, pues nada nuevo propondríamos, ya que el Art. 114 C. P. establece que “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta origina obligación civil”.

Sabemos que en una gran mayoría de casos penales que se ventilan en los Tribunales penales la responsabilidad civil es casi imposible de cumplir, por las circunstancias de pobreza que rodean al hechor, patrón que con seguridad se repetirá en este caso; no obstante lo anterior debemos hacer énfasis en que la misma para este caso tiene una mayor importancia, pues el tratamiento médico al que se someterá la víctima tiene en la actualidad un costo elevado, empero aquí surge otra variante y es que en el caso que el sujeto activo esté contagiado, éste también debe recibir tratamiento y por lo tanto el orden de prioridades es contrapuesto en ese sentido ¿Quién es más importante? ¿Acaso habrá parámetros para definir tal prioridad?; en un rumbo eminentemente humanitario es claro que ambas son personas que merecen tener salvaguardada la vida aunque de por siesta se encuentre en un plano menoscabado por padecer la infección; empero, debemos de aclarar que el cumplimiento de la responsabilidad civil va a ser posible en la medida de que el condenado tenga la posibilidad de cumplirla, tampoco se trata de una injerencia en las posibilidades de supervivencia de él y de su grupo familiar, por el hecho de cumplir con esta obligación. Una posible indemnización podría ser lo más idóneo para este tipo de casos, lo cual está señalado en el numeral 3 del Art. 115 C. P. Aclarando de una vez que la responsabilidad de la que se haga acreedor el sujeto, como en casi todos los

casos únicamente debe estar supeditada a su esfera económica y de nadie más.

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

TIPOS PROPUESTOS.

Contagio del SIDA.

Art. ___ El que sabiéndose portador del virus que provoca el SIDA (contagiare, infectare, provocare o transmitiere) el síndrome a otra persona será sancionado con pena de internamiento de tres a seis años.

El que sin ser portador del SIDA (contagiare, infectare, provocare o transmitiere) la infección a otra persona será sancionado con una pena de prisión de seis a diez años.

Contagio Culposo del SIDA.

Art. ___ El que sabiéndose portador del virus que provoca el SIDA (contagiare, infectare, provocare o transmitiere) a otra persona de forma culposa será sancionado con pena de internamiento de uno a tres años.

El que sin ser portador del virus que provoca el SIDA (contagiare, infectare, provocare o transmitiere) a otra persona de manera culposa será sancionado con pena de prisión de uno a tres años.

6.1) CONCLUSIONES

6.1.1) Conclusiones sobre el Capítulo II.

I

Dentro de los albores de la historia o lo que se ha dado en llamar la “protohistoria”, no existe una idea definida de lo que es la organización social y tampoco sobre la protección de bienes jurídicos, de tal forma que no existe un tratamiento singularizado para las enfermedades a nivel jurídico y menos en lo referente al SIDA, el cual es descubierto hasta las postrimerías del Siglo XX; por lo tanto, pretender encontrarla como objeto de estudio en el período primitivo, según las elucubraciones que se realizan en este estudio, sería una presunción que no encontraría un verdadero respaldo histórico; es decir, que el repaso histórico que se ha realizado en el presente estudio sólo da una idea clara de que en muchas ocasiones la penalización de las conductas de contagio no se daba pues sencillamente el desarrollo del estudio fenomenológico para entonces no se encontraba iniciado o estaba en sus primeras etapas y todo era un obscurecido acervo de conocimientos influidos por esa carencia.

II

En los pueblos antiguos se trató de distinta manera el apareamiento de enfermedades contagiosas desde la dimensión legal, ya que, contrario a lo que se pudiese pensar, no siempre se penalizó la transmisión de una enfermedad, por lo menos de índole sexual, tal es el caso de los griegos, ya sea porque dentro de sus costumbres era permisible tal comportamiento o desde su perspectiva este hecho debía ser tratado desde un punto de vista

médico o por medio de la interpretación de los designios de sus deidades; aunque no se puede dejar de lado que en otros pueblos sí existió penas para sujetos portadores de ciertas enfermedades, aunque como siempre tales tipos de sanción se vieron sumergidos en un matiz que tenía como fuente la idiosincrasia predominante para entonces como en el caso de los hindúes, con su peculiar forma de estratificar a los miembros de su sociedad; por lo tanto en esta etapa tampoco podemos encontrar sendas esclarecedoras de cómo a nivel de sanción sistematizada se trataban este tipo de problemas, si al caso sólo se observan difusos inicios sobre el tema.

III

En la Edad Media no se registran avances sobre la cuestión punitiva de enfermedades; tampoco en la etapa Científica en donde los autores se dedican exclusivamente al análisis de las categorías de la Teoría del Delito y se olvidan hasta cierto punto de manera negligente de los problemas sociales básicos, incluyendo esto la transmisión de enfermedades, salvo casos extremos con epidemias que de por sí fueron devastadoras.

IV

El análisis de la conducta de contagio del VIH, sólo tiene su aparición en épocas más recientes, cuando el padecimiento ha sido descubierta y tomado auge el estudio científico de la misma; centrándose más la atención justo en la actualidad cuando la infección es más proclive a tomar un rumbo de afectación social en todos los niveles, es decir de manera general.

6.1.2. Conclusiones sobre el Capítulo III.

I

El SIDA no constituye una enfermedad sino, como su misma definición lo dice, un SÍNDROME; ésta conclusión es uno de los puntos más esenciales en nuestro trabajo; como vemos la terminología médica es tajante en definir al SÍNDROME como un conjunto de signos y síntomas no específicos de una enfermedad en particular, por lo cual se concluye que el SIDA no es enfermedad, sino el complejo de manifestaciones, síntomas, infecciones y condiciones que sobrevienen por el menoscabo del sistema inmunológico, siendo su cuadro clínico variable o aleatorio de acuerdo a la condición del infectado; El VIH es el virus que destruye todas las defensas del organismo, los cuales son los diversos tipos de glóbulos blancos, en consecuencia se produce el SIDA que es el cuadro donde aparecen los signos de deficiencia en el sistema inmunológico, dándose como resultado la invasión de enfermedades que son producidas por otros virus o bacterias que por tal debilitamiento aparecen en el cuerpo menoscabándolo de forma rápida; la enfermedad no actúa de esa manera sino que establece un conjunto de signos y síntomas característicos o propios de la patología, es decir son reconocibles a nivel médico, mientras que el síndrome es todo un conjunto de probabilidades que se pueden descartar o no; es decir, en un ejemplo metafórico, que el SIDA es como un hombre que se mimetiza de una u otra manera, se puede vestir de distintos cuadros clínicos de otras enfermedades para manifestarse, no siendo análoga a ninguna de estas, tan sólo las propicia.

II

El SIDA es un síndrome infectocontagioso; es infeccioso porque es producido por el virus del VIH y es contagioso porque puede transmitirse de una persona a otra pero con un tipo de contacto específico y adecuado. A nivel jurídico, específicamente en Teoría del Delito, esto último es importante pues si alguien quiere transmitir el VIH dolosamente, no debe deliberar sobre el fin, sino que debe deliberar sobre los medios idóneos para llevar a cabo su fin, las cuales son este caso las formas de contagio y dentro de éstas últimas las vías de contagio (que como se señala en este trabajo son: los fluidos corporales donde existe mayor índice de concentración de virus, por ejemplo: el Semen y secreciones vaginales, sangre y leche materna).

III

El Período Asintomático es la fase más idónea para producir un contagio del SIDA de una forma conciente y deliberada; las fases del desarrollo del SIDA son los Períodos Asintomáticos y Sintomáticos; dentro de los intereses de este estudio se manifiesta de relieve la primera fase porque es el período más idóneo para la transmisión del VIH, ya que en ese momento la infección no se manifiesta con grandes signos. El Período Asintomático sería un presupuesto de hecho para configurar un tipo que criminalice la conducta de transmisión del VIH, pues en el mismo período el victimario podría valerse de su condición de no tener signos visibles para transmitir el VIH a una persona sana, por cualquier móvil.

6.1.3. Conclusiones sobre el Capítulo IV.

I

Visto desde una perspectiva individual el bien jurídico afectado es la Integridad Personal y desde una perspectiva colectiva es la Salud Pública.

II

El Derecho Penal no interviene en la resolución de conflictos de todos los casos posibles en que una persona contraiga el virus del SIDA; pues, bajo ciertos hechos el comportamiento del sujeto pudo haber sido decidido en su esfera de libertad en la cual nadie más que él tiene participación; verbigracia, sosteniendo relaciones heterosexuales u homosexuales promiscuas sin ningún método profiláctico, o contraer el VIH por vía intravenosa, a causa del empleo de jeringuillas de uso común para el suministro de drogas. Cuando el comportamiento es de exclusiva responsabilidad de la persona, queda excluido del ámbito de regulación jurídica porque se sobreentiende que tal adecuación conductual es competencia del propio individuo.

III

La Ley de Prevención y Control de la Infección provocada por el V.I.H., no ofrece soluciones claras, viables e inteligentes para los propósitos de esta investigación, porque tiene una connotación más sociológica que jurídica; además, se introduce en la esfera de la intimidad de las personas con VIH, incluyendo una extraña combinación de moral y derecho, violentando, a nuestro entender, la potestad muy propia de cada persona de establecer la forma en que se desenvuelve sexual; de tal suerte que el Derecho Penal no puede inmiscuirse en éste campo, y solo debe reaccionar

ante claros indicios de que alguien se extralimitado de la esfera íntima que le pertenece para vulnerar los derechos de alguien más. Además, valiéndose de una técnica legislativa -muy pobre, por cierto- remite las responsabilidades al Código Penal, pero no esclarece cuál es el tipo penal por el cual se le juzgará a dicha persona, dejando la tarea íntegra al Derecho Penal casi de manera irresponsable.

IV

El tipo de Homicidio Doloso en definitiva, no satisface la necesidad jurídica de tipificación, pues no se puede concebir un homicidio sin que antes haya mediado la muerte “físico- biológica” de una persona; además, la conducta de contagio, aunque vaya encaminada a producir el fin último lo cual es la muerte del individuo, no obedece las reglas de la Imputación Objetiva, pues contrario a lo que podría pensarse la persona no muere por el hecho de que ha sido infectado por el VIH, más bien muere como resultado de una enfermedad oportunista permitida por el desarrollo del VIH el cual se materializa en SIDA y tampoco nadie garantiza de que efectivamente el contagiado muera por una circunstancia ligada directamente con el hecho del contagio, pudiendo morir por otro tipo de razones; por lo que con un alto grado de convencimiento podemos afirmar que con la conducta realizada no se daña directamente el bien jurídico vida.

V

El tipo básico regulado en el Art. 142 C. P. sobre las lesiones, queda descartado, ya que exige como elemento básico que con la lesión se ocasionare un menoscabo de la integridad física o psíquica del sujeto pasivo que produjere incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o

enfermedad que tardare entre diez y veinte días en curar, lo cual es desvirtuable de entrada, ante lo que es la infestación de SIDA, ya que una vez contagiado está en un estado que en general podríamos llamar de hibernación (periodo ventana) que al menos podría tardar seis meses en aparecer como cuadro del síndrome y ni siquiera entonces podría aparecer como una lesión, pues lo único que se da es la seroconversión, que no implica necesariamente el apareamiento de algún síntoma o signo.

VI

El Tipo de “Lesiones Muy Graves” descrito en el Art. 144 No 4 C. P., parecería ser el justamente aplicable de acuerdo con el elemento de tipicidad del delito, que es la palabra “enfermedad”; cabe mencionar que nuestra legislación penal ofrecería como alternativa de solución al problema de la tipificación de esta conducta al tipo en cuestión, no obstante, ya en una perspectiva estricta, encontramos que el SIDA no es una enfermedad, sino un síndrome que ataca las defensas del organismo humano y permite ciertas enfermedades, incluso algunas que normalmente no afectarían en gran manera al portador; por eso de acuerdo al Principio de Legalidad consideramos que es necesario crear un nuevo tipo autónomo para generar seguridad jurídica; caso contrario estaríamos incurriendo en una extensión del sentido de tal artículo, dándole un contenido que objetivamente no tiene, pues el mismo está reservado para otro tipo de enfermedades con características que no se asimilan a las del SIDA.

6.1.4. Conclusiones sobre el Capítulo V.

I

En los delitos dolosos de contagio de SIDA, lo primero que hay que señalar como presupuesto de hecho es que la persona infectada tenga conciencia de que se encuentra padeciendo del virus que produce el SIDA se dé cuenta de la magnitud del daño que puede llegar a causar de contagiar a otra persona, siendo para el caso de las personas que están sanas y que realizan de manera dolosa tal contagio requisito indispensable la gnosis que antes mencionábamos.

II

Debe conocer que la vía que esta utilizando sea un medio idóneo para que la persona que está sana adquiriera el síndrome, aunque también se puede establecer la intención de que además de saber la posibilidad de contagio, aprecie la posibilidad que de esa forma se le produzca una lesión o incluso tener conocimiento de los efectos mortales del SIDA, la misma circunstancia de conocimiento aplica para la persona que está sana, aunándose esto a la conclusión antes dicha.

III

Para quienes padezcan del Síndrome y quieran transmitirlo dolosamente, su conducta debe ser ejecutada en la denominada fase asintomática pues la persona infectada no muestra ningún signo de deterioro a nivel físico y no es víctima de cualquier estigma social que pueda surgir a raíz de su padecimiento siendo esto un medio péfido que provocaría en el

sujeto activo una aparente confianza por los signos externos de que está interactuando con alguien sano.

IV

Las vías de contagio son los “*medios adecuados*” (jurídicamente hablando) por los cuales se puede transmitir el VIH, por lo tanto el sujeto activo debe tener plena conciencia de éstos medios y de la forma en que estos pueden llegar a cumplir con objetivo previamente trazado.

V

El *ánimo de contagio* constituiría el elemento subjetivo principal, que a la larga es el *dolo directo* en este caso en particular.

VI

La fase interna de la acción de contagio consistiría para el sujeto activo en saber que es portador del VIH, tener el ánimo de contagio, y en saber al menos una forma o vía en que puede producir el contagio;.

VII

La fase externa es la materialización de todo aquello que se planeó en la fase interna, es decir, se materializaría el segundo elemento del dolo el cuál es el elemento volitivo, desembocando en el otro componente básico para la estructura de la acción aquí propuesta: el contagio efectivo del VIH.

VIII

En los delitos culposos, el fin de la acción en principio no es la de infectar a otro individuo aunque sabe que lo puede realizar si no obra con la

diligencia debida. Consideramos que desde un punto de vista específico las personas que están más propensas a cometer un tipo de delito culposo desde la nueva configuración que queremos darle, son todas las personas que manipulan instrumental médico que involucra el contacto con la sangre; por tal razón consideramos que la diligencia debida es un elemento indispensable a la hora de juzgar un delito imprudente de esta categoría; siendo que estas personas están llamadas a tener el cuidado y la diligencia debida con sus actuaciones, ya que su oficio, ocupación u profesión se los demanda, aclarando obviamente que en ocasiones no sólo este tipo de profesionales se verán involucrados en este tipo de accionar.

IX

La teoría de la Equivalencia de Condiciones, se orientó desde la Escuela Positivista del Derecho Penal, por lo que su desarrollo partió de un enfoque ontológico; es decir, buscando las respuestas de acuerdo al método de las ciencias naturales y haciendo incuestionable su relación causal desde una visión naturalista de causa- efecto; que sin embargo al incorporarle elementos normativos se volvió insostenible. Así, de acuerdo a nuestra legislación penal, los problemas suscitados por conductas que derivan en el contagio del SIDA no pueden, ni deben ser resueltos conforme a esta teoría, ya que de acuerdo al Art. 4 C. P. al referirse a los principios generales y democráticos que orientan el proceso penal, aparece el principio de responsabilidad, en el cual de su contenido se denota que se proscribe la responsabilidad objetiva, no siendo esta teoría bajo ningún concepto solucionadora de la problemática, traída a cuenta para fundamentar una vez más tal afirmación.

X

Con la Teoría de la Causación Adecuada, se logra una vinculación causal entre acto de contagio y efecto: el contagio mismo, pero se realiza desde una perspectiva en donde se prioriza la normatividad, por lo que no es adecuado jurídica y penalmente hablando.

XI

La teoría de la Imputación Objetiva afirma que el último resultado no le debería ser imputado al autor, pese al peligro creado por el autor del hecho a través de la primera conducta, utilizando como base de este planteamiento el argumento que el hecho en sí ha concluido y terminado con la lesión primaria y que el impedir los resultados tardíos caerían fuera de la protección del tipo penal. El penalista Edgardo Donna incluye en este ámbito los supuestos de contagio de SIDA aplicando como tipos penales los de homicidio o lesiones en que faltaría la llamada dimensión temporal de la imputación. No obstante, dicha tesis se desbarataría con la existencia de un tipo penal que amplíe el margen de aplicación; verbigracia, un tipo cualificado de lesiones donde aparezca la agravante de tratarse de una condición epidémica mortal que pondrá en peligro la vida del infectado; y que bajo el entendido del rol regulador de la tipicidad que implica la imputación objetiva se alza la posibilidad de efectuar un juicio de imputación derivado del comportamiento del individuo (desvalor de la acción) y desde ahí observar si lo producido (desvalor del resultado) se encontraba dentro de los derivados objetivamente identificados, esto que en términos generales significa que el resultado implica una causa jurídicamente

relevante y que el medio empleado o dejado de realizar está dentro de la esfera de control del sujeto activo.

XII

Para la formulación de un tipo penal especial frente a la acción del contagio del SIDA, se debe tener en cuenta ciertas cuestiones: Tipicidad y Acción: es importante contar con una descripción precisa de las formas de contagio, comenzando por crear un detalle de acciones acorde con las posibilidades de contagio. Para el caso se deben usar los verbos: “contagiar, infectar transmitir o producir”, con los cuales pueda existir una congruencia entre la manifestación en el mundo real y lo expresado en la norma penal correspondiente. Para configurar en la tipicidad la demarcación de tales acciones debe ir enmarcada a continuación por el hecho que se establezca un resultado el cual está definido por el contagio a un tercero del SIDA. Antijuricidad: para el caso en cuestión sería la lesión al bien jurídico integridad personal que debe causarse a través del contagio del VIH, y no únicamente su puesta en peligro tal como sucede en los delitos de mera actividad, por lo que la lesión deberá de tener el carácter de temporalidad especial pues la lesión a la integridad personal no se hará de inmediato, sino hasta que se desarrolle el síndrome, cosa que debe estar prevista en el tipo, por ser la naturaleza de la circunstancia diferente a cualquier otra lesión. Culpabilidad: El sujeto sería culpable, siempre y cuando no se motive por la norma prefigurada, que es por la que propugnamos su instauración y tenga todos los elementos de la culpabilidad las cuales desembocan en la ausencia de causas de inimputabilidad.

XIII

El sujeto activo estaría definido como la persona que padeciendo la infección la transmite dolosa o culposamente, o aquella que no siendo portadora del virus, lo manipule para causar un daño a otra. El sujeto pasivo sería aquel que ignora la dolencia del portador del VIH.

XIV

Habría delito imposible cuando se trata de contagiar el SIDA por medios que no son las vías de contagio científicamente probadas para hacerlo.

XV

En una circunstancia como la que se analiza es muy difícil señalar con claridad un ejemplo de tentativa, pues la infección del VIH, sucede inmediatamente comienzan los actos ejecutivos, por esa razón se hace complejo señalar la no consumación de éste hecho por sucesos ajenos al sujeto activo.

XVI

La pena en su concepción más clásica, como medio retributivo al mal causado con el hecho delictivo, no debe ser tomado en cuenta como posible consecuencia jurídica a la conducta de contagio del virus del SIDA, pues es necesario avocarse a las características especiales de la infección, sobre todo cuando el sujeto activo también está contagiado, ya que el periodo que el sujeto activo tendrá para responder por el hecho que ha cometido es muy variable en cuanto a su duración; y además, se tiene la certeza de que va a morir a causa de su padecimiento, siendo por lo tanto necesario estratificar la

forma en que se va a penar, pues la opción de estandarizar la misma para este caso no es viable.

XVII

A la luz de los instrumentos internacionales es necesario acotar que los mismos tienen dentro de sus concepciones fundamentales proteger de penas que afecten de manera directa los derechos fundamentales de las personas que han cometido un hecho ilícito, de esta manera es necesario recalcar que la pena de prisión para las personas que se encuentran en las etapas finales de la infección podría considerarse como atentatorio a esos derechos fundamentales, pues la persona en estas condiciones está destinada a morir y se conminara a la pena de prisión lo único que se conseguiría es acelerar tal desenlace constituyéndose en una forma de “doble condena”; pero en el caso de las personas que son acusadas por este hecho ilícito que se encuentran en la fase asintomática o que se encuentran estabilizados en su padecimiento la tesis de la “doble condena” tiene menos peso pues los mismos sí son susceptibles de responder por su accionar en razón del tiempo que le queda de vida.

XVIII

Las personas que se encuentren en las etapas terminales de la infección no deben ser conminadas a ningún tipo de sanción por lo inocuo que esto resultaría, lejos de esto se estaría afectando directamente a las mismas, lo indicado es que este tipo de personas sea entregado a sus familiares para que lo cuiden hasta el final de sus vidas, de no tener familiares que se hagan cargo, el Estado debe asumir su rol constitucional de velar por el bien de todos los habitantes, máximo cuando se trata de

personas que necesitan de ayuda humanitaria; dentro de esta misma línea es claro que debe haber una frontera que divida la pena a cumplir por parte de las personas que estén contagiadas y de manera dolosa transmitan la infección, las que estando contagiadas transmitan culposamente la pandemia, las que estando sanas la transmitan de manera culposa y las que estando sanas la transmitan de manera dolosa, siendo estas últimas susceptibles de cumplir su pena en prisión de tipo común pues nada obsta para ello. De esta manera el *quantum* de la pena debe determinarse de la circunstancia particular de cada imputado.

XIX

Se deben crear recintos especiales para que las personas que resulten condenadas por el ilícito del contagio del SIDA puedan cumplir su pena, en estos se debe ubicar por una parte a las personas que están en la fase terminal de la infección y que por razones de estar abandonados por sus familiares el Estado se haya tenido que hacer responsables de los mismos, y por otra parte, se deben ubicar a aquellos que todavía pueden responder ya que la infección aún se los permite.

XX

En el caso de los inimputables que hayan cometido este tipo de ilícito deben ser sometidos a medidas de seguridad en los recintos que ya hemos descrito, salvo los que en etapas terminales hayan realizado tal conducta, pues los mismos tendrían que ser entregados a sus familiares si los tuviesen; de esta manera, la aplicación de las medidas de seguridad tendría como asidero el interés supraindividual de la sociedad de que no se siga expandiendo la epidemia.

XXI

Algunas de las formas de extinción de la responsabilidad penal operan para el caso de esta conducta, especialmente la estipulada en el Art. 96 en su numeral 8 C. P. que se refiere a al padecimiento de una enfermedad incurable en periodo terminal, aclarando que la misma sería aplicada dándole una interpretación extensiva, pues el SIDA no es una enfermedad.

XXII

La responsabilidad civil que acarrearía el cometimiento de este ilícito debe abarcar estrictamente hasta el límite de las posibilidades económicas del sujeto activo de cumplirla sin que esto menoscabe las posibilidades de brindarse un tratamiento – si está contagiado- para sí mismo.

6.2) RECOMENDACIONES.

PARA LA SOCIEDAD EN GENERAL.

- ❖ Una toma de conciencia eficaz sobre las nefastas repercusiones de la epidemia del SIDA, esto incluye un cambio de actitud que debe comenzar desde el pensamiento individual. La desidia por cambiar las prácticas sexuales de riesgo por las seguras debe empezar a ser eliminada, en el entendido que la afectación de esta epidemia incumbe a todos los miembros de la sociedad, pues de una u otra manera el SIDA nos afecta; no se deben conservar ideas arcaicas y egoístas que ven con soslayo la problemática mientras uno mismo no sea el

afectado; es por ello que con el afán de influir en la conciencia colectiva creemos que la población debe ser partícipe de la solución y no al contrario, esperar a que el Estado subvencione todas las necesidades de conocimiento de la infección es irresponsable, hay que crear una nueva dinámica en la cual cada persona se interese por conseguir la información que necesita, propiciar la propia ignorancia del tema aunado a la incultura que predomina en el panorama nacional es lo que hasta hoy ha causado el índice elevados de casos desde que se descubrió la presencia del virus en El Salvador.

PARA LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- ❖ Promover trabajos de investigación que conlleve un análisis dogmático exhaustivo de la problemática, esto en el entendido que en el país todavía no se encuentran estudios que puedan orientar a los sectores interesados en la temática, siendo esto una omisión que se debe de suplir, pues se entiende que es principalmente con el conocimiento que se combate a la epidemia; de ser necesario se debe solicitar para tales estudios la ayuda de asesoría extranjera, con el afán de que conocer cómo en otros países se le ha dado solución a tal problemática y trasladar lo conveniente a nuestra propia realidad.

- ❖ Generar cursos de capacitación a los aplicadores de justicia sobre el tratamiento jurídico penal de un posible caso de contagio del VIH, pues en la actualidad una de las principales debilidades radica en que no se tienen las armas cognitivas para hacerle frente a la problemática;

en la actualidad existe un total desconocimiento sobre el tema, sobre todo tomando en cuenta que una posible solución a un caso de ese tipo tendría que supeditarse a las soluciones que brinda la normativa penal actual.

AL ÓRGANO EJECUTIVO

- ❖ Realizar una amplia campaña que busque una mayor concientización de la población con respecto al SIDA, ya que todavía existe una extrema ignorancia del tema; dicha forma de concientización debe ser realizada a través de los medios de comunicación, tantas veces utilizados para realizar campañas publicitarias estatales inocuas, mediocres y pusilánimes; de esta manera se estará buscando que el mensaje llegue a un mayor número de personas. La ignorancia de esta temática produce nefastos resultados en contra de la población misma, y coadyuva a su propagación sin ningún tipo de límites, precisamente ese conocimiento se constituye el principal óbice para su diseminación.

- ❖ Debe realizarse en el ramo de educación una reestructuración de la educación sexual que se imparte en el sistema educativo nacional para que ésta no se ofrezca a la sombra del tabú; la falta de apertura a una enseñanza moderna es causante que los índices actuales de contagio esté afectando sobre todo a la población joven de este país; es decir, que la culturización sobre la sexualidad humana en las escuelas debe ser fortalecida, pues con esto se genera una mayor expectativa en el

cambio de actitud poblacional que se necesita, no se debe permitir que tales políticas de educación sean manoseadas por personas o grupos moralistas que en definitiva nada realizan cuando el problema muestra su faceta más grave.

- ❖ El Órgano Ejecutivo a través de las dependencias competentes debe establecer los Centros de Reclusión adecuados para albergar a las personas que vayan a cumplir una pena como producto del contagio del SIDA estando ellas mismas contagiadas; estableciendo claramente una estructuración diferencial entre los que están en las fases finales y los que se encuentran en las etapas sintomáticas; esta estructura a su vez debe incluir espacios idóneos para aquellas personas que han ido abandonados por sus familiares. La implementación de esta infraestructura es necesaria, pues no se puede pretender que la actual cumpla esa misión dadas las deplorables condiciones en que se encuentra.

- ❖ Realizar estudios claros y concretos sobre la situación carcelaria del país respecto a las enfermedades de índole sexual, debiendo tener prioridad la infección del SIDA, pues en la actualidad no se tiene datos definidos de cuántos internos están afectados por la dolencia y que purgan un delito de otra índole; esto serviría como antecedente para realizar medidas profilácticas encaminadas a evitar que un mayor número de población reclusa sea afectada.

PARA LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.

- ❖ Realizar las reformas necesarias al ordenamiento penal vigente, ya que la conducta que se trata de criminalizar en la actualidad no tiene cabida en los tipos actuales, como ya se ha demostrado; con esto se evitaría que los aplicadores de justicia hagan interpretaciones que serían erróneas al momento de evaluar una conducta de contagio del SIDA, o en el peor de los casos que el daño causado por las personas que contagian la epidemias no puedan ser sancionado por existir tal vacío; a su vez se debe ampliar y reforzar a la llamada “Ley de Prevención y Control de la Infección provocada por el V.I.H.”, pues la misma muestra deficiencias de técnica legislativa; en primer lugar, al inmiscuirse en la esfera de actuación individual de las personas y combinar la moral con el derecho; y segundo, porque delega funciones a la normativa penal que no están del todo claras y que por lo tanto provocaría una aplicación errónea como ya se ha mencionado; todo esto contribuiría a que se conformara la seguridad jurídica como elemento ineludible e indispensable de un Estado de derecho.-

GLOSARIO

Anticuerpos: Inmunoglobulina esencial en el sistema inmunitario, producida por el tejido linfoide en respuesta a bacterias, virus u otras sustancias antigénicas.

Antígenos: Sustancia, generalmente proteica, que da lugar a la formación de un anticuerpo con el que reacciona específicamente.

Cápside: Capa de proteína que envuelve al virión.

Cesárea: Intervención quirúrgica que consiste en realizar una incisión en el abdomen y el útero y extraer el feto por vía transabdominal.

Cólera: Infección bacteriana del intestino delgado que se caracteriza por la presencia de diarreas y vómitos graves, calambres musculares, deshidratación y depleción de electrolitos. Se propaga a través del agua y los alimentos contaminados por las heces de personas previamente enfermas

Conjuntivitis: Inflamación conjuntival causada por bacterias, virus, alérgenos o factores ambientales. Se caracteriza por enrojecimiento de los ojos, secreción espesa, párpados pegajosos por las mañanas e inflamación indolora.

Chancro: Lesión cutánea de la sífilis primaria que aparece en el punto de infección en forma de pápula y evoluciona hasta constituir una úlcera roja, indolora y no sangrante, de aspecto telescópico.

Encefalopatía: Cualquier trastorno de la estructura o función de los tejidos cerebrales. Este término se refiere particularmente a las enfermedades crónicas, destructivas o degenerativas como la encefalopatía de Wernicke.

Enfermedades infecciosas: son aquellas que son causadas por *microbios*. Los microbios son virus, bacterias, hongos y parásitos.

Enfermedades contagiosas: son las que se transmiten de una persona a otra.

Fagocitos: Los fagocitos son de dos tipos: granulocitos y macrófagos. Los fagocitos se producen en la médula ósea y se encuentran en casi todos los tejidos del cuerpo, su función es reconocer, engullir y destruir a los invasores, la materia extraña y los restos de células.

Farmacología: Estudio de la preparación, propiedades, aplicaciones y acciones de los fármacos.

Fármacos: Cualquier sustancia que se administra por vía oral, se inyecta en un músculo, en la piel en un vaso sanguíneo o en una cavidad corporal o se aplica tópicamente para tratar o evitar una enfermedad.

Ganglios Linfáticos: Cualquiera de las numerosas estructuras ovales de pequeño tamaño que filtran la linfa y contribuyen a la defensa contra las infecciones y en las cuales se forman linfocitos, monocitos y células plasmáticas.

Genoma: Un genoma consiste en una dotación completa de genes existente en los cromosomas de cada célula de un organismo particular, entendiéndose como un gen: “toda aquella Unidad Biológica de material genético y de la herencia biológica” y cromosoma como: “Cada una de las estructuras en forma de hebra situadas en el núcleo de una célula y que transmiten la información genética de la especie”.

Gérmenes patógenos: Los gérmenes patógenos son microorganismos capaces de producir una enfermedad.

Hemofílicos: Los hemofílicos son todas aquellas que tiene una deficiencia en poder coagular la sangre. La hemofilia es: Trastorno Hereditario caracterizado por una tendencia hemorrágica patológica (...) se transmite como carácter recesivo ligado al cromosoma X y que se debe a una deficiencia del factor VIII de la coagulación.

Herpes: Infección producida por el virus herpes simple que tiene gran afinidad por la piel y el sistema nervioso y ocasiona la aparición de pequeñas ampollas llenas de líquido de evolución transitoria, a veces dolorosa, que asientan en la piel y las membranas mucosas

Inmunodeficiencia: Disminución importante de la capacidad de respuesta del sistema inmunológico.

Linfadenopatía generalizada persistente: Consiste en un término utilizado para denominar a la inflamación permanente de las glándulas linfáticas, la infección por VIH es en gran parte una infección del sistema linfático.

Linfocitos: Son los principales agentes de respuesta contra organismos patógenos que se encargan de “patrullar” la sangre y todo el cuerpo en busca de intrusos.

Linfocitos T: Las células T suelen denominarse “células asesinas”, ya que secretan compuestos químicos inmunológicamente esenciales y ayudan a las células B a destruir las proteínas extrañas.

Linfocitos T - 4: llamados “coadyuvantes”, son los responsables de coordinar la respuesta del organismo contra alguna infección.

Linfocitos T - 8: Son los llamados “asesinos”, estos son linfocitos especializados y sin un control eficiente puede llegar a atacar no solo a las células afectadas sino también las células sanas que son vitales para el buen funcionamiento de todo el organismo.

Macrófagos: Célula fagocítica del sistema retículo endotelial.

Mononucleosis infecciosa: Infección aguda causada por el herpesvirus de Epstein - Barr. Se caracteriza por fiebre, dolor de garganta, inflamación de los ganglios linfáticos, linfocitos atípicos, esplenomegalia (aumento del tamaño del bazo), hepatomegalia, anormalidad de la función hepática y equimosis.

Neoplasias: Crecimiento anormal de un tejido nuevo, benigno o maligno

Neumonía: Inflamación aguda de los pulmones, en general causada por la inhalación de neumococos de la especie *Diplococcus pneumoniae*, que hace que los alvéolos y bronquiólos pulmonares se taponen con exudados fibrosos.

Patología: estudio de las características, causas y efectos de la enfermedad tales como se reflejan en la estructura y función del organismo.

Profilaxis: Prevención o protección de la enfermedad, generalmente mediante un agente biológico, químico o mecánico capaz de destruir los organismos infecciosos o impedir su entrada en el organismo.

Proteasa: Enzima que cataliza la hidrólisis proteica, entendida la enzima como proteína producida por las células vivas que cataliza las reacciones químicas en la materia orgánica y la Hidrólisis como transformación química o destrucción de un compuesto mediante la acción del agua.

Proteína Integrasa: Es la encargada de integrar el provirus al ADN.

Púrpura trombocitopénica idiopática: Es una dolencia en la cual el cuerpo produce anticuerpos que atacan a las plaquetas, o en el peor de los casos deja de producirlas, ya sabemos que las plaquetas juegan un protagonismo esencial en lo que se refiere a la coagulación de la sangre cuando sucede algún tipo de lesión; así, puede ser que ocurran sangrados constantes de encías o que pequeñas cortaduras que en teoría no deberían significar mucho provoquen un sangrado intenso.

Replicación: Proceso de duplicación, reproducción o copia; literalmente, copia de una parte para formar un duplicado.

Retrovirus: Es un tipo de virus que es caracterizado porque transcribe su genoma de ARN a ADN.

Sarcoma de Kaposi: Es un cáncer que se da en la piel y que se expresa por erupciones o laceraciones que provocan sangramiento.

Seroconversión: Así es denominada la aparición de anticuerpos específicos para contraatacar al VIH; así tenemos que en más del 95% de las personas, los resultados de los análisis para detectar el VIH son positivos unos tres meses después de la transmisión, y en más del 99% son positivos a los seis meses.

Sexo oral: El sexo oral es la estimulación oral de los genitales, ya sea *cunnilingus* (llevada a cabo en mujer) o *felatio* (realizada en un hombre).

Sífilis: Infección venérea, producida por la espiroqueta *Treponema Pallidum*, que normalmente se transmite por contacto sexual y se caracteriza por distintos estadios o efectos en un período de años.

Síndrome caquético: Se refiere al conjunto de signos o síntomas que manifiestan un deterioro general del estado de salud con malnutrición, debilidad y emaciación que por lo general se asocia con enfermedades consuntivas que causan deprivación grave como la tuberculosis y el cáncer.

Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA): representa el estadio clínico más avanzado de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), virus que afecta al Sistema inmunológico causando una disminución de la resistencia celular, condicionando la aparición de infecciones oportunistas, neoplasias inmunodependientes y otras entidades patológicas como la encefalopatía y el síndrome caquético.

Síndrome: Conjunto de signos y síntomas no específicos de una enfermedad en particular; es un complejo de signos y síntomas resultantes de una causa común o que aparecen en combinación como expresión del cuadro clínico de una enfermedad o de una alteración hereditaria.

Síntomas: Índice subjetivo de una enfermedad o un cambio de estado tal como lo percibe el paciente. Muchos síntomas se acompañan de signos objetivos (...) Ciertos síntomas pueden confirmarse objetivamente.

Sistema Inmunológico: Es aquel complejo bioquímico que protege al organismo frente a los gérmenes patógenos y otros cuerpos extraños. Incorpora un sistema de respuesta inmunitaria humoral, que produce anticuerpos que reaccionan con antígenos específicos, y una respuesta mediada por células, en la que los linfocitos T movilizan los macrófagos de los tejidos en presencia de un cuerpo extraño.

Susceptibilidad: Es el estadio en que se encuentra el organismo cuando es vulnerable de adquirir una enfermedad a través de un agente infeccioso de cualquier clase.

Transcriptasa Inversa: Es la proteína que hace posible que se forme un ARN a partir de un patrón de ADN.

V. I. H.: Es un virus que afecta al sistema inmunológico del ser humano. Pertenece a la familia de los retrovirus, porque se reproduce lentamente. La información genética está contenida en forma de ARN, ácido ribonucleico, aquí se almacena la información necesaria para la posterior síntesis de proteína.

Virus: El término virus proviene del latín antiguo que significaba *jugo, humor* o más a menudo *veneno*, se empleaba en el siglo XIX para designar cualquier materia susceptible de multiplicarse en un organismo. Además, los mismos medicamentos son definidos como “un microorganismo diminuto, mucho más pequeño que una bacteria, que al no poseer una actividad metabólica independiente, sólo puede reproducirse dentro de una célula vegetal o animal viva. Consta de un núcleo de ácido (ADN o ARN) rodeado por una cubierta de proteína antigénica y a veces por otra lipoproteica. El virus tiene el código genético para su reproducción y el huésped le aporta la energía y los materiales necesarios para ella. Se han identificado hasta la actualidad más de 200 virus capaces de producir enfermedades en el ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

ABAGNANO, Nicolás: "HISTORIA DE LA FILOSOFÍA", Tomo II, Editorial Montanar y Simón, Barcelona, 1965.

BACIGALUPO, Enrique: "LOS DELITOS DE HOMICIDIO"; Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.

BACIGALUPO, Enrique: "LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO"; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: "PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO PENAL"; Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2001.

BARATTA, Alessandro: "EFECTOS SIMBÓLICOS E INSTRUMENTALES ACERCA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO. LINEAMIENTOS PARA UNA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO"; en Revista Mexicana de Justicia, Número 3, Vol. VIII, Julio - Septiembre, México, 1990.

BARTLETT, John G. y **FINKBEINER**, Ann K.: "GUÍA PARA VIVIR CON VIH Y SIDA"; Primera Edición Revisada, Editorial Diana, México, 1996.

BECCARIA, César: "DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS"; Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1969.

BERTRAND GALINDO, Francisco *et al*: “MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL”; Tomo I, Segunda Edición, Centro de Información Jurídica, San Salvador, 1996.

BIDART CAMPOS, Jorge: “TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO”; Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1995.

BINDER, Alberto Martín: “POLÍTICA CRIMINAL DE LA FORMULACIÓN A LA PRAXIS”; Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires, 1997.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: “TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO”; Editorial Jurídica Continental, San José, 1997.

BOSCH GIMPERA, Pedro: “HISTORIA DE ORIENTE”; Panamericana Editorial, Santa Fe de Bogotá, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “BASES CRÍTICAS DE UN NUEVO DERECHO PENAL”; Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1994.

BROKMAN, Jan: “DERECHO, FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO”; Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

CAMPOS MORENO, Juan Carlos: “LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES”; Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel; **FERRANTE**, Marcelo y **SANCINETTI**, Marcelo: "ESTUDIO SOBRE IMPUTACIÓN OBJETIVA"; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

CARBONELL MATÉU, Juan Carlos: "LA TUTELA JUDICIAL DE LOS INTERESES DIFUSOS"; Editorial lo Blanch, Valencia, 1992.

CARNELUTTI, Francesco: "CÓMO NACE EL DERECHO"; Editorial Temis, Bogotá, 1987.

CARRARA, Francesco: "DERECHO PENAL"; Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, 1987.

CASTELLÓN, René A.: "LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN LA NORMATIVA PENAL SALVADOREÑA, UN ANÁLISIS INTRODUCTORIO"; en Revista Derecho, publicación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Editorial Universitaria, Época V, número 2, junio de 2002.

CASTELLÓN, René y **ALBEÑO**, Luis: "MANUAL BÁSICO DE CRIMINOLOGÍA"; Editorial Guanaxia, San Salvador, 2002.

CREUS, Carlos: "DERECHO PENAL: PARTE GENERAL"; Cuarta Edición actualizada y ampliada; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

CURY, Enrique: "LA LEY PENAL EN BLANCO"; Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.: "TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA"; Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DEL VECCIO, Jorge: "LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO Y EL CONTRATO SOCIAL"; Trad. de Mario Castaño, 3º duplicado, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914.

DONNA, Edgardo Alberto: "CASOS Y FALLOS DE DERECHO PENAL"; Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.

DONNA, Edgardo: "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: ENSAYOS DE DERECHO PENAL", Ediciones de Belgrano, Buenos Aires, 1997.

DRAPKIN, Israel: "CRIMINOLOGÍA DE LA VIOLENCIA"; Editorial De Palma, Buenos Aires, 1984.

ELBERT, Carlos Alberto. "MANUAL BÁSICO DE CRIMINOLOGÍA"; Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1998.

ENGELS, Federico: "DE LA TRANSFORMACIÓN DEL MONO AL HOMBRE EN EL CAPITALISMO"; Editorial Siglo XXI, México D. F., 1967.

ENGELS, Federico y **MARX**, Karl: "LUDWIG FEÜERBACH Y EL FIN DE LA FILOSOFÍA CLÁSICA ALEMANA"; Cuadernos del Pasado y del Presente, Buenos Aires, 1975.

ENGELS, Friedrich: "EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO"; Quinta Edición, Panamericana Editorial, Santa Fe de Bogotá, 1997.

FERRANTE, Marcelo: "UNA INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA"; en Estudio sobre la teoría de la imputación objetiva, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

FERREIRA DELGADO, Francisco: "TEORÍA GENERAL DEL DELITO"; Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "DELITO Y ERROR: PERSPECTIVA POLÍTICO CRIMINAL"; Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, 1996.

FRANK, Reinhard: "SOBRE LA ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD"; Editorial B de F, Buenos Aires, 2002.

FULLER, Jack: "VALORES PERIODÍSTICOS"; Trad. de Jaime Botero, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2000.

GALAIN, Pablo: "APROXIMACIÓN JURÍDICO PENAL FRENTE AL CONTAGIO DE SIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL", en Revista Actualidad, Año 3, Número 1, UTE, San Salvador, 1998.

GALINDO-VÉLEZ, Francisco: "COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES: PRINCIPIOS Y CRITERIOS

RELATIVOS A REFUGIADOS Y DERECHOS HUMANOS"; Edición especial de la ONU, Año XXIII, Número Uno.

GARRIDO MONT, Fernando: "NOCIONES DE UNA TEORÍA DEL DELITO"; Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

GRANARIS, Giuseppe: "FILOSOFÍA DEL DERECHO"; Editorial Albatros, Buenos Aires, 1975.

GRMEK, Mirko: "HISTORIA DEL SIDA"; Editorial Tempos, México D.F., 1994.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: "TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO. DERECHO PENAL: PARTE GENERAL", Reimpresión, Civitas, Madrid, 1992.

HASSEMER, Winfried y **MUÑOZ CONDE**, Francisco. "INTRODUCCIÓN A LA CRIMINOLOGÍA Y AL DERECHO PENAL", Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HOPKINS, Johns: "GUÍA PARA VIVIR CON VIH Y SIDA", Editorial La Raíz, Segunda Edición, Bogotá, 1996.

HORMAZABAL, Malaree Hernán: "TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO Y ESTADO DE DERECHO"; PPU, Barcelona, 1991.

JAKOBS, Günther: “IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL”; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

JAKOBS, Günther: “SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA: TEORÍA DE UN DERECHO PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA”; Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, Günther: “¿QUÉ PROTEGE EL DERECHO PENAL BIENES JURÍDICOS O LA VIGENCIA DEL NORMA?”; trad. Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “LECCIONES DE DERECHO PENAL”; Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, 1987.

LASALLE, Ferdinand. “¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?”, Tercera Edición, Editorial Panamericana, Bogotá, 1996.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: “¿QUÉ PASA EN LA CRIMINOLOGÍA MODERNA?”; Editorial Temis, Bogotá, 1990.

MONTESQUIEU, Charles Luis: “DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES”; Tomo I, Albatros, Buenos Aires, 1936.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL”; Editorial B de F, Buenos Aires, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL”; Editorial Temis; Santa Fe de Bogotá, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco y **GARCÍA ARÁN**, Mercedes: “DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL”; Vigésima Tercera Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL”; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “TEORÍA GENERAL DEL DELITO”, Reimpresión de la Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “EDMUND MEZGER Y EL DERECHO PENAL DE SU TIEMPO”; Cuarta Edición Ampliada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

NIKKEN, Pedro: “COMPILACIÓN DE DERECHOS HUMANOS”; Civitas, Madrid, 1986.

NOVOA MONREAL, Eduardo: “LOS DELITOS DE OMISIÓN” Cuadernos de Doctrina Penal. Teoría y Práctica, Año 4, Buenos Aires, 1989

OCÉANO MOSBY, “DICCIONARIO MÉDICO”; Editorial Océano, Barcelona, 1995.

OPARÍN, Alexander: “EL ORIGEN DE LA VIDA”; Editorial Progreso, Moscú, 1986.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA PARA LA SALUD: “MANUAL DE CONSEJERÍA VIH/SIDA PARA PERSONAL DE SALUD”; Ministerio de Salud, San Salvador, sin fecha.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “COMENTARIOS A LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL”; Editorial Thomson Aranzadi, Trigésima Segunda Edición, Navarra, 2002.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: “CRIMINOLOGÍA”; Décima Segunda Edición, Porrúa, México, 1980.

RODRÍGUEZ, Magdalena et al.: “EXPLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS” en Instrumentos Internacionales considerados en el Certamen Nacional de los Derechos Humanos, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y Gobierno de Canadá, San Salvador, 1996.

ROUSSEAU, Juan Jacobo: “EL CONTRATO SOCIAL”; Editorial Alba, México D. F., 1996.

ROXIN, Claus: “PROYECTO DE POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVO”; Trad. de Santiago Mir Puig, en Cuadernos de Política Criminal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

RUEDA, Luis y MORENO CARRASCO, Francisco: “CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR COMENTADO”; Editorial Justicia de Paz, San Salvador, 1999.

SANCINETTI, Marcelo: “SUBJETIVISMO E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL”; Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd: “LA ACCIÓN Y EL RESULTADO EN DERECHO PENAL”; trad. de Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd: “PROBLEMAS JURÍDICOS PENALES RELACIONADOS CON EL SIDA”; Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

TORRES, Sergio Gabriel y MARRAZO, Laura Marcela: “DISCRIMINACIÓN Y DELINCUENCIA, INDICIOS DE UNA PROBLEMÁTICA”; Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires, 2002.

TREJO, Miguel A. et al: “DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL”; Tomo II, CIC, San Salvador, 1993.

TREJO, Miguel A. et al: “MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL”; Tercera Edición, Centro de Estudios Jurídicos, San Salvador, 1996.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”; Segunda Edición ampliada y corregida, Temis, Bogotá, 1995.

VERGARA LUQUE, José Antonio: “IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD PENAL”; Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Sin Fecha, pág. 230.

VIDAURRI ARECHIGA, Manuel: “LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA”; en Revista Actualidad, Año 3, Número 1, UTE, San Salvador, 1998.

VIVES ANTÓN T. S. et al: “DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL”; Tirant lo Blach, Valencia, 1996.

VOLTAIRE: “EL FILÓSOFO IGNORANTE”; Editorial Albatros, Buenos Aires, 1965.

WEISS, Rick y KLEUSS, Michael: “LA GUERRA CONTRA LAS EPIDEMIAS” y “EN BUSCA DE UNA CURA”, respectivamente. En Revista National Geographic, volumen 10, número 2, febrero de 2002.

WELZEL, Hans. “NUEVO DERECHO PENAL ALEMÁN”, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “EN BUSCA DE LAS PENAS PERDIDAS”; Ediar, Buenos Aires, 1989.

CUERPOS LEGALES

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, 1983,
Editorial LIS, Edición 2003.

NUEVO CÓDIGO PENAL (*sic*), Edición propiedad de Don Daniel S.
Meléndez, Imprenta Nacional, San Salvador, 1904.

CÓDIGO PENAL, 1998, Editorial LIS, Edición 2003.

LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA INFECCIÓN
PROVOCADA POR EL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA,
2001, Página Web de la Corte Suprema de Justicia, www.csj.gob.com