

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN
SEXUAL DEL VIH/SIDA**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

MARIALEJANDRA SANTISTEBAN LARIOS

ASESOR

DORA MARIA OJEDA ARRIARAN

<https://orcid.org/0000-0002-7938-0776>

Chiclayo, 2022

**RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA
TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH/SIDA**

PRESENTADA POR:

MARIALEJANDRA SANTISTEBAN LARIOS

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Manuel Francisco Porro Rivadeneira
PRESIDENTE

Ever de la Cruz Gonzáles
SECRETARIO

Dora Maria Ojeda Arriaran
VOCAL

Dedicatoria

A Dios

Por el don de la vida, el amor y por cada bendición a lo largo de mi caminar.

A mis padres, Honorio y Milagros

Por ser mi mayor fortaleza, mis ángeles amados y quienes son mi luz desde siempre.

A mi abuela

Por todo su esfuerzo, su amor y calidez desde el primer momento.

A mi madre del corazón

Por cada enseñanza de vida, por ser ese ángel azul que guía mi camino.

A Elvira, mi tía

Por ser aquella persona que está para mí de forma incondicional.

Agradecimientos

A Dios

Por su guía celestial.

A la Virgen

Por su protección.

A mis padres

Por ser mi mayor fuente de fortaleza y fe.

A mi abuela

Por enseñarme que con su amor todo lo puedo.

A mi familia

Por enseñarme que debemos hacer las cosas ordinarias con amor extraordinario.

A mi madre del alma

Por ser luz, guía y mi ejemplo.

A mis amigos

Por el don de la amistad y por motivarme siempre a cumplir mis objetivos.

A mis profesores

Por todas sus enseñanzas.

Índice

Resumen	6
Abstract	7
Introducción	8
1. Revisión de literatura:	10
1.1. Antecedentes.....	10
1.1.1. Responsabilidad civil	10
1.1.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	11
1.1.3. Virus de la Inmunodeficiencia Humana.....	12
1.1.4. Organización de las Naciones Unidas	14
2. Bases teóricas	15
2.1. Responsabilidad civil.....	15
2.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual	15
2.2.1. Responsabilidad civil contractual.....	15
2.2.2. Responsabilidad civil extracontractual.....	15
2.2.3. Tesis dualista	16
2.2.4. Tesis monista.....	16
2.2.5. Tesis de la unicidad	16
2.2.6. Tesis de la unificación.....	16
3. VIH/SIDA	17
3.1. Salud	17
3.2. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.....	17
3.2.1. Jurisprudencia nacional	18
3.2.2. Jurisprudencia extranjera.....	18
4. Materiales y métodos	19
5. Resultados y discusión	20

5.1. Analizar la institución jurídica de la responsabilidad civil y los daños frente a la transmisión sexual del VIH/SIDA.....	20
5.1.1. Sobre la responsabilidad civil	20
5.1.2. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil	21
5.1.2.1. La imputabilidad.....	21
5.1.2.2. La licitud o antijuricidad.....	21
5.1.2.3. El factor de atribución	21
5.1.2.4. El nexos causal.....	22
5.1.2.5. El daño.....	22
5.1.3. El daño derivado de la transmisión del SIDA	23
5.2. Jurisprudencia nacional y extranjera sobre responsabilidad civil por transmisión sexual de VIH/SIDA	26
5.2.1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 690/2019 del 11 de marzo, 2020, Rec. 1807/2018.....	26
5.2.2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 528/2011 del 6 de junio, 2011	27
5.2.3. Tribunal Supremo, Auto del 15 de septiembre, 2005	29
5.3. Criterios para imputar responsabilidad civil por los daños ocasionados ante el contagio de VIH/SIDA por transmisión sexual	29
6. Reflexiones finales	32
Conclusiones	34
Recomendaciones.....	35
Referencias	36
Anexos.....	39

Resumen

La presente investigación tuvo por objetivo establecer los criterios para determinar la existencia de la responsabilidad civil por la transmisión sexual del VIH/SIDA. Esta enfermedad se transmite fundamentalmente por vía sexual. Esta infección ha causado una variedad de cuestiones, por lo que ha llevado a la intervención del derecho, tratando de resolver los conflictos legales causados por la existencia de esta epidemia y el contagio de la misma. En la presente investigación fue necesario analizar la institución jurídica de la responsabilidad civil y los daños frente a la transmisión sexual del VIH/SIDA, sobre la base de los reportes estadísticos de la ONUSIDA publicados en entidades oficiales. Seguidamente, examinamos jurisprudencial nacional y extranjera durante las últimas décadas, respecto a la transmisión sexual de esta enfermedad y la responsabilidad emanada de la misma; asimismo, proponemos los criterios de imputación de la responsabilidad civil por los daños ocasionados ante el contagio de VIH/SIDA por transmisión sexual.

Palabras clave: responsabilidad civil, VIH, SIDA, transmisión sexual

Abstract

The objective of this research was to establish the criteria to determine the existence of civil liability for the sexual transmission of HIV / AIDS. This disease is transmitted fundamentally by sexual route. This infection has caused a variety of issues, which is why it has carried out an intervention of the law, trying to resolve the legal conflicts caused by the existence of this epidemic and its contagion. In this research, it was necessary to analyze the legal institution of civil liability and damages against sexual transmission of HIV / AIDS, on the basis of the UNAIDS statistical reports published in official entities. Next, we examine national and foreign jurisprudential during the last decades, regarding the sexual transmission of this disease and the responsibility emanating from it; Also, we propose the criteria for the imputation of civil liability for damages caused by the infection of HIV / AIDS through sexual transmission.

Keywords: civil liability, HIV, AIDS, sexual transmission.

Introducción

El VIH/Sida es controvertido debido a su enfoque en las sanciones penales, pero no hay una referencia particular a la posibilidad de sanciones civiles. Sin embargo, en los pronunciamientos de ONUSIDA, al describir el grado de responsabilidad de las personas seropositivas que transmiten el VIH, señalan que, si bien el comportamiento negligente puede conllevar responsabilidad civil, generalmente no está sujeto a sanciones penales.

En Perú, para solucionar nuestro tratamiento legal de la propagación del VIH / SIDA, se deben plantear dos cuestiones.

En primer lugar, por respeto a los derechos fundamentales de las personas seropositivas (especialmente al derecho a la intimidad personal y al principio de confidencialidad y al derecho a la libertad), nuestro ordenamiento jurídico no lo prevé, no existen normas que exijan a estas personas tomar medidas preventivas obligatoriamente o informar a un tercero sobre su estado serológico.

En segundo lugar, no existen regulaciones en nuestras leyes que penalicen expresa o directamente la transmisión del VIH/Sida, y mucho menos estar infectado o expuesto al virus.

Sin embargo, esto no significa que la persona infectada quedará exenta de responsabilidad por la propagación del VIH sin tomar las mínimas medidas preventivas o sin la advertencia a terceros, cuando exista el riesgo de dicha transmisión.

Nuestro ordenamiento, consagra diversas herramientas para proteger a la persona del daño efectuado por terceros, pues el derecho a la vida y la integridad personal, donde se incluye el derecho a la salud física y mental, son derechos humanos fundamentales de la misma (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2) y nuestra Constitución consagra, entre otras cosas, el respeto y la defensa de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado (Constitución Política del Perú, 1993, art. 1).

En este sentido, existen dos cuestiones importantes en nuestro derecho, cuya función es proteger a las personas de los daños causados por terceros, y como veremos, nuestros tribunales los han utilizado en los casos tratados.

Por otro lado, el Código Penal protege a las personas de estos daños mediante la responsabilidad derivada de delitos contra la persona, “el que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años” (Código Penal Peruano, 1991, art. 289).

Ante la ausencia de una normativa sobre la transmisión del VIH, nuestros jueces recurrieron a la aplicación de estas figuras en los conflictos legales. Así pues, nuestro país ha optado por seguir una de las directrices de las Naciones Unidas en varios documentos publicados al respecto y, por otra parte, aún no ha establecido una legislación específica sobre la transmisión del VIH/Sida. Además, utiliza la normativa general sobre daños a terceros para adecuarla a las circunstancias del caso, no siguiendo estrictamente las pautas indicadas por las Naciones Unidas, porque en algunos aspectos se desvió de las orientaciones que sugirieron.

Por lo tanto, de acuerdo a lo mencionado se ha formulado el siguiente problema que atañe a la presente investigación: ¿Cuáles deberán ser los criterios para determinar la existencia de responsabilidad civil por la transmisión sexual de VIH/SIDA en el ordenamiento jurídico peruano? Ante la pregunta planteada se formuló la siguiente hipótesis de trabajo:

Si hay un riesgo potencial que una persona seropositiva contagie a otra, entonces es necesario establecer criterios para determinar la existencia de responsabilidad civil por la transmisión sexual de VIH/SIDA, en el ordenamiento jurídico peruano, dichos criterios serían:

a. Que la transmisión sea culposa, resultado de la negligencia de las personas VIH positivas. Este supuesto puede atribuirse a la culpa de la pareja que, aunque conocen el estado del otro, no han tomado las medidas de protección recomendadas y tienen una relación sexual. Este es el motivo de la exención de responsabilidad, o en todo caso, exoneración parcial.

b. Que la transmisión sea dolosa, esto puede incluir dolo directo y dolo eventual. La primera implicación es que el sujeto tiene la intención de propagar el VIH. Por otro lado, el segundo consiste en es tener relaciones sexuales mientras se encubría la enfermedad, pero sin intención de causar daño.

c. Si el agente que contagia desconoce su condición de portador, supuesto que lo exime de responsabilidad.

Es importante señalar que la presente investigación consiste en el señalamiento de criterios para determinar la existencia de responsabilidad civil por la transmisión sexual del VIH/Sida, toda vez que nuestro país ha optado por no promulgar una normativa especial sobre la infección, ni sancionar de modo concreto la transmisión del VIH/Sida, y no existen reglas para determinar la responsabilidad de esta propagación. Por tanto, en caso de conflicto, nuestros tribunales han aplicado las disposiciones generales de nuestro Código Civil y del ámbito penal.

En este sentido, surge la necesidad de un estudio centrado precisamente en analizar la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, para establecer criterios que determinen la responsabilidad civil por la transmisión sexual de VIH/Sida de las personas seropositivas y que los magistrados al emitir sus fallos, deban tener presentes. Siendo fundamental hacerlo, toda vez que, en nuestro ordenamiento jurídico, la salud física y mental de una persona es un bien de la misma, y la manifestación del derecho a la integridad física y moral, se constituye como un derecho con características propias de ser inherentes al ser humano, absolutos y especialmente protegidos.

1. Revisión de literatura:

1.1. Antecedentes

En cuanto a los antecedentes de esta investigación, primero revisaremos tesis de grado, en seguida tesis de maestría; de igual forma, tesis doctorales, así como libros, revistas y artículos científicos relacionados con el trabajo de investigación para lograr los objetivos propuestos.

1.1.1. Responsabilidad civil

- Silva, N. E. (2018). *Responsabilidad civil por daños al concebido*. [tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio de Tesis USAT.

En esta investigación, la autora menciona que la responsabilidad civil es un método de protección (civil) de derechos u otros acontecimientos jurídicos, que tiene como objetivo imponer una obligación al responsable (no necesariamente al autor) de indemnizar el daño causado por él.

Es esencialmente compensatorio, no penal, de lo que se puede concluir que se puede extraer en el ámbito puramente civil, la responsabilidad se conceptualiza como la obligación de reparar el daño causado al sujeto jurídico. Por tanto, en esencia, la cuestión de la responsabilidad civil se constituye de la siguiente manera: una persona ha sufrido un daño por parte de otra, y en algunos casos, por lo que existe la obligación de repararlo.

En cuanto a nuestra investigación, lo primero que debemos entender es el concepto de responsabilidad civil, y comprender la idea de alteridad: se responde siempre ante alguien.

- Vivanco, P. A. (2017). *Responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia*, [Tesis para optar al grado académico de Magíster en Derecho, Universidad de Concepción]. Repositorio UDEC.

El autor nos menciona que actualmente, el punto de inflexión del derecho de responsabilidad civil es centrarse en la persona de la víctima, y prevalecen conceptos como la indemnización total del daño y el alcance del daño resarcible. Algunas personas incluso sugieren que existe una obligación general de naturaleza jurídica y rango constitucional, que implica no dañar a otro.

Contribuye a nuestra investigación conocer que si antes se planteaba que la base de la responsabilidad civil era la culpa (el responsable), en la actualidad, se aleja de su lugar privilegiado, pues ahora se afirma que es el daño (la víctima). Es por eso que ahora estamos hablando de derecho de daños. Si antes se hacía hincapié en el autor del daño, ahora el derecho de daños concierne a las víctimas de los daños; es decir, se busca un daño para indemnizar.

- Aguinaga, L. Y. (2019). *Criterios para la cuantificación equitativa del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil* [Tesis para obtener el grado de maestro con mención en Derecho Civil Empresarial, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio UPAO.

El autor realiza un estudio sobre el daño moral como lesión o menoscabo a los intereses no pecuniarios de la persona y que este concierne bienes jurídicos amparados por la ley, “la función

resarcitoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales.” (Aguinaga, 2019, p. 26)

Para nuestra investigación resulta importante puesto que nos ayudará a determinar estándares objetivos para una cuantificación justa en la indemnización por agravio moral. Según nuestra doctrina nacional el monto del daño moral que puede ser indemnizado lo determina libremente el juez, por lo que él mismo debe aplicar el estándar de poder discrecional considerando las circunstancias especiales de la naturaleza jurídica del daño y el efecto jurídico de la indemnización por daño.

- Villalba, J. C. (2020). La responsabilidad civil por medicamentos defectuosos, una aproximación de Derecho comparado. *Revista De La Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*, 50(133), 501 - 536.

El autor afirma que el ordenamiento jurídico reconoce que la obligación de reparar el daño es un principio fundacional, y se vierten en el siguiente hecho: el daño ocasionado “ilícita o injustamente con perjuicio de un bien, debe ser reparado en las proporciones y condiciones exigidas por la ley, conforme al principio de la reparación integral del daño.” (Villalba, 2020, p. 5)

Por lo tanto, el aporte que brinda el autor brinda haciendo referencia al concepto de responsabilidad civil girará en torno a obligación de indemnizar por el daño causado, debiendo asumirse las consecuencias de los daños que usualmente se convierte en estimaciones.

1.1.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

- Herrera, E. I. (2019). Justicia en el derecho privado y responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana. *REVISTA VERITAS ET SCIENTIA - UPT*, 8(1), 1051-1060.

En torno a nuestra investigación, este artículo nos permite establecer que las normas y el desarrollo legal del Perú sobre daños no patrimoniales en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual, no han adoptado las formas judiciales adecuadas. Pero también podemos asegurar cosas más preocupantes: la falta de precisión normativa y orientación evaluativa, sumada a una argumentación insuficiente para el concepto y cuantificación del daño, dejando un gran potencial de arbitrariedad a los jueces en este tipo de casos.

- Leysser, H. (2016). Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Academia de la Magistratura.

El autor nos muestra que civilmente se responde mediante una indemnización. La denominada protección "indemnizatoria" es una especie de protección que brinda el ordenamiento jurídico, de manera que cualquier persona que haya sufrido daños por las acciones del “responsable” y éste pueda realizar una indemnización específica o equivalente por el daño causado.

En el plano teórico, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad extracontractual difieren de forma muy nítida, si se tiene en cuenta el distinto interés que tutelan tales instituciones. Para nuestra investigación resulta importante, esta última, puesto que tutela el

beneficio de todo individuo de derecho en la preservación de su totalidad material y psicofísica, ante cualquier agresión externa.

- Torres-Torres, A. Y., & Ramírez-Arenas, O. A. (2018). La responsabilidad civil de las entidades de certificación en Colombia. *IUSTA*, 1(48), 43-71.

En cuanto a la culpa, el ordenamiento jurídico nacional colombiano otorga este elemento con significativa relevancia subjetiva a la hora de evaluar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación o el alcance de la compensación.

El Código Civil acoge con agrado la referencia al sistema de clasificación de faltas del contrato. El sistema define el alcance de los tres conceptos de fallas y reduce gradualmente la responsabilidad del deudor según la gravedad de la falta. Generalmente, los daños causados por no ejecutar el contrato deben tener en cuenta los beneficios que proporciona el contrato. (Torres & Ramírez, 2017).

El artículo en mención, nos servirá para establecer los criterios de la determinación de la responsabilidad civil en torno a los elementos de la misma, en el derecho comparado. La responsabilidad civil está supeditada a elementos que la condicionan: la culpa, el daño y la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño.

- Rodríguez, S., y Zapata Denis, M. (2019). La procedencia en México de la responsabilidad civil por el incumplimiento de deberes entre cónyuges. *REVISTA IUS*, 14(46).

Este artículo nos muestra que el matrimonio es obligación de ambos cónyuges deberse lealtad y la asistencia mutua. Como se señala en este informe de investigación, en México, a través de la doctrina sobre este tema, la normativa vigente y los estándares jurisdiccionales vigentes pueden efectivamente cumplir con la indemnización derivada del incumplimiento de estas obligaciones.

Sin embargo, ante el tribunal no se exige dicha reparación porque se adhirió a la creencia tradicional de que el incumplimiento de la compensación solo daría lugar a sanciones, como la disolución del vínculo. Por tanto, más allá del campo de la moral y la religión, se desconoce la posibilidad legal de reclamar una indemnización bajo las reglas generales de responsabilidad civil. En este estudio, el objetivo es sentar las bases para comprender las causas de los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones mencionadas.

1.1.3. Virus de la Inmunodeficiencia Humana

- Mora et al., (2017). Prevención de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) en Colombia: brechas y realidades. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 16(33),19-34.

Este artículo analiza la prevención de la infección por el VIH en Colombia desde la década de los 80 hasta la actualidad, porque esta es una de las principales medidas para controlar la infección por el VIH. Introduce los antecedentes epidemiológicos del mundo y de Colombia, el desarrollo de la prevención de infecciones, y finaliza con una reflexión sobre las brechas en las características de la prevención de la infección por VIH en nuestro entorno y la realidad. Como aporte a nuestra investigación, nos ayuda a entender que la prevención del VIH debe ser

promovida en políticas públicas que promuevan el desarrollo humano, social y económico, sin olvidar que la población en general está en riesgo de contraer este virus.

- Neira, L. C. S. M., y Torres, J. L. (2021). El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena. *Revista De Derecho Privado*, (40), 329-359.

El artículo muestra que los jueces tienen dos estrategias para desarrollar este tipo de razonamiento probatorio: primero, probar la causalidad a través de la prueba de negligencia; segundo, probar la causalidad a través de la prueba de negligencia. En segundo lugar, cuando sea imposible lograr esta conexión funcional entre culpa y causalidad, acudir a otros estándares legales, incluida la generalidad (presunción, crítica razonable y estándares de prueba) y la especificidad (pérdida de oportunidad y daño probatorio).

El razonamiento probatorio para establecer la causalidad en los litigios de responsabilidad civil se basa en múltiples distinciones. El primero señala la función de la causalidad como base y limitación de la responsabilidad. Otras distinciones relevantes son las que distinguen entre la dimensión material y la conexión legal de causalidad, y la distinción entre conexiones causales generales y conexiones causales específicas. El análisis adecuado de estas diferentes categorías nos permite comprender el razonamiento judicial detrás de la sentencia.

En este contexto, este trabajo nos ayudará a demostrar que en la práctica judicial extranjera la causalidad se suele acreditar a partir de la prueba de la negligencia del demandado. Esta situación es consistente con la conexión funcional entre relaciones internas y causales, se puede decir que esta conexión se remonta al origen histórico del concepto de culpa y es consistente con el análisis económico del derecho y los supuestos modernos del derecho probatorio.

- Flores, E. (2019). El daño moral como parte de la responsabilidad civil en el Derecho Internacional Comparado. *Biolex*.

Este trabajo involucra un tema particularmente árido, a saber, práctico y doctrinal. Se deriva de las razones especificadas por el legislador para determinar "razonable y justamente" el "quantum numerarium" cantidad que debe compensar la afectación sentimental e incluso, la vida. Nos muestra el encomiable trabajo realizado por los jueces en la determinación de la indemnización por daños morales, indescifrables.

Esta investigación nos ayudará a basarnos en el método del derecho comparado y a adentrarnos en diferentes teorías internacionales que se utilizan para determinar el daño moral, además de estudiar diferentes instrumentos legales mexicanos y extranjeros en la materia de estudio, así como diversas decisiones judiciales.

- Papayannis, D., (2018). El valor intrínseco de la responsabilidad civil. *AFD*, 119-148.

Este artículo da una opinión sobre cuál es el valor y cree que al final esto no es suficiente para justificar plenamente la responsabilidad civil. El autor responde a esta pregunta: ¿Existe alguna razón para preferir que la gestión de los daños que nos causamos unos a otros sea mediante un sistema de responsabilidad civil en lugar de un fondo social de compensación? La razón del fondo de compensación social es obvia, porque trata de satisfacer las necesidades de las víctimas rápidamente. Por el contrario, la justificación de la responsabilidad civil ha provocado una polémica generalizada. Si queremos demostrar que la responsabilidad civil es

razonable, entonces parece que debemos encontrar un valor que no se puede realizar perfectamente con un mecanismo alternativo. Ese será su valor intrínseco.

- Leysser, H. (2020). *El daño al proyecto de vida colisiona con la Constitución. Repaso sobre (y “repase” de la jurisprudencia peruana contra) un concepto no resarcible*. Gaceta Civil & Procesal Civil.

Esta investigación nos va a servir para poder entender los criterios que toman en cuenta nuestros jueces para la determinación del daño al proyecto de vida, pues el autor del artículo hace referencia a la legalidad e imparcialidad en las decisiones judiciales y reafirma su postura en torno al daño contra el proyecto de vida, para lo cual sostiene que el daño al proyecto de vida no puede ser cubierto mediante contratos de seguro, ha insistido e insiste en que el reconocimiento de daños al proyecto de vida fomenta un trato discriminatorio; según los clásicos franceses en nuestra experiencia, aunque las pérdidas materiales fácilmente pueden ser valoradas económicamente directamente, las pérdidas morales no lo son.

Como lo evidencia la jurisprudencia de la CIDH, la equidad es un criterio que debe utilizarse para delinear la estimación del impacto del daño moral. Finalmente, nos dice que no se puede determinar el daño al proyecto de vida con certeza. Además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana muestra claramente que la protección integral de las personas no se logra ampliando el alcance de los daños resarcibles, sino a través de un concepto amplio de los morales o inmateriales.

1.1.4. Organización de las Naciones Unidas

- ONUSIDA. (2020). *Hoja informativa. Estadísticas mundiales sobre el VIH*.

La población clave y sus parejas sexuales representan el 62% de las nuevas infecciones por el VIH. El documento muestra el índice de contagios vía sexual a nivel mundial hasta el año 2020, siendo información clave para el desarrollo de nuestra investigación.

- ONUSIDA. (2021). *Monitoreo Global del SIDA. Indicadores para el seguimiento de Declaración Política de las Naciones Unidas para poner fin al SIDA de 2016*.

El documento en cuestión describe las directrices y los pasos para recopilar, analizar, compartir y comunicar los datos sobre el VIH/SIDA al año 2021, con mayor detalle.

La puntualidad y calidad de los informes son fundamentales para garantizar una verificación rápida y eficaz, por lo que se deben considerar en su totalidad los datos de cada país. Esta es una oportunidad para influir en la agenda del sida para la próxima década para poner fin a la amenaza del sida para la salud pública para 2030: esta información más reciente y datos importantes de la respuesta al sida se utilizarán como nuevos compromisos para 2025 y 2030.

- González, Y. y Pérez, I. (2019). *Diagnóstico sobre incidencia de legislaciones y políticas en el acceso de adolescentes y jóvenes a servicios de salud sexual y reproductiva en Cuba*. Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Este estudio nos muestra que en la propagación del VIH, el derecho penal no se aplica adecuadamente en el derecho comparado, lo que puede aumentar el estigma y el riesgo de discriminación de las personas que tienen la enfermedad o viven con el VIH, y que nos les

permite acceder a los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo pertinentes evaluados por el Programa de las Naciones Unidas sobre el VIH / SIDA (ONUSIDA): Informe de política de 2008: Penalización de la transmisión del VIH.

Por lo tanto, el derecho penal no menciona leyes especiales, pero se le otorga tutela penológica, para protegerlo de actos en general que pongan en peligro la vida e integridad humana. En cuanto al derecho a la intimidad de respetar la salud personal, la ley cubana no establece la obligación de revelar el estado serológico VIH positivo de una persona a sus parejas sexuales u otras personas.

2. Bases teóricas

2.1. Responsabilidad civil

Este término surge del latín responderé, que significa “estar obligado”. En razón de la responsabilidad, un sujeto queda obligado a resarcir a la víctima los daños que ha sufrido. La responsabilidad civil es abordada desde dos puntos de vista: a) Fuente de las obligaciones, sea como deuda y crédito; b) Acto ilícito.

2.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

2.2.1. Responsabilidad civil contractual

En forma general, podemos describir la responsabilidad contractual como la que surge del incumplimiento de las obligaciones contractuales en su totalidad, en parte o tardías. Se asume que una obligación preexistente específica está formada por la convención de las partes, y es violada por una de ellas, por lo que la falta contractual es el resultado de la obligación.

Evidentemente, la responsabilidad contractual proviene de obligaciones preestablecidas, que son el resultado de obligaciones preexistentes, que se manifiestan cuando se incumple el contrato.

2.2.2. Responsabilidad civil extracontractual

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la definición es muy complicada porque se trata de un concepto puramente jurídico y debe contener elementos básicos que permitan distinguir a otras personas, y estos elementos le son similares en muchos casos.

Se encuentra la responsabilidad civil ajena al contrato (responsabilidad aquiliana o en algunos casos la propia responsabilidad civil). Es la obligación de asumir las consecuencias económicas o emocionales de los hechos perjudiciales. El daño se produce sin que exista contrato o relación jurídica entre las partes. Para que una persona sea responsable extracontractualmente deben confluir cuatro elementos: 1) La acción u omisión; 2) el dolo o culpa; 3) nexo causal; 4) certeza del daño. Si falta uno de estos elementos no existiría responsabilidad.

2.2.3. Tesis dualista

La base fundamental de esta teoría es el concepto de dualidad de culpas, es decir, para sus defensores, existen culpas contractuales y culpas extracontractuales, que son completamente diferentes. La culpa contractual nos va a indicar que hay obligaciones existentes formadas por las convenciones de las partes, y una de las partes violó esta obligación; la culpa extracontractual es independiente de las obligaciones existentes, incluyendo no incumplir obligaciones específicas, pero incumplir la obligación general de no dañar a otros.

Por tanto, la culpa contractual es sólo el resultado de la obligación, mientras que la culpa no contractual es fuente de nuevas obligaciones, es decir, desde el punto de vista del daño, a veces se producen conductas dañinas, como consecuencia de obligaciones anteriores, y en otras ocasiones, los comportamientos lesiones constituyen la fuente de nuevas obligaciones.

Los hermanos Mazeaud y Tunc expresaron las ideas radicales de esta posición doctrinal. Cuando se refirieron al clásico francés Sainctelette, afirmaron: “Hay algunos que incluso llegan a sostener que la expresión responsabilidad debe ser reservada para la esfera de los delitos y cuasidelitos; y que el término garantía debe ser el único empleado en materia contractual”.

2.2.4. Tesis monista

También conocida como la teoría unificada, cree que no existe una diferencia esencial entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, y no hay dos tipos de culpa. Contrariamente al dualismo, la teoría unificada defiende que la unificación de la responsabilidad civil parte de la unificación de la culpa y la define como violación de una obligación existente, ya sea una obligación tradicional o una obligación legal.

En esta investigación, se realiza un análisis más amplio de este tema al explicar que al revisar los elementos constitutivos de la responsabilidad, se debe tener en cuenta que las soluciones son las mismas en el ámbito penal y contractual. En ambos casos, todos deben cumplir con tres requisitos para responsabilidad existente: daño, culpa y la relación causal entre culpa y daño.

2.2.5. Tesis de la unicidad

Está en la posición intermedia entre dualismo y monismo, asume que la responsabilidad civil es un concepto unificado, pero es un sistema de doble responsabilidad. Los defensores de esta teoría afirman su posición sobre dos bases diferentes. Dentro de la unicidad, también hay dos corrientes de pensamiento diferentes.

Llambías, doctrinario argentino encontró la base de la unicidad de la responsabilidad civil en la unidad de culpa, porque la culpa es un concepto claro, es decir, el derecho la utiliza a través de dos sistemas de responsabilidad distintos para tratar de manera diferente, lo cual depende de si la culpa se considera en la inejecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos, por lo tanto es un sistema de culpa única y doble régimen responsabilidad culposa.

2.2.6. Tesis de la unificación

La unificación del sistema de responsabilidad civil se basa en el argumento de la unicidad, pero se debe enfatizar que las diferencias entre los sistemas son solo auxiliares, y lo importante

es la existencia de la unicidad genérica, porque estamos ante la violación de una obligación preexistente: Si es una obligación extracontractual, la obligación preexistente es legal; si estamos en el ámbito contractual, la obligación preexistente será una obligación convencional.

3. VIH/SIDA

3.1. Salud

El concepto de salud, de acuerdo al sentido que le da la Organización Mundial de la Salud, comprende de forma total el bienestar físico, mental y social. En su Constitución señala que: “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano” (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946).

3.2. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

Según la ONUSIDA en su “Hoja informativa - Últimas estadísticas sobre el estado de la epidemia de sida”: El 62 % de las nuevas infecciones por VIH a nivel mundial se dan por el contagio de sus parejas sexuales. En todo el mundo, la transmisión sexual del VIH/Sida ha provocado importantes controversias jurídicas en la doctrina científica.

No debemos ignorar el hecho de que el VIH/Sida es una más de las enfermedades de transmisión sexual (como el VHC, virus de la hepatitis). Sin embargo, por un lado, lo que hace distintiva esta enfermedad de las otras, desde la perspectiva jurídica es, que no existe actualmente cura para la misma y que el tratamiento que se ha encontrado es muy efectivo para reducir el desarrollo de la enfermedad, pero este tiene un efecto secundario importante, por otro lado, su sufrimiento significa una grave discriminación y estigma social.

El tratamiento jurídico de esta cuestión ha sido muy diverso en los distintos países del mundo, con consecuencias muy negativas para las personas infectadas, dado que en algunos países se ha llegado a sanciones, especialmente por vía penal, las simples conductas de riesgo de transmisión, la no divulgación del estatus de seropositividad, o la mera exposición al virus. (Alventosa, 2014, p. 235)

La infección por VIH/ SIDA ha causado una variedad de cuestiones, lo que ha llevado a la intervención del derecho, tratando de resolver los conflictos legales causados por la existencia de la epidemia. Si bien es necesario señalar que no importa qué medidas legales se tomen, no se pueden resolver todos los problemas de carácter humano o social que la enfermedad ha causado o puede ocasionar; sin embargo, su tratamiento jurídico es muy importante para la realización de fenómenos sociales adecuados.

De manera singular, uno de los conflictos que ha provocado polémica jurídica y especialmente controversias sociales, es el tratamiento legal de la transmisión sexual del VIH/Sida y la responsabilidad emanada de la misma. El VIH/Sida y sus responsabilidades se han destacado en Perú y en el mundo en los últimos años, principalmente en las décadas del presente siglo, a través de diversas sentencias judiciales al respecto.

3.2.1. Jurisprudencia nacional

3.2.1.1. Juzgado Penal Colegiado, Arequipa

El Juzgado Penal Colegiado de Arequipa dictó sentencia con el argumento de que el agresor no solo agredió sexualmente a la víctima de 12 años, sino que también transmitió el VIH. La declaración del menor y la evaluación médica realizada confirmaron la lesión provocada por la violación por parte del taxista.

El fiscal Luis Vera Oviedo manifestó en el juzgado que Mamani Huatoco agredió al menor durante casi un año, hasta que la víctima decidió denunciar los hechos en el año 2018, al estar afectado por dicha enfermedad.

El taxista Carlos Alberto Mamani Huacoto fue condenado este viernes a 31 años y 8 meses de cárcel. El Poder Judicial lo halló culpable de ultrajar a un adolescente. De esta manera se resuelve una de las más de nueve denuncias que registra por violación sexual solo en Arequipa. (Segura, 2021)

El Ministerio Público propuso cadena perpetua, pero el tribunal no pudo imponer dicha pena porque no probó que el acusado tuviera la enfermedad en el momento del abuso. De igual forma, el juez ordenó la indemnización de 75.000 soles para la víctima por causar grave daño moral al menor.

3.2.2. Jurisprudencia extranjera

3.2.2.1. Juzgado de Violencia de la Mujer, España

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 8 de Madrid, inició proceso por supuesto delito de lesiones agravadas, maltrato de obra en el ámbito de violencia sobre la mujer y tenencia de arma prohibida, contra Luciano, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimosexta. Incoado el Sumario 1763/2017, con fecha 16 de abril de 2018 dictó sentencia N° 286/2018 en la que se contienen los siguientes. (Tribunal Supremo, 2020)

Según el fallo, la pareja comenzó su relación en el año 2012. Un año después, le diagnosticaron VIH a la mujer. En 2014, la pareja tuvo una discusión muy fuerte en su residencia de Madrid, y la mujer presentó una denuncia por agresión. Sin embargo, aunque ya sabía que era portadora, en el texto que entregó a las autoridades no mencionó el contagio de la enfermedad. Tres meses después del incidente, decidió denunciar la propagación de la enfermedad por parte de su pareja. El caso fue remitido al Juzgado de Violencia contra la Mujer y posteriormente trasladado a la Audiencia Provincial de Madrid. Ambos órganos determinaron que el acusado debía ser absuelto.

Ahora bien, el Supremo rechazó el recurso de apelación de la mujer alegando que su testimonio “no concuerda con el resto de las pruebas que se han realizado”. En este sentido, consideraron las declaraciones de varios testigos; uno de ellos manifestó que en el barrio todos conocían de la condición del esposo, por lo que se presume que “ella debió saberlo”. (Cortés, 2020)

3.2.2.2. Sala Penal del Tribunal Supremo, España

La Sala Penal del Tribunal Supremo Español confirmó la sentencia de nueve años de prisión para un hombre que ocultó su enfermedad y contrajo la enfermedad a su pareja. De esta forma, el Tribunal Superior no aceptó el recurso de apelación del imputado contra el veredicto original, a pesar de que el Tribunal Supremo señaló en su sentencia del 4 de diciembre de 2014 que la conclusión de la Audiencia Provincial estaba "plenamente motivada".

La Audiencia Provincial condenó al hombre a nueve años de prisión por ocultar que era portador del virus de SIDA a su pareja sentimental, y lo calificó como autor del delito de lesiones. Además le prohibió comunicarse o acercarse a la víctima a menos de 200 metros en un plazo de diez años; e indemnizar a la mujer con 70.000 euros por daños y perjuicios.

4. Materiales y métodos

Este proyecto de investigación pertenece al tipo de investigación documental, teórica o bibliográfica, porque considera el análisis del objeto de investigación a partir de la base teórica y conceptual, que estudia el contenido de la fuente bibliográfica, ya sea física o virtual, libros, revistas académicas y/o científicas y otro tipo de revistas, artículos y otros materiales escritos. Según, Arias (2012):

La investigación documental es un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos. (p. 27)

Según el autor, en este tipo de investigaciones, los datos de las fuentes bibliográficas no solo se registran literalmente, sino que también se reflejan e interpretan en base a ellos a través de un método crítico, generando así nuevos conocimientos.

Por su parte, Bernal, (2015) afirma que la investigación documental, “consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto al tema objeto de estudio” (p. 111).

Por tanto, esta investigación utilizará recursos tales como libros, artículos científicos y revistas para ser objetos de investigación.

El método de análisis intenta descomponer el objeto de investigación en sus elementos o dimensiones constituyentes, por lo que considerará analizar la información obtenida de diversas fuentes, tratando de determinar la relación y diferencia entre unas y otras teorías. Por ello, presentamos propuestas teóricas argumentadas. Al respecto Campos, (2009) afirma que:

Las investigaciones de carácter bibliográfico-documental, son en concreto, el análisis y recopilación de datos para una investigación bibliográfica analítica. Por lo tanto, es necesario incluir una metodología procedimental lógica utilizada para lograr cumplir los objetivos.

Es así que, el presente trabajo llevará a seguir los métodos analíticos y pondrá a prueba las recomendaciones teóricas de acuerdo con los objetivos perseguidos por esta investigación.

La presente investigación usa el análisis documental, teniendo en cuenta los diferentes documentos, al respecto Bernal (2010) afirma que el análisis documental “es una técnica basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar el material impreso” (p. 194).

Esto quiere decir que el análisis realizado se realiza sobre documentos que contienen información válida y estos argumentos prueban afirmaciones que apoyan los objetivos de la investigación. Esto significa que el análisis realizado es sobre documentos que contienen información válida para argumentar las declaraciones que apoyan los objetivos de la investigación. Por lo tanto, se debe considerar que el análisis de documentos es un trabajo, a través del cual podemos extraer algunos conceptos del documento mediante procesos intelectuales.

Tal como se describe, lo que señala esta afirmación es atender a los elementos que permitieron el desarrollo de la presente investigación, que comprende la acción del proceso de lectura, síntesis y representación de los documentos que hacen referencia a la Responsabilidad Civil, teniendo en cuenta una selección de las ideas más relevantes de los diferentes documentos tales como, libros, tesis, artículos científicos, entre otros, extrayendo las ideas necesarias para la base teórica de lo propuesto en esta investigación.

5. Resultados y discusión

En la siguiente investigación se pretende:

5.1. Analizar la institución jurídica de la responsabilidad civil y los daños frente a la transmisión sexual del VIH/SIDA

Para el desarrollo de este apartado, en primer lugar, es necesario referimos a la institución jurídica de la responsabilidad civil para posteriormente determinar el daño derivado de la transmisión sexual del virus de la inmunodeficiencia humana.

5.1.1. Sobre la responsabilidad civil

En particular, el estudio de la responsabilidad civil debe considerar su evolución y centrarse en su concepto moderno, que enfatiza el daño y su necesidad de indemnización, más que el concepto subjetivo de autor del daño. Como todos sabemos, a juzgar por su origen romano, la responsabilidad civil no ha tenido el mismo contenido y fundamento. Todos estos conceptos confieren a la responsabilidad civil una estructura de marcado carácter individualista, y está obligada a reparar o compensar el resultado de haber calificado un hecho como algo reprobable.

De esta forma, tomar al agente del daño como centro de la responsabilidad civil es similar al propósito de sancionar la responsabilidad penal del agente; pues, se busca fundamentalmente determinar a la persona responsable del daño y precisar si se le puede o no atribuir la culpa.

Podemos decir que la responsabilidad civil puede definirse como la obligación de indemnización asumida por un sujeto jurídico mediante imputación objetivas o subjetivas, para reparar un daño causado a otra persona, por el incumplimiento de obligaciones.

Si analizamos nuestra definición, encontraremos los elementos básicos de la responsabilidad civil que venimos analizando:

- a. daño a terceros
- b. la obligación de repararlo
- c. el sujeto jurídico es la única persona capaz de asumir la obligación

- d. Daños causados por incumplimiento de obligaciones de no dañar a nadie, basándose en el principio del derecho “alterum non laedere”, que es objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual
- e. Daño causado por las acciones de individuos
- f. Los factores de atribución pueden ser de naturaleza objetiva o subjetiva.

5.1.2. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil

5.1.2.1.La imputabilidad

“Entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.” (Silva, 2018).

En el derecho comparado moderno, el concepto de culpa tiene dos nociones, una objetiva derivada de Francia y subjetivo, correspondiente a la tradición romano-germánica. En este caso, la culpa requiere que el agente tenga un cierto grado de razonamiento y un cierto estado mental, para que su comportamiento sea fácil de juzgar por la ley. En particular, la culpa significa la capacidad de controlar la propia conducta, por lo que requiere un cierto grado de madurez mental. Asimismo, “obra con culpa o falta quien causa un daño a otro sin derecho; dicha culpa o falta se traduce en no conducirse como es debido, esto es, una conducta culposa es aquella proveniente de la negligencia o falta de cuidado.” (Orozco-Felgueres, 2018)

Por tanto, en el segundo concepto, la imputabilidad (o capacidad delictiva) constituye un componente (o al menos un prerequisite) de la negligencia, y no tiene las características de un componente independiente de la responsabilidad civil.

5.1.2.2.La licitud o antijuricidad

La llamada antijuricidad se considera un problema, situado en el núcleo de la ley. Quienes trabajan en el ámbito jurídico suelen plantearse interrogantes sobre los múltiples problemas que genera la convivencia humana.

La conducta antijurídica debe entenderse como una violación de la ley, porque es contraria a la obligación legal de respetar los derechos de los demás.

En principio, la antijuricidad es lo opuesto a la ley. Sin embargo, en el sentido general de antijuricidad, este concepto solo se acepta en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues en materia de contratos, generalmente se cree que la antijuricidad es siempre excluyente, más que atípica, porque es el resultado del incumplimiento total de obligaciones, cumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso, cumplimiento tardío o moroso.

5.1.2.3.El factor de atribución

Supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto. “Este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, el cual está constituido por la culpa o el dolo con la que se obró.” (Sentencia N° 00001-2013-0-2301-SP-CI-01, 2013).

En cuanto a la culpa, se trata de una serie de supuestos que sustentan la condena personal de los actos ilícitos. Se entiende que la culpa rompe los estándares de conducta. Este concepto es

defendido por la doctrina argentina, pero para la doctrina italiana, la culpa se considera como el juicio de condena subjetiva de la conducta, sin embargo debería entenderse como la relación entre el comportamiento nocivo y aquellos comportamientos estipulados o establecidos por la ley para no dañar los intereses de los demás.

El artículo 1318° de nuestro Código Civil expresa la forma de fraude, que establece: “Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación”. En otras palabras, encontramos que, en el caso de incumplimiento de obligaciones, se presenta como factor, el dolo, debido al incumplimiento de una obligación. El autor del daño debe responder solo si existen razones especiales, y esta razón está constituida por el comportamiento ilícito de su acto.

En responsabilidad civil, el concepto de infracción se relaciona con el concepto de culpa. Un acto es culpable e ilegal al mismo tiempo; si viola el deber de cuidado, el deber se determinará de acuerdo a la conducta del modelo abstracto de la persona en esta situación. La determinación concreta del deber de diligencia es tarea de los legisladores entendida en un sentido amplio.

Finalmente, la diferencia entre estos dos factores de atribución es obvia, y señala principalmente los siguientes hechos: En el sistema subjetivo, el autor del acto antijurídico que causó el daño solo debe actuar cuando ha actuado con culpa (es decir, intencional o negligente), y en el sistema de riesgo objetivo debe probar que el acto que causó el daño es peligroso o riesgoso, sin necesidad de demostrar su culpabilidad.

5.1.2.4.El nexo causal

Se concibe como el vínculo entre el incidente de la lesión y el daño causado. En el ámbito jurídico, el nexos de causalidad se considera el elemento básico de la responsabilidad civil. Por tanto, si no existe una mediación entre los hechos refutables y el daño, éste no es punible, por lo que el autor de ese comportamiento no indemnizará el perjuicio. El hecho debe ser el antecedente del daño, y el daño, el resultado o consecuencia del hecho. Debemos precisar que la causalidad es la esencia de la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual.

La relación de causalidad entre hecho y daño es necesaria e indispensable, es otro requisito ineludible para establecer o declarar la responsabilidad civil. Cuando el resultado es el lógico de una sola causa, es fácil para el juez determinar la causa del daño. Sin embargo, en otros casos, estarán involucradas varias razones o condiciones, y estas pueden ser ciertas o pueden incidir en el daño, y su significado es la existencia de diversos hechos o circunstancias que afectan el resultado o daño final.

5.1.2.5.El daño

Se puede decir que el daño es el centro de gravedad y el primer elemento de la responsabilidad civil, no existe ésta si no hay daño. En el derecho civil, "daño" se refiere al perjuicio o menoscabo que sufre una persona debido a las acciones u omisiones de otros, y afecta sus derechos, intereses o bienes.

5.1.3. El daño derivado de la transmisión del SIDA

En la configuración de responsabilidad civil por la transmisión del VIH confluyen dos aspectos. Por un lado, el derecho a la salud, que históricamente ha sido considerado vulnerable, ha adquirido una nueva dimensión en su prevención, relacionada con la calidad de vida y el derecho a la dignidad, y de esta manera implica a los derechos humanos. Por otro lado, aunque está relacionado de forma intrínseca, se determina que, en el nuevo campo de la reparabilidad del daño ocasionado, el *non alterum laedere* es un criterio básico de antijuricidad, “de la que se infiere que la perspectiva resarcitoria es cierta en los daños a la salud por enfermedades transmitidas que por su entidad lo justifiquen.” (Osterling & Castillo, 2003)

En este sentido, cabe mencionar el fundamento cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del año 2004, pues establece que se considera por grave enfermedad “la que real o potencialmente cause un menoscabo de la salud de suma importancia, pues así lo exige el tratamiento punitivo que equipara ese concepto a las mutilaciones de miembros principales o a la pérdida de sentidos corporales.” (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5º, 2 de enero de 2004)

Es importante saber que la supervivencia de las personas con este virus, depende de los medicamentos utilizados en la etapa de desarrollo de la enfermedad, los mismo que no siempre son bien tolerados y tienen efectos secundarios graves; restricciones serias, prestar especial atención a la práctica de ejercicios peligrosos, medidas preventivas especiales en relaciones sexuales, restricciones o técnicas especiales, como el lavado de esperma y la selección de espermatozoides sanos en el caso de desear tener hijos.

5.1.2.1 Derecho a la salud

Al hablar del derecho a la salud, cabe señalar que su reconocimiento como derecho humano básico se refleja en diversos documentos de derecho internacional, entre los que se puede citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. (United Nations, 1948)

Asimismo, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula que:

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948)

También cabe destacar lo emitido por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que confirma que disfrutar del más alto nivel posible de salud es uno de los derechos básicos de todas las personas, independientemente de su raza, religión, creencias políticas o condiciones económicas o sociales. Por tanto, es cierto que es legalmente coherente reconocer que la asistencia sanitaria es una condición básica y necesaria para alcanzar la madurez global, que permita a las personas hacer valer sus derechos y defender sus necesidades.

Evidentemente, el derecho a la salud no es solo una idea restrictiva, de hecho, el término "atención de la salud" se expresa mejor porque así se materializan sus connotaciones positivas (que involucran reclamos frente a terceros). El hecho es que no se puede ni se debe negar a la salud como un bien social importante, porque su impacto en la realización exitosa de un plan de vida es mucho más relevante.

Desde esta perspectiva, el derecho a la salud es considerado como un derecho que no solo pertenece al individuo sino también a la sociedad. El derecho a la salud es considerado como un conjunto de medidas que el Estado debe tomar a efectos de la prevención y el tratamiento de las enfermedades.

Por tanto, el derecho a la salud estipula que el Estado está obligado a evitar cualquier comportamiento que pueda poner en peligro la salud de las personas o comunidades, y al mismo tiempo requiere acciones positivas. Esta preocupación se refleja en casi todas las constituciones. El artículo 7° de nuestra Carta Magna establece lo siguiente:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Constitución Política del Perú (1993).

Ahora bien, el virus del VIH puede infectar y destruir las células de defensa del sistema inmunológico llamadas linfocitos CD4. El recuento normal de linfocitos CD4 en la sangre está entre 500 y 1600 células. A medida que avanza la infección, la cantidad de linfocitos CD4 disminuye y aumenta el riesgo de infección y tumores. La terapia antirretroviral puede retardar la reproducción del VIH y prevenir la destrucción de las células de defensa.

El virus de la inmunodeficiencia humana –VIH– es un retrovirus que afecta al sistema de defensas del cuerpo, específicamente a los linfocitos CD4, invadiéndolos, multiplicándose en ellos y produciéndoles alteraciones que pueden llegar a destruirlos; el aparato inmune finalmente, se debilita tanto que las defensas de la persona contra infecciones y algunas formas de neoplasias no funcionan. (Sanabria, 2008, p.111)

Mientras que el SIDA es un grupo de manifestaciones clínicas que aparecen en la etapa tardía de la infección por VIH. Estas manifestaciones (adelgazamiento, diarrea, fiebre, infecciones, etc.) se deben a la reproducción descontrolada del virus y a la destrucción de las células del sistema inmune. Es la manifestación final de la enfermedad, que se caracteriza por la presencia de infecciones o determinados tumores. Es fundamentalmente una enfermedad que se transmite por vía sexual. "Las personas que han contraído el virus padecen lo que se denomina una infección por el VIH. Las formas más frecuentes de transmisión del VIH son las relaciones sexuales sin protección con una persona ya infectada por el virus." (ONUSIDA, 2001, p.10).

Evidentemente, la propagación del SIDA y otras enfermedades significa un daño directo al derecho a la salud. No obstante, en concreto, si se ha establecido la responsabilidad civil por la propagación o contagio de un virus o enfermedad, la indemnización exigible por daños incluye en principio la categoría clásica, así como algunas categorías más específicas. Luego, pasando a la categoría tradicional, la enfermedad puede ocasionar tres tipos de daños: Daño patrimonial, que significa sufrir consecuencias económicas adversas, divididas básicamente en dos categorías: lucro cesante y el daño emergente; daño moral y daño corporal.

5.1.2.2. Transmisión sexual

Una de las formas de transmisión más comunes de esta enfermedad es sin duda la transmisión sexual. En términos generales, el virus se transmite durante cualquier proceso de penetración sexual que implique el contacto entre los espermatozoides o las secreciones vaginales y las membranas mucosas (vaginales, rectales u orales). Si no se toman medidas preventivas y / o de protección, un contacto con un compañero portador del virus puede ser suficiente.

La transmisión ocurre a través de las relaciones sexuales con una persona infectada por el VIH sin usar preservativo. Una vez que una persona se infecta con el VIH, incluso si no tiene ningún síntoma, si hay un virus activo en su sangre o líquido genital, puede transmitirlo a otras personas. Una sola relación es suficiente para propagar el virus.

5.1.2.2.1. La declaración del estado serológico respecto al VIH a la pareja sexual (estable o esporádica)

Este es uno de los temas más controvertidos en el campo de la investigación sobre el VIH y los derechos humanos, porque incide en la criminalización de determinadas conductas, sobre todo en no revelar el estado serológico a terceros que tienen relaciones sexuales con personas seropositivas.

En países europeos, las personas portadoras de VIH serán imputadas de responsabilidad si causan daño a otras personas en forma de transmisión de enfermedades de forma dolosa o imprudente. Este es un delito consecuente, por lo que las denuncias solo se pueden presentar si se demuestra que se ha producido la seroconversión, pero no debemos olvidar que los procesos penales de personas infectadas por el VIH se llevan a cabo en muchos países, no solo en circunstancias de seroconversión, sino también en situaciones en las que no se ha alcanzado este resultado pero han surgido riesgos, es decir, es posible denunciar a las personas infectadas por el VIH que no han comunicado su estado serológico a sus parejas sexuales, ya sea estables o esporádicas. Por tanto, las personas que viven con el VIH están siendo investigadas, procesadas, condenadas y encarceladas en caso de contacto no intencional y transmisión del VIH.

Algunos gobiernos creen que criminalizar la transmisión del VIH es una herramienta útil no solo para castigar la transmisión del VIH en sí (intencional o no), sino también para mejorar la prevención del VIH. Con base en los datos disponibles, no se puede decir que esta política haya mejorado la prevención, reducido la tasa de transmisión o aumentado la conciencia pública. De hecho, puede suceder lo contrario porque la criminalización de la transmisión del VIH impide que las personas se sometan a pruebas de detección: si se desconoce la tasa de seroprevalencia del VIH, es posible que no cumpla con los elementos definitorios o la sentencia de un delito.

5.2. Jurisprudencia nacional y extranjera sobre responsabilidad civil por transmisión sexual de VIH/SIDA

5.2.1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 690/2019 del 11 de marzo, 2020, Rec. 1807/2018

TABLA N° 1				
Sentencia del Tribunal Supremo Español 690/2019, de 11 de marzo de 2020				
DATOS GENERALES				
N° de expediente	Fecha	Delito	Juzgado	
1807/2018	11 de marzo de 2020	Lesiones agravadas	Tribunal Supremo Español	
Vínculo de familiaridad	Ex convivientes	Artículo 149.1 del Código Penal	Procedencia	
Nombre de la agraviada	Clemencia	Agravante de parentesco	Audiencia Provincial de Madrid N° 26	
Nombre del agraviado	Luciano		Recurso casación	
Hechos materia de acusación				
El 15 de julio de 2004, el imputado fue diagnosticado por infección de VIH	En el año 2012, Clemencia y Luciano inician una relación sentimental, conviviendo un año y medio en la ciudad de Madrid, hasta el mes de setiembre de 2014.	En setiembre del 2013, se diagnosticó a la agraviada como portadora de VIH.	El día 21 de junio del 2014, siendo las 20:00 horas aprox., en el domicilio de Madrid, el acusado y la agraviada mantuvieron una discusión, lo que denuncia para los fines pertinentes.	
Medios probatorios				
Declaración de la denunciante	Declaración del procesado	Testimonio de Vicenta, hermana del procesado	Testimonio de Adelaida, amiga de la pareja	Informe médico forense

*Fuente: Tribunal Supremo Español
Creación: Propia del autor*

La denunciante afirma que Luciano nunca ha admitió ser portador del VIH, y si hubiera conocido esta situación, no hubiera tenido relaciones sexuales “sin protección” con él. También confirmó que el 21 de junio de 2014 fue agredida por Luciano durante una discusión en su casa. Sin embargo, su testimonio es incompatible con otras pruebas que se han realizado.

Este listado de hechos declarados y probados se extrae de la prueba durante el juicio, principalmente de las declaraciones del demandante y del imputado, así como otros elementos probatorios que el Tribunal consideró a fin de verificar si sus respectivas declaraciones son correctas o no. Su testimonio es incompatible con otras pruebas que se han realizado. Por ello, aunque la denunciante negó categóricamente saber que su pareja era seropositiva, admitió en el

Tribunal que en la comunidad donde vivían y crecieron (Pozo de Tío Raimundo, Entrevías), las personas comentaban que era seropositivo, pero que el imputado siempre lo negó.

Cabe señalar que el día 21 de junio, Adelaida, quien vive en el barrio de la pareja, testificó que "si sabíamos todo el barrio que Luciano era portador del virus, no sé porque ella no lo hubiera sabido".

También como ilustración, debemos destacar que en el informe forense ofrecido como medio probatorio, el imputado fue examinado en el Hospital Infanta Leonor el día 28 de mayo de 2013, y del informe debemos destacar la mención de "relación sexual de riesgo..., desde hace tres meses lesiones en pene, pruriginosas. Empeora cuando tiene relaciones..."; evidencia externa de una enfermedad de transmisión sexual, de la que Clemencia pudo haberse percatado, puesto que unos meses después, en septiembre de 2013, se le diagnosticó la enfermedad infecciosa.

Finalmente, el tribunal enfatizó que cuando se denuncia el hecho presuntamente ocurrido el 21 de junio (agresión física), no mencionó el contagio de la enfermedad, y es tres meses después que denunció dicha transmisión.

5.2.2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 528/2011 del 6 de junio, 2011

TABLA N° 1				
Sentencia del Tribunal Supremo Español 528/2011, de 06 de junio de 2011				
DATOS GENERALES				
N° de expediente	Fecha	Delito	Juzgado	
1938/2010	25 de mayo de 2011	Lesiones agravadas	Tribunal Supremo Español	
Vínculo de familiaridad	Convivientes	Artículo 149.1 del Código Penal	Procedencia	
Nombre de la agraviada	Eva María Sánchez Rodríguez	Agravante de parentesco	Audiencia Provincial de Madrid N° 1	
Nombre del agraviado	Rodrigo Muñoz López		Recurso casación	
Hechos materia de acusación				
En el año 1994, el imputado fue diagnosticado por infección de VIH	En el año 1996, la agraviada y el imputado inician una relación sentimental.	Eva María quedó embarazada, producto de la relación con el imputado.	En el mes de agosto de 1997, la niña es ingresada en el Hospital Gregorio Marañón, donde se le diagnosticó SIDA.	Se realizó un estudio médico familiar. El día 17 de setiembre de 1997, Eva fue diagnosticada con VIH
Medios probatorios				
Declaración de la denunciante			Declaración del procesado	

*Fuente: Tribunal Supremo Español
Creación: Propia del autor*

En España, la respuesta a la pregunta de si existe la obligación de declarar el estado serológico para evitar posibles cargos penales debe partir del análisis de esta sentencia, la misma que estipula que si una persona infectada por el VIH utiliza medios suficientes (como el uso de un preservativo) para no transmitir la enfermedad, tener relaciones sexuales sin informar a una pareja estable del estado serológico del VIH no constituye un delito. Esto se debe a que nadie está obligado a decirle a un tercero si está infectado por el VIH, incluso si el tercero es su pareja estable.

Por supuesto, esta sentencia requiere que las personas infectadas por el VIH, en primer lugar, tomen todos los medios adecuados, MUPT (Medidas universales para prevenir la transmisión), y en segundo lugar, si se produce una situación de riesgo, se debe declarar un estado serológico para que las medidas preventivas secundarias.

En la mencionada sentencia se dice textualmente:

Es preciso comenzar sentando que el hecho de que no comunicase la grave y contagiosa enfermedad que padecía a su pareja, por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación desde un punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta, que exclusivamente habrá de consistir en el hecho de haber realizado los actos que causalmente provocaron el contagio, con intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado. Al respecto, tan sólo puede afirmarse “obiter dicta” que, caso de haber comunicado tal circunstancia y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo tales relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de la responsabilidad para Rodrigo. Pero no siendo así, la referida ausencia de comunicación no puede considerarse por sí misma, según parece en algún momento entender la recurrente, como causa eficiente del gravísimo resultado acontecido. (Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, Sentencia 528/2011)

Si no se comunica el estado de salud, impidiendo el consentimiento de la pareja sexual y generando riesgo de transmisión, constituirá un tipo de delito, que podrá pertenecer al artículo 147 Código Penal Español si se incurriera en dolo eventual o el del artículo 152 del mismo cuerpo normativo, si solo se aprecia la existencia de una imprudencia grave.

En el primer sentido (reconocimiento de la existencia del dolo eventual), la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el día 2 de enero de 2004, en la que afirmó: “la conducta de la penada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por haber sido informada, y casi con absoluta y total certeza, por haber sido ella misma contagiada por vía sexual”.

Por otro lado, en el caso del contacto sexual único, la posibilidad de contagio es muy baja, pero según lo informado por el médico, esta posibilidad aumenta con el número de contactos sexuales. Esta conclusión no requiere conocimientos científicos especiales, porque es sentido común típico.

La relación sin precaución duró más de un año, es decir, tuvieron relaciones sexuales decenas de veces, sin informar del estado de sepositividad a su pareja y sin exigir el uso del preservativo. Mantener la acción por un lado y guardar silencio por el otro, junto con la conciencia de que la posibilidad de infección es cada vez mayor, producirá el dolo eventual.

Esta calificación puso el acento en el hecho de que, utilizándose o no preservativos en las relaciones sexuales por parte de quien era portador del virus (VIH), contagió a su pareja por no utilizarlos con la eficacia debida, sin olvidar un elemento que debe considerarse esencial a los

efectos de la calificación jurídica de este tipo de conductas de contagio, que es la previa información a la pareja de que estaba infectado por el VIH

Esta calificación enfatiza el hecho de que si una persona con VIH usa preservativos durante las relaciones sexuales, pero no los ha usado de manera efectiva e infecta a su pareja, y olvidando un elemento esencial para la calificación jurídica que es la previa información del estado serológico a su pareja, por entender: a) El derecho del paciente a la intimidad está limitado en el derecho a la vida y la salud de los demás. y b) Que, la existencia de esta información previa es crucial, porque si no se advierte a la pareja que es portador del virus, entonces el transmisor será colocado en el ámbito de dominio de hecho que mantiene la identidad del autor en el delito de lesiones.

5.2.3. Tribunal Supremo, Auto del 15 de septiembre, 2005

En su auto del 15 de septiembre de 2005, el Tribunal Supremo estableció que es generalmente conocido en la sociedad actual transmitir enfermedades por vía sexual, considerando la información importante al respecto, aun así quieren correr riesgos.

El tercer fundamento de la sentencia de la Sección 4a de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de mayo de 2012 también siguió el mismo argumento, en el que parte del contenido de la STS 528/2011 y el anterior auto del Tribunal Supremo.

Concluye la sentencia de Audiencia de Sevilla afirma que la persona que se ha sido contagiada de VIH, aunque mantenía una relación estable, debería haber sido más diligente en su autoprotección, adoptando las más básicas cautelas, no sólo por el peligro de infectarse de VIH sino también con otras muchas enfermedades de transmisión sexual: Casi estamos hablando de tomar riesgos de forma voluntaria, o al menos deliberadamente sin saber lo que podría traer su relación con el acusado.

5.3. Criterios para imputar responsabilidad civil por los daños ocasionados ante el contagio de VIH/SIDA por transmisión sexual

Por razones obvias, la responsabilidad civil que pueda surgir por transmisión sexual siempre está fuera de la naturaleza contractual. Asimismo, el sistema solo puede ser subjetivo, por lo que es absurdo e injusto valorar las responsabilidades que se derivan de tales relaciones desde una perspectiva puramente objetiva.

En ambos casos, la responsabilidad puede atribuirse a una persona, aunque se demuestre que su comportamiento sin culpa, se verá obligada a cumplir con el pago de una indemnización, lo que dará lugar a una nueva víctima.

Por otro lado, sobre la base de un sistema subjetivo, si la transmisión es inocente, es decir, si el agente no conoce su carácter de portador, entonces no hay razón para eludir la responsabilidad, siempre que su comportamiento no sea culposo. Sin embargo, como veremos más adelante, esto puede ser ligeramente diferente debido a ciertos factores. A los efectos de la responsabilidad y la teoría de la culpa, es necesario distinguir entre dos posibilidades relacionadas con los factores de atribución:

5.3.1. Que la transmisión sea dolosa, lo que puede abarcar el dolo directo y el dolo eventual.

El dolo directo también se llama dolo de primer nivel, es decir, el autor quiere realizar la acción, por lo tanto, su comportamiento es intencional y su propósito es el resultado. Implica que el agente tiene la intención de dañar.

Si bien el dolo eventual es que al autor se presenta un posible resultado, debido a la ocurrencia de la conducta, aunque no quiera hacerlo, no sigue las medidas preventivas y admite su eventual producción, es decir, lo que finalmente ocurrió. Oculta la enfermedad, mientras mantiene relaciones sexuales, pero no tiene la intención de causar daño.

En ambos casos, el individuo sabe de su condición de portador del virus y no informa a su pareja. Como ya nos hemos dado cuenta, la diferencia es que el dolo directo se basa en el motivo de la propagación de la enfermedad; al final, esta intención no existe, pero el portador asume el riesgo de transmisión en la mayor medida posible.

Evidentemente, cada situación tiene un grado de responsabilidad diferente. Por lo tanto, es necesario evaluar cada caso específico en el campo en el que se involucra el sujeto, porque el marco constituye un factor decisivo en la configuración de la conducta culposa. No se puede ignorar el grado de evolución y síntomas del portador en el momento de la conducta antijurídica.

5.3.2. Que la transmisión sea culposa, es decir, que haya sido resultado de un actuar negligente, imprudente o descuidado por parte del sujeto portador del virus.

La culpa puede entenderse como la negligencia, la falta de experiencia, la imprudencia o el descuido que las personas producen al interactuar entre sí en el proceso de desarrollo de la vida cotidiana, y así causar daño a sus análogos.

“Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria omite ejecutar la prestación prometida, incurre en culpa. El resultado dañoso no querido por el deudor, obedece a su imprudencia, torpeza, o en general a su falta de diligencia. Debe advertirse, sin embargo, que la regla se refiere a la falta de diligencia ordinaria, que constituye la culpa leve, porque en caso de negligencia grave, estaríamos ante un supuesto de culpa inexcusable”. (Osterling, 2009)

Según estándares ampliamente aceptados, la culpa se basa en no tomar medidas para evitar daños que parecen previsibles; en el derecho romano hay un dicho: la culpa es porque algo que debe preverse no se prevé cuidadosamente (“culpa esse quoad eum quem diligente, provideri potuerit provisum non fuit”).

La culpa configura un estado de ánimo desproporcionado que suele aparecer en agentes que están dispuestos a evitar efectos dañinos. La culpa radica en el hecho de que el individuo no realizó la debida diligencia y provocó involuntariamente el resultado antijurídico. El hecho de que la conducta de una persona sea culpable o no depende principalmente de si ha realizado conductas objetivamente menos diligentes de lo que exige la ley.

5.3.3. Si la víctima, pese a conocer el estado del otro, tuvo relaciones sexuales sin las medidas de protección recomendadas, supone una exoneración de responsabilidad.

La víctima se ha colocado en una situación de riesgo (autopuesta en peligro), o bien asume la situación de peligro, que otra persona crea (heteropuesta en peligro). La doctrina afirma que tanto la cooperación a la autopuesta en peligro, como la heteropuesta en peligro consentida, exoneran de responsabilidad al tercero, y que los resultados nocivos se deben enteramente al alcance de la responsabilidad de la víctima.

Un equilibrio requiere una combinación de factores que desdibujen al autor y la responsabilidad de la persona lesionada, en particular: a) la víctima comprende plenamente los riesgos; b) está de acuerdo con la conducta peligrosa que causa daño; c) El daño es el resultado de asumir el riesgo, sin agregar otro descuido del ejecutante y d) la víctima, hasta el momento en que el riesgo está completamente fuera de control, ha podido dominarlo de la misma manera que el autor. Es decir, para quien conoce la patología infecciosa de otra persona, decide tener sexo con él de forma voluntaria y libre, y sabe que es portador de la transmisión de la enfermedad, lo que es completamente predecible.

Ahora bien, podemos mencionar que las dos cuestiones clave en esta asignación de elementos de responsabilidad son: la relación de causalidad y el valor del consentimiento.

La relación causal es extremadamente importante, porque las personas que viven con el VIH solo pueden ser responsables de algún tipo de transmisión si se puede demostrar de manera fehaciente que son responsables de este resultado.

Como ya se ha señalado, en España no se castiga simplemente poner en riesgo el riesgo, sino que se requiere que se hayan producido resultados, como que la tercera persona haya sido seroconvertida. La vía sexual, es la idónea para que ocurra la transmisión, pero el grado de transmisión determina que incluso si una relación sexual ocurre sin el uso de MUPT, el resultado no es inevitable. Las pruebas filogenéticas en el virus ayudan a aclarar este problema, porque se producen cuellos de botella genéticos en la transmisión del VIH, lo que puede llevar a una preferencia por el virus de origen en relación con el virus receptor. Esta preferencia determina la dirección de propagación y se puede inferir la fuente.

En cuanto al consentimiento, ya sea para excluir motivos típicos o justificados, la doctrina y la jurisprudencia exigen que los titulares de bienes jurídicos protegidos expresen claramente su consentimiento. Para que el consentimiento sea una razón legítima, la persona que lo brinda debe tener derecho a disponer libremente de sus propios derechos legales, así como la capacidad de disponer de acuerdo a sus facultades intelectuales, conocer el alcance de su comportamiento, y finalmente, no haya vicios en la voluntad de prestarlo.

Por otro lado, algunos autores han argumentado que acceder a tener relaciones sexuales con alguien, conocer de antemano la situación serológica, colocar la cuestión en imputación objetiva, como una " heteropuesta en peligro consentida ".

Esto último significa que si una persona infectada por el VIH revela su salud a un tercero y ambas partes acuerdan tener relaciones sexuales sin utilizar MUPT, el resultado final de la infección por el VIH, lo que no será objetivamente atribuible al comportamiento del autor. Se considerará impunidad.

5.3.4. Desconocimiento de la condición de portador del virus.

Como ya hemos visto, estar infectado con el VIH no significa tener SIDA, porque el período de transición entre la infección y la enfermedad puede durar muchos años sin síntomas. Las personas que padecen esta infección sin la enfermedad son seropositivas, en este estado pueden transmitir el virus a otras personas sin siquiera saberlo. Estos dos aspectos van acompañados de la propagación del virus y el posterior desarrollo del SIDA, los mismos que serán analizados en la imputación de responsabilidad civil, desde la perspectiva de los factores de atribución, así como de la relación causal entre daño y el actuar antijurídico o negligente del individuo.

6. Reflexiones finales

Como podemos ver, todo esto ha llevado a hablar de criminalización del VIH entre las personas infectadas y ciertos ámbitos legales. En la investigación específica sobre este tema, se han recopilado diversas posiciones legislativas adoptadas por los estados.

Específicamente, Declaración de Oslo habla sobre la criminalización del VIH, que generalmente revela las posiciones de estas organizaciones y advierte que la condición de VIH no revelada, la exposición potencial y la transmisión no intencional como delitos penales están causando más daños a la salud pública y derechos humanos, que ventajas. La polémica provocada por la propagación del VIH ha llevado a ONUSIDA a elaborar algunos documentos específicos relacionados con este tema. La posición de este organismo es la siguiente: ONUSIDA estima que los países no deben formular normas penales específicas sobre la propagación del VIH, porque tales normas pueden generar un mayor estigma para las personas infectadas con el virus.

Por tanto, esta situación no debe ser sancionada penalmente, aunque luego de una cuidadosa revisión del país con base en la evidencia, el proceso judicial relacionado con el VIH se considera necesario, éste, debe basarse en los siguientes principios: proporcionalidad, predictibilidad, motivación, causalidad y no discriminación.

Además de comprender los últimos avances científicos y médicos, también se debe basar en el daño más que en el riesgo de daño, y verificar los objetivos de salud pública y las obligaciones internacionales en el campo de los derechos humanos; por otro lado, cuando se utiliza la ley general en los procedimientos judiciales relacionados con el VIH, la naturaleza exacta de los derechos y responsabilidades de las personas debe aclararse mediante la consulta con todas las partes interesadas para garantizar que las investigaciones sean apropiadas y que las personas que viven con el VIH tengan un acceso judicial adecuado.

También se considera que las leyes y reglamentos para sancionar la transmisión mencionada no están bien redactadas, y no hay estipulación sobre las condiciones para el procesamiento judicial de personas VIH positivas, y señalan que, en general, no se ha tomado en cuenta el desarrollo del conocimiento científico sobre epidemiología, prevención y tratamiento.

Así, dicho organismo recomienda que solo cuando la persona infectada conozca su estado serológico, tenga la intención de propagar el VIH o con conocimiento de su estado serológico, tenga la intención de transmitir el VIH, o cuando de hecho se transmita, se sancione. Sin embargo, opina que el derecho penal no debe aplicarse si no existe un riesgo importante de transmisión o se desconoce el estado de la infección por el VIH.

Como puede verse, el VIH/Sida es controvertido debido a su enfoque en las sanciones penales, pero no hay una referencia particular a la posibilidad de sanciones civiles. Sin embargo, en los pronunciamientos de ONUSIDA, al describir el grado de responsabilidad de las personas seropositivas que transmiten el VIH, señalan que, si bien el comportamiento negligente puede conllevar responsabilidad civil, generalmente no está sujeto a sanciones penales.

En Perú, para solucionar nuestro tratamiento legal de la propagación del VIH / SIDA, se pueden observar dos cuestiones.

En primer lugar, como se mencionó anteriormente, por respeto a los derechos fundamentales de las personas seropositivas (especialmente al derecho a la intimidad personal, al principio de confidencialidad y al derecho a la libertad), nuestro ordenamiento jurídico no lo prevé, no existen normas que exijan a estas personas tomar medidas preventivas obligatoriamente o informar a un tercero sobre su estado serológico.

En segundo lugar, no existen regulaciones en nuestras leyes que penalicen expresa o directamente la transmisión del VIH/Sida, y mucho menos estar infectado o expuesto al virus. Sin embargo, esto no significa que la persona infectada quedará exenta de responsabilidad por la propagación del VIH sin tomar las mínimas medidas preventivas o sin la advertencia a terceros, cuando exista el riesgo de dicha transmisión.

Existen dos cuestiones importantes en nuestro derecho, cuya función es proteger a las personas de los daños causados por terceros. Y, por otro lado, el Código Penal protege a las personas de estos daños mediante la responsabilidad derivada de delitos contra la persona, “el que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años” (Código Penal Peruano, 1991, art. 289).

Ante la ausencia de una normativa sobre la transmisión del VIH, nuestros jueces recurrieron a la aplicación de estas figuras en los conflictos legales. Así pues, nuestro país no ha optado por seguir las directrices de las Naciones Unidas en varios documentos publicados al respecto y, por otra parte, aún no ha establecido una legislación específica sobre la transmisión del VIH/Sida.

Conclusiones

Los criterios para la determinación de la existencia de la responsabilidad civil implican: 1) que la transmisión sea dolosa, lo que puede abarcar el dolo directo y el dolo eventual; 2) que la transmisión sea culposa, es decir, que haya sido resultado de un actuar negligente, imprudente o descuidado por parte del sujeto portador del virus. Existen eximentes de responsabilidad en caso de desconocimiento de la condición de portador del virus y, si la víctima, pese a conocer el estado del otro, tuvo relaciones sexuales sin las medidas de protección recomendadas, supone una exoneración de responsabilidad.

Podemos decir que la responsabilidad civil se define como la obligación de indemnización asumida por un sujeto jurídico mediante imputación objetiva o subjetiva, para reparar un daño causado a otra persona, por el incumplimiento de obligaciones y, que el daño derivado de la transmisión sexual del SIDA, está relacionado de forma intrínseca con el criterio básico de antijuricidad, el non alterum laedere.

De la jurisprudencia extranjera analizada, cada Juzgado o Tribunal se refiere a la criminalización del VIH. La transmisión sexual del VIH está sancionada por normas puntuales, la mayoría de las cuales son penales, incluida la privación de la libertad. Con relación a la jurisprudencia nacional, luego de realizada la búsqueda, no se encontró ninguna en relación a este tema en específico.

Por todo lo mencionado, los criterios para la imputación de la responsabilidad civil por los daños ocasionados antes el contagio de VIH/SIDA por transmisión sexual son: 1) Que la transmisión sea dolosa, lo que puede abarcar el dolo directo y el dolo eventual. En ambos casos, el individuo sabe de su condición de portador del virus y no informa a su pareja. 2) Que la transmisión sea culposa, es decir, que haya sido resultado de un actuar negligente, imprudente o descuidado por parte del sujeto portador del virus. La culpa radica en el hecho de que el individuo no realizó la debida diligencia y provocó involuntariamente el resultado antijurídico. 3) Si la víctima, pese a conocer el estado del otro, tuvo relaciones sexuales sin las medidas de protección recomendadas, supone una exoneración de responsabilidad.

Recomendaciones

Esta situación nos hace darnos cuenta que todos, sin distinción alguna de raza, sexo o religión podemos ser portadores del virus, por lo que se deben tomar medidas preventivas y educativas.

Una forma de lograr este objetivo es aprovechar al máximo el potencial de la ley para promover estrategias de lucha contra el sida y lograr un cambio en la mentalidad de toda la sociedad.

Referencias

Libros

Leysser, H. (2016). *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Academia de la Magistratura.

Tesis

Aguinaga, L. Y. (2019). *Criterios para la cuantificación equitativa del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil* [Tesis para obtener el grado de maestro con mención en Derecho Civil Empresarial, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio UPAO.

https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/5105/1/REP_MAEST.DERE_LIVYN.AGUINAGA_CRITERIOS.CUANTIFICACI%C3%93N.EQUITATIVA.RESARCIMIENTO.DA%C3%91O.MORAL.RESPONSABILIDAD.CIVIL.pdf

Herrera, E. (2018). *Justicia en el derecho privado y responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana* [Tesis de maestría]. Repositorio Universidad Privada de Tacna. <http://repositorio.upt.edu.pe/handle/UPT/633>

Silva, N. E. (2018). *Responsabilidad civil por daños al concebido*. [tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio de Tesis USAT. <http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/1516>

Vivanco, P. A. (2017). *Responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia*, [Tesis para optar al grado académico de Magíster en Derecho, Universidad de Concepción]. Repositorio UDEC. <http://repositorio.udec.cl/jspui/handle/11594/2598>

Artículos de Revista

Flores, E. (2019). El daño moral como parte de la responsabilidad civil en el Derecho Internacional Comparado. *Biolex*.

González, Y. y Pérez, I. (2019). Diagnóstico sobre incidencia de legislaciones y políticas en el acceso de adolescentes y jóvenes a servicios de salud sexual y reproductiva en Cuba. Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Guerrero, O. M. (2018). Análisis del daño dentro del campo de la responsabilidad civil. *Revista de Ciencias Jurídicas Exégesis*, 75 – 90. https://app.vlex.com/#!/search/jurisdiction:PE+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+content_type:4/elementos+de+la+responsabilidad+civil/WW/vid/829328473

Herrera, E. I., (2019). Justicia en el derecho privado y responsabilidad civil extracontractual por daño no patrimonial en la jurisprudencia peruana. *REVISTA VERITAS ET SCIENTIA - UPT*, 8(1), 1051-1060. <https://doi.org/10.47796/ves.v8i1.109>

- Leysser, H. (2020). *El daño al proyecto de vida colisiona con la Constitución. Repaso sobre (y "repase" de la jurisprudencia peruana contra) un concepto no resarcible*. Gaceta Civil & Procesal Civil.
- Mora et al., (2017). Prevención de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) en Colombia: brechas y realidades. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 16(33),19-34. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=54553416002>
- Neira, L. C. S. M., y Torres, J. L. (2021). El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena. *Revista De Derecho Privado*, (40), 329-359. <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>
- Osterling, F., & Castillo, M. (2003). *Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad*. Derecho & Sociedad, 20.
- Papayannis, D., (2018). El valor intrínseco de la responsabilidad civil. *AFD*, 119-148.
- Rodríguez, S., y Zapata Denis, M. (2019). La procedencia en México de la responsabilidad civil por el incumplimiento de deberes entre cónyuges. *REVISTA IUS*, 14(46). <https://doi.org/10.35487/rius.v14i46.2020.536>
- Torres-Torres, A. Y., & Ramírez-Arenas, O. A. (2018). La responsabilidad civil de las entidades de certificación en Colombia. *IUSTA*, 1(48), 43-71. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.02>
- Osterling, F. (2009). INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES: DOLO Y CULPA. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20de%20Obligaciones.pdf>
- Villalba, J. C. (2020). La responsabilidad civil por medicamentos defectuosos, una aproximación de Derecho comparado. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(133), 501 - 536. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a12>

Obra publicada por una institución

- ONUSIDA. (2020). *Hoja informativa. Estadísticas mundiales sobre el VIH*.
- ONUSIDA. (2021). *Monitoreo Global del SIDA. Indicadores para el seguimiento de Declaración Política de las Naciones Unidas para poner fin al SIDA de 2016*.

Recursos electrónicos

- Cortés, I. (2020, 22 de abril). *El Supremo absuelve a un enfermo de VIH del contagio a su pareja porque ella podía deducir que él era portador*. El País. https://elpais.com/economia/2020/04/14/mis_derechos/1586844469_692147.html
- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. (1948).

https://usmp.edu.pe/IDHDES/pdf/instrumentos/Declaracion_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre.pdf

Europa Press (2019, 29 de enero). *El Supremo confirma nueve años de cárcel para un hombre que ocultó a su pareja que tenía sida*. 20 minutos. <https://www.20minutos.es/noticia/2361610/0/supremo-confirma-nueve-anos-carcel-para-hombre-que-oculto-su-pareja-que-tenia-sida/#>

Sala Civil. Sede Central (2013, setiembre). Expediente N° 00001-2013-0-2301-SP-CI-01.

Segura, J. (2021, 26 de febrero). *Arequipa: PJ condena a 31 años de cárcel a 'monstruo' que abusó de menor*. El Búho. <https://elbuho.pe/2021/02/arequipa-pj-condena-a-31-anos-de-carcel-a-monstruo-que-abuso-de-menor/>

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (2020, 11 de marzo). Sentencia 806/2020 (Pablo Llarena Conde). <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129b-aa45c19bf42e68e1fc98999af>

Tribunal Supremo, Sala Segunda. (06 de junio de 2011) Sentencia 528/2011 (José Manuel Maza Martín). http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20110907_01.pdf

United Nations. (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas*. Recuperado noviembre de 2021, de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Anexos

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (2020, 11 de marzo). Sentencia 806/2020 (Pablo Llarena Conde).

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129b aa45c19bf42e68e1fc98999af>

Tribunal Supremo, Sala Segunda. (06 de junio de 2011) Sentencia 528/2011 (José Manuel Maza Martín).

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20110907_01.pdf