



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO DE TIPIFICAR  
LOS DELITOS DE CONTAGIO DOLOSO POR LA TRANSMISIÓN DE  
ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL CON EL FIN DE  
PREVENIR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Autora

Carla Michelle López Ortiz

Año  
2020



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO DE  
TIPIFICAR LOS DELITOS DE CONTAGIO DOLOSO POR LA TRANSMISIÓN  
DE ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL CON EL FIN DE  
PREVENIR LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

TRABAJO DE TITULACIÓN PRESENTADO EN CONFORMIDAD CON LOS  
REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA PORTAR EL TÍTULO DE ABOGADA  
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA.

Profesor Guía

Ms. Ximena Alejandra Cárdenas Reyes

Autora

Carla Michelle López Ortiz

Año

2020

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

Declaro haber dirigido el trabajo, "Obligación internacional del estado ecuatoriano de tipificar los delitos de contagio doloso por la transmisión de enfermedades de transmisión sexual con el fin de prevenir la violación de derechos humanos ", a través de reuniones periódicas con la estudiante Carla Michelle López Ortiz, en el semestre 201920, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación



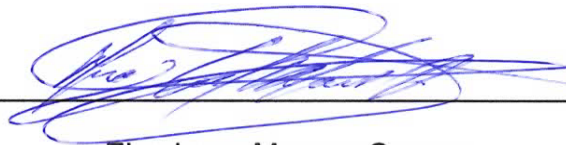
---

Ximena Alejandra Cárdenas Reyes  
Máster en Relaciones Internacionales

CC:170953707-8

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR**

Declaro haber revisado este trabajo, "Obligación internacional del estado ecuatoriano de tipificar los delitos de contagio doloso por la transmisión de enfermedades de transmisión sexual con el fin de prevenir la violación de derechos humanos", de Carla Michelle López Ortiz, en el semestre 201920, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.



---

Elsa Irene Moreno Orozco

Magister en Derecho

C.C:1705403713

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría que se han citado fuentes correspondientes y que su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.



---

Carla Michelle López Ortiz

C.C: 1714866801

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios por concederme la oportunidad a través del Derecho de contribuir con una posible solución a una problemática compleja.

A mis padres y abuelo por ser un soporte y apoyo a lo largo de mi carrera y a Christian, mi novio quien supo darme su amor incondicional y paciencia en momentos difíciles.

A la Doctora Alejandra Cárdenas por ser una gran mentora y amiga que enriqueció con sus conocimientos mi vida profesional y personal.

## **DEDICATORIA**

A mi madre, quien es mi fuente de inspiración y ejemplo de vida; te agradezco infinitamente por consagrar tu vida a educar a mi hermana y a mí en valores con amor, comprensión y paciencia.

Me acompañaste en cada etapa estudiantil y de desarrollo personal para convertirme en la mujer que soy. Me enorgullece decir que, deseo con todo el corazón que este trabajo logre compensar cada noche sin dormir y cada fatiga en un día de trabajo tuyo.

A las víctimas de los delitos de contagio doloso de ETS como para quienes deseen contribuir en la lucha para la edificación de los derechos humanos y la racionalidad.

## RESUMEN

Cuando me encontraba realizando mis prácticas profesionales en la empresa Lexis S.A. dentro del área de soporte de chat recibí una consulta en la que me preguntaban cuál es el tipo penal sobre el cual debía fundamentarse una denuncia por el contagio de enfermedades de transmisión sexual (ETS), y para mi sorpresa después de una investigación dentro de la legislación penal ecuatoriana descubrí que, no existe el tipo penal de contagio doloso como tal dentro del Código Orgánico Integral Penal.

Esta experiencia me impactó e indignó profundamente porque existe una gran cantidad de casos de contagio doloso que día a día se presentan y no pueden ser denunciados al no ser considerado un tipo penal autónomo; esto origina una grave vulneración de derechos humanos, principalmente el derecho a la salud sexual de las víctimas cuyos proyectos de vida se ven seriamente dañados e impunidad para para los agresores quienes no encuentran una sanción frente al aberrante acto ilícito perpetrado.

Por consiguiente, esta anomia me incentivó a buscar mecanismos para la defensa del derecho a la salud en su integralidad; para ello, el método idóneo es el derecho internacional de los derechos humanos. La razón es que, mediante los tratados internacionales se obligan los Estados a la tutela de los derechos de los seres humanos, los cuales si son incumplidos surge responsabilidad internacional. Por ende, los Estados deben realizar todas las acciones que sean necesarias para garantizar el derecho, ello incluye la elaboración de un tipo penal como se plantea en el presente ensayo académico.

La principal razón que me motivó a elaborar este ensayo es el nivel de responsabilidad que poseemos los seres humanos, quienes debemos reconstruir y reorientar nuestras virtudes, valores y potencialidades; de tal manera que, desde el enfoque que se pretenda aportar seamos agentes generadores de cambio. Por ello, invito al lector a que sea crítico, investigue y viabilice las acciones que sean necesarias para modificar realidades injustas que inclusive están incorporadas en los ordenamientos jurídicos, en el



imaginario colectivo de la sociedad y otros ambientes en los que se genere violencia, para ello se deben fomentar espacios enriquecedores y uno de ellos es la Academia.

## **ABSTRACT**

When I was doing my pre-professional practices at Lexis's company within the chat support area, I received a question asking me what is the criminal type to report the malicious transmission of sexually transmitted diseases. However, to my surprise after an investigation in the Ecuadorian criminal legislation I discovered that there is no criminal type of malicious contagion as such within Código Orgánico Integral Penal.

This experience shocked me and deeply outraged because there are a lot of cases of malicious contagion of STDs that are presented every day and cannot be reported as they are not considered an autonomous criminal type; as a consequence, a serious violation of human rights originates, mainly from the right to sexual health for the victim and impunity for their aggressor since, there is no penalty against the aberrant illegal act perpetrated.

Consequently, this legal vacuum encouraged me to look for mechanisms to defend the right to health in its entirety. For this, the ideal method is international human rights law. The reason is that, by means of international treaties, States are obliged to protect the rights of human beings, which if they are breached, international responsibility arises. Therefore, the States must carry out all the necessary actions to guarantee the right, this includes the elaboration of a criminal type as proposed in this academic essay.

The main reason that motivated me to elaborate this essay is the level of responsibility that we humans possess, who must rebuild and reorient our virtues, values and potentialities in such a way that, from the approach that is intended to contribute, we become agents of change. Therefore, I invite the reader to be critical, investigate and make viable the actions that are necessary to modify unjust realities that are even incorporated in the legal systems, in the imaginary collective of society and other environments in which violence is generated, to this should encourage enriching spaces and of course, one of them is the Academy.

## ÍNDICE

1. CAPÍTULO I. ¿CUAL ES LA IMPORTANCIA LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS? .....	1
1.1 El ser humano y la comunidad internacional .....	1
1.2 Individuo como sujeto del derecho internacional .....	1
1.2.1 ¿EL SER HUMANO ES SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL? .....	2
1.2.2 El individuo como sujeto directo del derecho internacional .....	4
1.3 La dignidad humana: pilar fundamental de los derechos humanos.....	6
1.4 Obligaciones contenidas en los sistemas de protección de derechos humanos .....	7
1.4.1 Obligaciones generales de los estados en materia de derechos humanos .....	7
1.4.2 Obligaciones específicas para los DESC .....	11
1.4.3 Obligaciones específicas derivadas del derecho a la salud.....	14
2. CAPÍTULO II. ANALISIS DEL DERECHO A LA SALUD .....	18
2.1 Definición de deerechos humanos .....	19
2.2 Los derechos económicos, sociales y culturales .....	19
2.3 El derecho a la salud.....	20
2.3.1 Enfoque normativo.....	20
2.3.2 Enfoque doctrinario y jurisprudencial.....	21
2.4 Dimensiones del derecho a la salud.....	22
2.4.1 La salud como Derecho Humano .....	22
2.4.2 Ámbitos de protección del derecho a la salud .....	23
2.5 Derecho a la salud sexual y reproductiva.....	26

2.5.1	Derecho a la salud sexual .....	26
2.5.2	Derecho a la salud reproductiva .....	26
2.6	Las enfermedades de transmisión sexual y el derecho a la salud.....	29
<b>3. CAPÍTULO III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO DE TIPIFICAR EL DELITO DE CONTAGIO DOLOSO DE ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL .....</b>		
3.1	Medidas adoptadas por el estado ecuatoriano.....	31
3.1.1	ENFOQUE PREVENTIVO.....	31
3.1.2	Enfoque de protección.....	32
3.1.3	Análisis de las medidas implementadas por el estado ecuatoriano..	32
3.2	Análisis del derecho a la integridad a la luz de los derechos humanos .....	33
3.2.1	La integridad como un derecho civil y político .....	34
3.2.2	Bien inmaterial y contenido.....	35
3.2.3	Tipos de integridad .....	35
3.3	Análisis del delito de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual a la luz de los derechos humanos .....	36
3.3.1	Delito por contagio doloso de ETS: ¿discriminación o distinción legítima? .....	37
3.3.2	Error en el art. 152 del COIP: diferencias entre el derecho a la integridad y el derecho a la salud sexual.....	42
3.3.3	Obligaciones internacionales incumplidas por la ausencia del tipo penal contagio doloso o intencional de ETS .....	44
3.3.4	Análisis del tipo penal de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual.....	45
4.	CONCLUSIONES.....	50
	REFERENCIAS .....	51

## **1. CAPÍTULO I. ¿CUAL ES LA IMPORTANCIA LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS?**

### **1.1 El ser humano y la comunidad internacional**

El punto de partida para entender a las obligaciones internacionales en el derecho internacional de los derechos humanos es recordar la incorporación del individuo como sujeto del derecho internacional público. Esta nueva perspectiva, rompió con el esquema tradicional de sujetos del derecho que el internacional público había manejado; en razón de que, inicialmente el reconocimiento de sujeto internacional era atribuido exclusivamente a los Estados.

Esta era la propuesta en la cual se basó la visión del Positivismo Clásico, así para Pérez León se reconocía al: “[...] Estado como único sujeto del derecho internacional, en tanto esta disciplina jurídica era el resultado de la voluntad estatal y el individuo era sujeto del derecho interno” (2008, p.601). En otras palabras, desde esta doctrina el individuo no era sujeto del derecho internacional, por ende era considerado como un objeto que se encontraba supeditado al poder ilimitado de los Estados.

Esto implicó que, emplearon de forma arbitraria varios principios del derecho internacional como: el principio de soberanía interna de los Estados y el principio de no intervención como una justificación suficiente para vulnerar los derechos humanos sin que exista ningún límite o responsabilidad internacional.

### **1.2 Individuo como sujeto del derecho internacional**

Con el objetivo de frenar la violación de derechos humanos por parte de los Estados, se planteó la inclusión del individuo como un sujeto protegido por el derecho internacional, desde esta visión se creó el derecho internacional de derechos humanos. No obstante, su origen y evolución fue paulatino de tal manera que, el primer paso fue identificar la posibilidad de incluir al individuo

como sujeto del derecho internacional público y protegerlo ante eventuales violaciones de derechos provenientes de otros sujetos como los Estados.

Por consiguiente, se empleó una figura jurídica del derecho internacional denominada subjetividad internacional, que de acuerdo con el tratadista Díez de Velasco no se limita en la mera capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones en la Comunidad Internacional, sino también implica la exigibilidad, es decir capacidad de acudir a órganos internacionales para hacer efectivo el goce y ejercicio de tales derechos. (1997, p.128). Esto significa que, la subjetividad internacional consiste en la capacidad de un sujeto de tutelar sus derechos, adquirir obligaciones y responder frente al incumplimiento de tales obligaciones dentro de la Comunidad Internacional.

#### 1.2.1 ¿EL SER HUMANO ES SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL?

Existieron diversos criterios jurídicos frente a la inclusión del individuo como sujeto del derecho internacional de manera que, surgieron múltiples debates a favor, neutros y en contra. Con esta visión, la primera teoría de la subjetividad internacional fue la doctrina clásica que negó la incorporación del ser humano como sujeto del derecho internacional público, ya que lo consideraba como mero objeto dentro de la comunidad internacional.

A consecuencia de esto, Favinielli acoge al pensamiento de Bentham para ilustrar la negativa de los Estados de establecer relaciones jurídicas de igual a igual con los individuos en las siguientes líneas: “[...] las transacciones que pueden tener lugar entre individuos que son sujetos de diferentes estados son reguladas por los derechos domésticos, y resueltas por los tribunales internos de uno u otro de estos estados” (2013, p. 123).

Esto significa que, era suficiente el ordenamiento jurídico interno de cada Estado para regular y proteger a los derechos reconocidos al ser humano; a pesar de ello, esta doctrina generaba problemas como: los individuos no podían denunciar vulneraciones a sus derechos por la ausencia de mecanismos de control a los Estados frente al cumplimiento de sus obligaciones.

Es decir, cuando se generaban violaciones de derechos humanos por parte de los Estados no existía un sistema jurídico que constriña a los Estados a prevenir y proteger los derechos humanos; sino que, su responsabilidad internacional se limitaba a cumplir acuerdos con otros Estados y no con el individuo, de ello se concluye que, para esta doctrina los únicos sujetos son los Estados.

Otro conflicto de esta doctrina es la restricción del contenido y ejercicio de los derechos que cada Estado desarrollaba dentro de su ordenamiento jurídico puesto que, no siempre estaba en concordancia con los demás Estados; esta situación generó la limitación del ejercicio de derechos, ya sean anteriormente adquiridos por el individuo o eran desconocidos por otros Estados, como consecuencia de la aplicación del principio de soberanía interna de los Estados.

Posteriormente, el primer paso para la subjetividad del ser humano surge a través del reconocimiento del individuo como sujeto indirecto del derecho internacional, a esto se denominó la teoría del sujeto indirecto. El precursor de esta doctrina es Kelsen quien afirmaba que: “[...] el derecho internacional obliga y autoriza a los individuos, no de un modo inmediato como hace el ordenamiento jurídico del Estado sino mediato, esto es, por intermediación del derecho estatal “(2003, p.131).

Es otras palabras, existe un cambio de postura del individuo frente al Derecho Internacional Público en el que se visibiliza por primera vez la posibilidad de que el individuo sea sujeto del derecho internacional, de forma indirecta. El adjetivo mencionado es de gran relevancia puesto que, a pesar de que la protección de sus derechos ya no estaba supeditada exclusivamente a los Estados la limitación para el ejercicio de sus derechos por sí mismo frente a la Comunidad Internacional subsiste, la razón es la ausencia de un sistema internacional ante el cual pudiera acudir y accionar.

Frente a este problema el siguiente paso fue superar las restricciones de la doctrina del sujeto indirecto a través de la creación del Sistema Internacional de

protección de derechos humanos. De esta manera, se favorece al individuo a la par que realiza un control sobre los Estados en razón de que, por un lado se concede todos los mecanismos que sean necesarios para un efectivo goce y ejercicio de derechos al ser humano sin intermediación de los Estados y por otro lado, se crean organismos supranacionales que controlen la promoción y protección de derechos humanos.

### **1.2.2 El individuo como sujeto directo del derecho internacional**

El vínculo entre el individuo y los Sistemas de Protección de Derechos humanos se basa en dos pilares fundamentales el ser humano como sujeto directo del Derecho Internacional y el concepto de dignidad humana; el primer componente que transformó al individuo en un sujeto directo del derecho internacional público se ancló en el concepto jurídico de subjetividad internacional. El cual, inicialmente solamente estuvo diseñado para que los Estados y los organismos internacionales puedan adquirirlo; pero una vez que fue alcanzado por los individuos desembocó en la formación de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos.

Por ende, en esta sección se pretende analizar la definición y alcance de la subjetividad internacional a través de las siguientes interrogantes: ¿qué es la subjetividad internacional? y ¿cómo influye la subjetividad internacional para que el ser humano sea sujeto del derecho internacional público? La respuesta a estas interrogantes, se fundamenta en que el individuo, de manera directa, posee derechos que son exigibles en foros internacionales; así como obligaciones que generan responsabilidad internacional.

Es por este motivo que para responder la primera interrogante, Pérez León menciona a la subjetividad internacional como la relación entre las facultades para ejercer los derechos y el establecimiento de una responsabilidad: “a) La titularidad de un derecho, y a la vez la posibilidad de hacerlo valer mediante reclamación internacional; b) La titularidad de una obligación jurídica internacional y la capacidad de ser sujeto pasivo de reclamación ante un tribunal internacional, es decir ser destinatario de una sanción internacional” (2008, p. 609).



En el caso de los individuos, la responsabilidad internacional constituye el deber de no incurrir en el cometimiento de cualquiera de los cuatro crímenes contra la humanidad como: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Cabe mencionar que, en la cita anterior se identifica la relación entre los derechos y su ejercicio, uso y goce; motivo por el cual, una de las manifestaciones es el derecho de accionar los mecanismos internacionales de protección frente a violaciones. Éstos se llevan a cabo a través de procedimientos establecidos en los organismos de derechos humanos. Esto implica, que la subjetividad del individuo y el Sistema de Protección de derechos humanos se encuentran interconectados entre sí, en virtud de que, permiten que el individuo ejerza sus derechos.

Siguiendo esa línea argumental, existe en la actualidad toda una estructura jurídica internacional que ampara a los individuos, por esta razón Nash menciona de forma precisa que, la labor de los Sistemas de Protección de los derechos humanos va más allá del establecimiento de obligaciones para los Estados porque persigue la protección de un bien superior, este es la dignidad humana, de tal manera que, se configura un sistema con tres componentes esenciales: “ [...] Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental” (2005, p.179).

Es decir, existe un cuerpo normativo que contiene derechos para los individuos y frente al incumplimiento del catálogo de derechos surgen obligaciones para los Estados. Por otro lado, también existen instituciones u organismos ante los cuales el individuo puede interponer denuncias las cuales a su vez son competentes para recibir la denuncia y seguir un proceso investigativo que permita sancionar y reparar.

Finalmente se presentan acciones para la protección de derechos a través del cumplimiento de procedimientos, los que permiten identificar los derechos humanos vulnerados, las obligaciones estatales incumplidas y planteen la

restitución del derecho por el daño causado. Todas estas premisas se concretan en los Sistemas de Protección de Derechos Humanos ya sea Universal o Regional.

Estos sistemas de tutela de derechos contienen un catálogo de prerrogativas exigibles, las cuales se fundamentan en un concepto jurídico llamado dignidad humana; que tiene por finalidad regular distintos ámbitos de la vida de un individuo para su crecimiento personal y, adicionalmente otorga a los Estados una guía para realizar una protección integral de los derechos humanos. Por consiguiente, en las siguientes líneas se analizará de forma breve las nociones básicas sobre la dignidad humana.

### **1.3 La dignidad humana: pilar fundamental de los derechos humanos**

Definir la dignidad es complejo; sin embargo, para comprender el alcance de derechos humanos es necesario proponer un concepto operativo de dignidad, razón por la cual, los teóricos de la dignidad humana la han definido desde dos corrientes de pensamiento: la dignidad fenomenológica y la dignidad ontológica, las cuales son analizadas por autores como Beriain, Hoyos, Aldana entre otros.

En virtud del tema que se desarrolla en esta investigación, se propone analizar el concepto de dignidad ontológica, ésta ha sido considerada como un método de valoración, a través de la cual el ser humano debe ser tratado como fin en si mismo y no como un medio para satisfacer un fin; es decir, la idea de dignidad humana toma como eje fundamental al ser humano.

Los motivos que adjudican al individuo como el único titular de dignidad humana, son tres aspectos fundamentales: el primero, la capacidad de emitir juicios morales, es decir, identificar el bien y el mal; el segundo, en la libertad para decidir y el tercero, la intelectualidad que le faculta dar razones o argumentos sobre sus decisiones (Beltrán, 2004, pp. 199-200). Entonces, se observa que la dignidad así definida hace relación a las facultades que le

permiten al ser humano pensar racionalmente y diseñar su propia vida, a diferencia de otras especies.

En consecuencia, cada ser humano tiene sus propias metas, deseos o aspiraciones; en torno a las cuales construye sus objetivos. En resumen, el ejercicio y goce de derechos humanos son las herramientas que consolidan la dignidad. De igual manera, el Estado a través de las obligaciones internacionales, con acciones u omisiones, debe garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos.

#### **1.4 Obligaciones contenidas en los sistemas de protección de derechos humanos**

Los Estados al momento de ratificar tratados internacionales de derechos humanos adquieren obligaciones, las cuales pueden consistir en acciones y/o abstenciones que repercuten directamente en el ejercicio de los derechos. De manera que, existe una relación directa entre los derechos de los individuos y las obligaciones de los Estados cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional.

Por este motivo, para identificar si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional, es necesario conocer el contenido y alcance de las obligaciones tanto generales, que son comunes a cualquier derecho humano, como aquellas que son específicas, las cuales se basan concretamente en un solo derecho. No obstante, para efectos de estudio, se analizarán las obligaciones que se desprenden de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y a posteriori, se enfocará en aquellas derivadas del derecho a la salud.

##### **1.4.1 Obligaciones generales de los estados en materia de derechos humanos**

De manera general, el ejercicio y goce de derechos humanos por parte de los individuos de los Estados, les significa a éstos el cumplimiento de los deberes de dar, hacer o no hacer. Tanto la doctrina como la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección y promoción de derechos humanos han

señalado que estas obligaciones son de respeto y garantía (Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos); así como de respeto, promover y promoción (Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos).

En este sentido, el Comité DESC en sus Observaciones Generales 3 y 14 ha señalado que independientemente de la naturaleza del derecho humano, es decir, si es civil o político; así como económicos, sociales y culturales, existen deberes que los Estados están constreñidos a dar cumplimiento para el desarrollo y protección de estas prerrogativas exigibles; éstas obligaciones son: respeto y garantía.

#### A) OBLIGACIÓN DE RESPETO

El carácter de ésta obligación es negativo, en otras palabras, los Estados no deben realizar conductas que restrinjan, impidan, anulen o eliminen el ejercicio de los derechos humanos; en razón de que, el límite a su soberanía interna es la dignidad humana. Es así, que para materializar este deber, doctrinarios como Melish establecen que en materia de derechos económicos, sociales y culturales el incumplimiento se produce cuando, se interfiere en la libertad de acción y en el uso de recursos destinados para la satisfacción de necesidades (2003, pp.175-176).

De ello se deduce que, el eje fundamental que orienta al cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de DESC, es el contenido económico y prestacional. De modo que, esta obligación tiene una dimensión más amplia que en los derechos civiles y políticos. Así en éstos últimos, la obligación de respeto se enfoca, solo, en evitar acciones que restrinjan el ejercicio de las libertades ya conseguidas, ya que su ejercicio, en teoría, no requiere de una mayor inversión de recursos económicos.

Sin embargo, cabe aclarar que el Estado debe destinar dinero para todo tipo de derechos, dentro de los que se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales; mas por su contenido prestacional, se requiere adoptar otras medidas adicionales para dar cumplimiento a la obligación de respeto en torno

a niveles de satisfacción; así por ejemplo, debe inhibirse de crear procedimientos innecesarios, ineficientes o de disminuir insumos y/o fondos destinados a la prestación de servicios. En definitiva, se da cumplimiento a ésta obligación cuando los Estados no obstruyen el ámbito prestacional de los mencionados derechos.

## B) OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS

Como se mencionó en párrafos anteriores, los Estados se comprometen a llevar a cabo acciones que promuevan el ejercicio y goce de los derechos humanos; de ahí que se les reconoce como obligaciones positivas; es decir, se basan en un dar o hacer; dichas medidas pueden implementarse solo si, son deliberadas, concretas y encaminadas a la protección de los DESC tal como lo señala el Comité el Comité (Observación General No.3,1990, p.1); es decir requieren de una planificación basada en objetivos.

Retomando el análisis cabe aclarar que, la obligación de adoptar medidas que plantea el Sistema Universal y el deber de garantía que desarrolla el Sistema Interamericano tienen el mismo objetivo; el cual consiste en que los Estados deben organizar toda la estructura gubernamental para tutelar los derechos; es por este motivo que se identifican como análogas a pesar de que, son diferentes tanto los contenidos, en el tiempo de implementación como en los bienes materiales e inmateriales que protegen.

Para empezar el análisis, se estudiará el contenido de la obligación de adoptar medidas, la cual se encuentra dentro de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta explica cuáles son las actuaciones que los Estados están comprometidos a implementar dentro de sus estructuras gubernamentales, entre las se encuentran: la elaboración de normativas, la elaboración de medidas que permitan judicializar los DESC, la implementación mecanismos administrativos, financieros, educativos y sociales. (1990,pp. 1-3).

De la cita anterior se identifica, que las acciones que realiza el Estado en materia de DESC se encaminan a integrar el contenido económico-

prestacional con la realidad social; y de ésta manera, paulatinamente satisfacer necesidades de los titulares de esos derechos. Por tal razón, el cumplimiento de este deber se encuentra supeditado a los recursos económicos y a un elemento sustancial denominado “desarrollo progresivo”.

Otros elementos que se requieren analizar son: el contenido y alcance de las subobligaciones del deber de adoptar medidas, las cuales de acuerdo con la doctrina son: proteger y cumplir. Es así que, el Instituto Interamericano de Derechos humanos, las plantea de la siguiente forma: “La obligación de “proteger” conmina a los Estados a adoptar medidas para evitar o prevenir que particulares produzcan dichos perjuicios. La obligación de “cumplir” requiere que se reconozcan los derechos en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos” (2008, p.130).

Del texto citado se deduce, que el contenido y alcance del deber de adoptar medidas se encamina únicamente a la protección de derechos; de ahí que, la subobligación de prevención busca impedir que los individuos violen derechos, así como, la de cumplir analiza el incorporar de derechos no regulados dentro del ordenamiento jurídico y también, incluye la elaboración de políticas públicas que eliminen los obstáculos para el ejercicio y goce de derechos.

### C) OBLIGACION DE GARANTÍA

Esta obligación se concibe como de inmediato cumplimiento, esto implica que, frente a un incumplimiento por parte del Estado, éstas pueden ser exigidas internacionalmente ante un tribunal. Es por esta razón, que la obligación de garantía tiene una doble finalidad: la primera es evitar violar los derechos humanos y la segunda consiste en identificar el procedimiento que deben seguir los Estados frente a una vulneración de derechos.

Considerando ambas premisas, la Corte Interamericana en el Caso Velásquez Rodríguez señala, que los elementos que concretan éste deber son prevenir, investigar, sancionar y reparar: “como consecuencia de ésta obligación los Estados deben prevenir, investigar, sancionar toda vulneración de derechos

reconocidos por la Convención y procura, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.” (1988, p. 35).

Una de las grandes problemáticas que se presentan en materia de DESC dentro del Sistema Interamericano, es la dificultad para hacer exigible estos derechos ante la Corte; es por este motivo que frente a una eventual vulneración de éstos derechos, el titular no puede denunciar directamente al Estado ya que, la argumentación de fondo que establece la Corte para declarar su incompetencia radica en que, de estos derechos no se derivan obligaciones de cumplimiento inmediato y que de igual manera, su vulneración no afecta solamente al individuo denunciante sino a una colectividad.

A pesar de que, la postura de la Corte no permite que los DESC sean directamente exigibles ante su jurisdicción; la doctrina analiza la posibilidad de que la obligación de garantía tenga el enfoque preventivo y también se fije un procedimiento ante las vulneraciones de los DESC, de modo que, Melish identifica cinco subobligaciones: prevenir, investigar, sancionar, remediar y garantizar un contenido mínimo de derechos. (2003, p.185).

Es por estos motivos anteriormente expuestos, que el presente ensayo académico analizará las obligaciones de los DESC a partir del Sistema Universal de Derechos Humanos, ya que además de elaborar normativa existen interpretaciones más exhaustivas provenientes del Comité DESC.

#### **1.4.2 Obligaciones específicas para los DESC**

Del examen anterior se advierte que, a pesar de que las obligaciones generales sirven de guía para favorecer cualquier derecho; en la praxis éstas no son suficientes para ejercer los DESC; razón por la cual, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realiza una interpretación del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dentro del cual se señalan obligaciones específicas.

Las mencionadas obligaciones consideran: al contenido prestacional, el carácter progresivo y el empleo de recursos económicos; de ello derivaron los

siguientes deberes: progresividad, adoptar medidas y garantizar el mínimo esencial del contenido del derecho. Si bien es cierto, todas se enmarcan dentro una obligación de dar de igual manera, por su esencia cada una de ellas tiene elementos únicos y se materializan de diversas maneras.

#### A) OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD

Este deber consiste en que las acciones que implementan los Estados para tutelar los DESC, se tienen que ejecutar a lo largo del tiempo; esto quiere decir que, la satisfacción de estos derechos no es inmediatamente exigible porque consideran los aspectos económicos y los recursos con los que cuentan los Estados frente a las necesidades de los individuos.

El concepto que sustenta a esta obligación es la progresiva efectividad, el cual de acuerdo con la Observación General 3 del Comité se define como: “[...] un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrán lograrse en un breve período de tiempo.” (1990, p.1).

No obstante, cabe esclarecer que, si bien la obligación reconoce que estos cambios son proporcionales con respecto al avance económico de los Estados; ello no implica, mantener un status quo o peor aún, eximirse de la misma. En consecuencia, la obligación subsiste e implica un avance en otros aspectos de la planificación gubernamental para la protección de los DESC.

De igual manera, esta obligación prohíbe implementar medidas que restrinjan el ejercicio de derechos; es decir, la regla general es que las planificaciones, normativas y políticas públicas arrojen resultados que a mediano o largo plazo demuestren una evolución de los derechos. No obstante, la única excepción que es admitida de acuerdo con la Observación General 3 es bajo una justificación basada en el análisis de los derechos con respecto al aprovechamiento máximo de los recursos que disponga (1990, p.3).

Esta obligación de carácter inmediato, contenida en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se cumple de acuerdo con la



doctrina, a partir de planificaciones estatales que plantean estudios de impacto, el cumplimiento de una organización en base a objetivos tal como lo señala Melish : “ [...] (1) elaborar un plan para el logro progresivo de los derechos protegidos; (2) lleva a ejecución dicho plan de buena fe, y (3) no adoptar medidas regresivas que deterioren cualquiera de éstos derechos.” (2003, p.194).

## B) OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL CONTENIDO MÍNIMO DE LOS DERECHOS

Los derechos humanos tienen por finalidad proteger bienes ya sean materiales e inmateriales, los cuales constituyen el contenido de cada derecho; por consiguiente, esta obligación se enfoca en que los Estados independientemente de la situación económica que estén enfrentando deben cumplir con los elementos fundamentales de cada derecho; caso contrario incurren en responsabilidad internacional.

Cabe precisar que, este deber tiene como objetivos complementar a la obligación de progresividad y evitar cualquier tipo de distorsión que se derive de ella. Por este motivo, la doctrina señala diferencias entre ambas obligaciones: “Esta debe ser distinguida de la prohibición de regresividad: mientras ésta se refiere al estado existente en el disfrute de los derechos y admite excepciones, el deber aquí analizado se relaciona con niveles esenciales de los derechos y no admite excusas”. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p.142).

En otras palabras, la obligación de garantizar el contenido mínimo de los derechos no admite ninguna clase de excepción; de manera que, para dar cumplimiento a este deber se lleva a cabo la cooperación entre los Estados. Es por este motivo que, dentro de los Principios de Limburgo se interpreta el alcance de la expresión “hasta el máximo de sus recursos” sobre la idea de satisfacer las necesidades mínimas de las personas (1986, parrs. 24-28).

### **1.4.3 Obligaciones específicas derivadas del derecho a la salud**

Los Estados deben estructurar las medidas que van a implementar para proteger un derecho humano, siempre tomando en consideración el contenido del derecho en cuestión. Razón por la cual, en esta sección se analizarán a aquellas que provienen del derecho a la salud y una vez entendidas a aquellas que son generales a ese derecho se procederá a examinar al derecho a la salud sexual y reproductiva.

#### **A) OBLIGACIONES DEL DERECHO A LA SALUD**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 12 indica que, el derecho a la salud debe ser ejercido y gozado en el “más alto nivel posible”. En otras palabras, esta expresión debe ser interpretada en el sentido de que los Estados tienen la obligación de tutelar todas las dimensiones de este derecho, las cuales son: físicas, psicológicas, sexuales, sociales y culturales. Por otro lado, cabe mencionar que dichos aspectos constituyen el contenido mínimo que se debe garantizar.

De igual manera, el derecho a la salud también requiere el establecimiento de mecanismos que permitan medir el ejercicio del derecho; por consiguiente, la Observación General 14 del Comité DESC señala cuatro parámetros que son: accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad y calidad, los que se materializan a través de acciones o abstenciones dependiendo del caso.

Además, es necesario establecer los contenidos básicos del derecho; en el presente caso, el derecho a la salud abarca los siguientes aspectos: otorgar bienes y servicios de salud, dotar de recursos a quienes no pueden ejercer éste derecho por sí mismo, la prevención y tratamiento de enfermedades, incentivar la educación en materia de salud, elaborar políticas públicas y planificaciones encaminadas al saneamiento ambiental, promover una alimentación y vivienda adecuados y mantener y proteger la salud sexual y reproductiva. (2000, pp.9-11).

Como se puede evidenciar, las actuaciones que realizan los Estados respecto al derecho a la salud se enmarcan dentro de la obligación de adoptar medidas; no obstante, ésta no es la única obligación puesto que también existe un deber negativo, el que consiste en toda situación que implique una restricción para el ejercicio de derechos; ya sea basado en acciones o en discriminación, de esta forma el Comité DESC enuncia las siguientes actuaciones: “[...] denegar o limitar el acceso igual de todas las personas [...], imponer prácticas discriminatorias como política de Estado, [...] abstenerse de elaborar prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer”.(Observación General 14, 2000, p.10).

A.1) ACCESIBILIDAD: Es un criterio de valoración basado en que, los Estados tienen el deber de remover cualquier tipo de obstáculo que dificulten el ejercicio y goce del derecho a la salud; estos impedimentos pueden provenir de la condición de vulnerabilidad del sujeto que ejerce este derecho y/o del distanciamiento o la falta de conexión entre el sistema de salud y los titulares del derecho.

De ahí que, los Estados están obligados a adoptar medidas que fomenten la inclusión y vinculación para facilitar el ejercicio del derecho a la salud; ya sea a través de: la construcción de infraestructura hospitalaria en comunidades alejadas, capacitaciones en diversos temas de salud, en particular sobre salud sexual y reproductiva o implementar bienes y servicios necesarios para la comunidad; es por esto que, la Observación General No.14 identifica cuatro parámetros que componen a la accesibilidad: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, acceso a la información (2000, p. 4)

A.2) DISPONIBILIDAD: Este criterio examina a las obligaciones en materia de salud desde dos perspectivas: la elaboración de un sistema de salud, así como de una infraestructura con instituciones y procedimientos. De modo que, los titulares del derecho a la salud acuden ante órganos estatales que, tienen como competencias: elaboran las políticas públicas, realizan controles sobre hospitales, medicinas, especialistas en la salud y llevar a cabo procedimientos ya sean judiciales o administrativos claros.

El objetivo de la disponibilidad es que el ejercicio y goce del derecho sea sustentable a largo plazo; es por esta razón, que acertadamente la Defensoría del Pueblo de Colombia señala un alcance más amplio que el fijado por la Observación General 14 del Comité DESC de la siguiente manera: “[...] La disponibilidad exige, entonces, la construcción, el mantenimiento y el desarrollo tanto de un sistema como de una infraestructura que haga posible la actividad del derecho a la salud a través de instituciones y procedimientos”. (2003, p.65).

En relación con las obligaciones generales que son aplicables a la disponibilidad, se identifican tres: la obligación de adoptar medidas, cooperación y la obligación de respeto. La primera implica que, los Estados deben elaborar planificaciones estatales con la finalidad de que el reparto sea equitativo y de acuerdo a las necesidades de los individuos. Por otro lado, se identifica que se puede aplicar la obligación de garantizar el contenido mínimo de éste derecho mediante la cooperación internacional.

Para finalizar con este elemento, también los Estados tienen que cumplir con la obligación de respeto para tutelar el derecho a la salud; este deber se plasma en abstenerse de adquirir insumos y bienes inmuebles a un precio mayor que el planificado, los cuales no guardan un criterio de proporcionalidad respecto a la calidad del bien.

A.3) ACEPTABILIDAD: Éste criterio se base en que, el Estado debe precautelar el ejercicio del derecho a la salud considerando las tradiciones, costumbres, y las situaciones particulares de los titulares de este derecho (Observación General No.14, 2000, p.4). En otras palabras, el Estado debe reconocer y respetar la identidad cultural, excepto cuando las prácticas menoscaben el ejercicio del mencionado derecho; un ejemplo de ello, se identifica en ámbito sexual y reproductivo en prácticas sociales como: machismo, mutilación genital, estereotipos; los que generan discriminación, miedo e inclusive violencia.

Como resultado, se puede deducir que el Estado se encuentra constreñido a cumplir con las obligaciones de respeto y adoptar medidas a través del fomento

a la inclusión y tolerancia de diversas culturas; siempre y cuando sean favorables para el ejercicio del derecho a la salud y cumplan con principios de confidencialidad frente a la condición médica de su titular.

A.4) CALIDAD: El estándar de calidad aplicado al derecho a la salud consiste en el nivel de conocimiento científico, técnico, investigativo e inclusive ético que debe dominar el personal médico y quienes elaboran políticas públicas debe ser alto (Observación General 14, 2000, p.4). Por consiguiente, surgen dos tipos de obligaciones de los Estados: respeto y adoptar medidas. El primer deber consiste en abstenerse de adquirir medicamentos por un precio menor a costa de la calidad, impedir la circulación de medicinas que representen un riesgo para la salud, entre otras.

Por otro lado, el deber de adoptar medidas consiste en que los Estados deben incentivar capacitaciones para médicos y personal de salud en general, fijar normas técnicas de calidad en los bienes y medicinas que se ofrece, establecer planificaciones para que científicos y desarrolladores electrónicos creen proyectos que mejoren la salud

## B. OBLIGACIONES DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

El derecho a la salud también contempla al ámbito sexual y reproductivo de cada ser humano, cuyas necesidades son distintas al ámbito físico, psicológico; es por este motivo que, se requiere conocer el contenido del derecho a la salud y también las obligaciones que debe cumplir el Estado para satisfacer el mencionado derecho; de ello se sigue que, el Comité emitió la Observación General No. 22 se señala que los Estados deben cumplir con la satisfacción de garantías básicas, garantías del contenido del derecho a la salud.

El derecho a la salud sexual y reproductiva se encuentra protegido exclusivamente en el Sistema Universal de Derechos Humanos, a través de la mencionada Observación General. No obstante, cuando se realiza estudio de este derecho, la doctrina identifica dos nociones estas son:

“ [...] el derecho a la autodeterminación que se compone de: 1. El derecho a plantear la propia familia, 2. El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones y 3. El derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectan la salud sexual y reproductiva; y el derecho a la atención a la salud sexual que se encuentra integrado por: el derecho de la mujer embarazada a una protección especial antes, durante y después del parto, 2. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de seguridad e higiene, 3. Prevención y tratamiento del VIH/ SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, 4. Protección sobre prácticas tradicionales nocivas” (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003, p. 120).

El derecho a la autodeterminación sobre la salud reproductiva, implica que los Estados deben abstenerse de interferir o permitir que terceros obstruyan el ejercicio de las libertades en el ejercicio de la salud sexual y reproductiva. En consecuencia, se debe considerar que el titular del derecho debe tener un consentimiento formado, el cual debe basarse en información clara y sus decisiones para ejercer y gozar su derecho debe ser voluntarias, conscientes y responsables. Es así que, estas son exclusivas de cada ser humano y encaminadas al cumplimiento de su plan de vida.

De igual manera, los Estados tienen el deber de adoptar medidas, las cuales se encaminan a otorgar todas las herramientas necesarias para el pleno ejercicio de los derechos. Un ejemplo de ello se plasma en el presente caso, en el que la noción del derecho a la salud sexual y reproductiva analizado como un servicio se plantea que, los Estados deben: elaborar planificaciones y normativas laborales, enfocar sus ayudas a las mujeres en estado de gravidez en todas sus etapas, brindar servicio médico de calidad para la interrupción voluntaria del embarazo, de igual forma, estructurar campañas de información sobre las enfermedades de transmisión sexual y normas que prevengan su contagio, entre otras.

## **2. CAPÍTULO II. ANALISIS DEL DERECHO A LA SALUD**

En diversas legislaciones como la ecuatoriana, se confunden con facilidad el contenido y los elementos esenciales que conforman a los derechos humanos;

en el presente caso, la salud y la integridad. En consecuencia, las acciones que realizan los Estados para tutelar a ambos derechos son con frecuencia insuficientes e ineficaces; razón por la cual, en este capítulo se estudiará cuáles son los bienes materiales e inmateriales los integran; no obstante, el capítulo se iniciará a partir de definiciones básicas.

## **2.1 Definición de derechos humanos**

La naturaleza de cada derecho humano resulta difícil de dimensionar, sobre todo si el análisis toma como punto de partida al presupuesto de la norma para terminar en una aplicación práctica. Sin embargo, el contexto y la realidad en el que se desenvuelven el ser humano permite comprender sus verdaderas dimensiones; en otras palabras, los derechos que no se analizan conjuntamente con las necesidades de sus titulares son letra muerta.

Razón por la cual, la definición más adecuada de derechos humanos es la que plantea Herrera Flores, doctrinario que elabora una nueva teoría de interpretación de los derechos; a partir de la cual, se conceptualiza a los derechos humanos como el resultado de un proceso de reivindicación y lucha para alcanzar bienes necesarios que fortalezcan la dignidad (2005, p.3).

De ello se deduce que, reconocer el bien que engloba a cada derecho es crucial, por dos razones: la primera, facilita la delimitación del contenido, las variables de estudio para su efectivo cumplimiento y los límites de protección a cargo de los Estados y la última, consiste en evitar confusiones entre cada uno de los derechos humanos y la conexión entre derechos.

## **2.2 Los derechos económicos, sociales y culturales**

Los derechos humanos se encuentran interrelacionados con la finalidad de fortalecer la dignidad humana, es decir si existe una vulneración de un derecho humano se violan los demás. Sin embargo, cada derecho humano tiene una naturaleza jurídica propia en la que se establecen los lineamientos básicos que

guían a cada derecho y al contenido de las obligaciones de los Estados; tal es así, que los tratados internacionales han establecido varias categorías de derechos, dentro de las cuales constan los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

Los DESC son el conjunto de derechos humanos que tienen por objeto analizar los aspectos económicos, sociales y culturales que satisfagan las necesidades del ser humano y de esta manera fortalezca la dignidad humana, estos incluyen: el trabajo, la seguridad social, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado, la cultura y la salud (Plataforma DESC España, 2017, p.1). En otras palabras, los ejes centrales de estas prerrogativas exigibles se fundamentan en los aspectos económicos, sociales y culturales que son encaminados a una vida digna tales como: el derecho al trabajo, vivienda, educación, salud, entre otros.

## **2.3 El derecho a la salud**

### **2.3.1 Enfoque normativo**

El derecho a la salud está contenido en diversas normas internacionales tanto en el Sistema Interamericano de Protección en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador como en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). No obstante, éste último ha desarrollado con mayor amplitud el alcance de este derecho a través de las Observaciones Generales del Comité DESC.

De un breve análisis de ambos artículos se identifica que, si bien ambos artículos tienen como premisa principal que el derecho a la salud debe ser gozado en el más alto nivel de salud posible, ello implica tanto aspectos físicos, psicológicos y sociales. No obstante, también existen notables diferencias en la manera en la que ambos abordan el contenido del derecho a la salud.

Una de las principales distinciones radica en que el Protocolo realiza una lectura del derecho más amplia, puesto que incluye una perspectiva social; cuando señala expresamente una protección especial para los grupos



vulnerables e incorpora un enfoque preventivo a través de la educación en materia de salud. En tanto que, el artículo 12 del PIDESC mantiene un enfoque de progresividad con respecto a las obligaciones del Estado, pues manifiesta la prevención y tratamiento de enfermedades endémicas y profesionales, al contrario del Protocolo que establece la total inmunización.

De igual manera, otra distinción son los ámbitos de protección que enuncia cada artículo con respecto al derecho a la salud, éstos son: las condiciones de trabajo y un medio ambiente adecuado; el motivo evidente para incorporar estas variables dentro del análisis de ejercicio del derecho a la salud es que la contaminación de estos espacios en los cuales se desarrolla la vida diaria pueden afectar a mediano o largo plazo a la salud. Y una última diferencia a considerar es que el artículo 10 del PIDESC señala como titulares en condiciones de vulnerabilidad a los niños.

### **2.3.2 Enfoque doctrinario y jurisprudencial**

Como se deduce de los párrafos anteriores, el uso exclusivo de la normativa internacional resulta insuficiente en la aplicación y ejercicio práctico del derecho puesto que, pueden ser imprecisos tanto las expresiones del contenido como el alcance de las obligaciones estatales. Por ende, se generaría inseguridad jurídica pues, cada estado las interpretaría a su propio criterio subjetivo e inclusive existen hipotéticos de vulneración de derechos que rebasan lo manifestado en el artículo.

Es por esta razón, que los organismos internacionales como el Comité DESC emiten interpretaciones mediante las Observaciones Generales 14 y 22 se identifican parámetros estructurales del derecho en cuestión y a su vez se esclarecen ambigüedades y confusiones contenidas en los artículos del PIDESC. De esta forma, el ejercicio y la defensa de los derechos emplean tanto un fundamento normativo como interpretaciones jurisdiccionales o cuasidiciales, como en el caso del Comité.

## **2.4 Dimensiones del derecho a la salud**

La salud contiene dos dimensiones desde las cuales se puede ejercer y gozar, éstas son: libertad y derecho. El primer aspecto plantea a la salud como una libertad, la cual consiste en que cada persona tiene derecho a decidir de forma consciente, voluntaria e informada sobre su cuerpo sin interferencia del Estado ni de terceras personas; es así que la Observación General 14 establece los siguientes ejemplos: “[...] el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica y el derecho a no padecer injerencias como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuados.” (2000, p. 3).

### **2.4.1 La salud como Derecho Humano**

La salud es un derecho económico, social y cultural de carácter autónomo, el cual tiene por finalidad permitir el máximo goce de todos los aspectos de la existencia del ser humano, ya sea de forma individual o colectiva. De ahí que, para su efectivo cumplimiento incluye aspectos físicos, mentales, sexuales, emocionales y sociales. Es decir, el bien que protege este derecho es contribuir a que los titulares de este derecho tengan una vida plena y en lo posible sana.

En el párrafo anterior se utilizó el adjetivo calificativo “posible” porque la Observación General 14 plantea de cierta forma una aparente contradicción ya que, señala como objeto de protección de este derecho a la vida sana pero no es el derecho a estar sano (2000, pp. 2-3). El sentido de la cita anteriormente expuesta se orienta en el sentido que, el individuo tiene derecho a la realización plena de su derecho a la salud en tanto sean variables que el Estado pueda controlar.

En otras palabras, si la enfermedad proviene de condiciones biológicas, congénitas e irreversibles del individuo o es producto de decisiones voluntarias del titular del derecho, los Estados deben dotar de mecanismos para que su condición médica pueda ser manejada en condiciones dignas, mas ello no implica que en todos los casos pueda curarse.

En contraste con la idea anterior, los factores que influyen en el derecho a la salud se originan sobre variables controlables que contribuyen a una vida sana; es decir, solamente aquellas variables que son controlables por los Estados y que pueden ser exigible su cumplimiento por los individuos. Con esta meta los Estados están obligados a prevenir y controlar la difusión de enfermedades a través de los controles a aspectos como: las condiciones ambientales, la alimentación, el saneamiento de salubridad, las condiciones laborales salubres, la educación en materia de salud (Folleto Informativo No. 31, p.3).

#### **2.4.2 Ámbitos de protección del derecho a la salud**

El derecho a la salud, actualmente, requiere de directrices que respondan a una lectura real del derecho conjuntamente con las necesidades de quienes lo ejercen. Como resultado, uno de los grandes problemas en la materialización de este derecho es la disociación del ser humano con respecto al derecho; esto genera que en el ideal, la norma garantice la protección a todas las personas para el ejercicio del derecho pero en la realidad el individuo no lo goce efectivamente; la razón principal es el desconocimiento del ámbito de protección y las condiciones en las que las personas debe ejercer el derecho.

La respuesta a esta dificultad es incorporar al ser humano como el actor principal del derecho a la salud; por consiguiente, se requiere de un proceso de educación y socialización respecto a la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida en condiciones saludables; ya que, en ocasiones la ausencia de enfermedades no implica, que las circunstancias en las que se desenvuelve el derecho sean las apropiadas o no puedan provocar a mediano o largo plazo enfermedades que menoscaben al derecho a una vida sana.

Una vez entendida la problemática jurídica relacionada con el contenido y alcance del derecho a la salud y su posible solución, a continuación se analizarán los elementos esenciales que componen al derecho a la salud de acuerdo con la Observación General 14 del Comité DESC éstos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Estos estándares constituyen un conjunto de requisitos los cuales son exigibles por cualquier

persona, ya sea de forma individual o colectiva y es aplicable a cualquier sistema de salud.

**A.1) DISPONIBILIDAD:** De forma general, es el derecho a contar con una cantidad suficiente de recursos, establecimientos, bienes y servicios que satisfagan, en el menor tiempo posible, las necesidades sanitarias de los titulares del derecho. De ello se deduce que, el sistema de salud es uno de los pilares fundamentales que facilita la realización del derecho.

Es por este motivo que, la Defensoría Pública de Colombia estructura al estudio de la disponibilidad desde dos enfoques: a) las ofertas de salud pública y privada y b) la disponibilidad de opciones para acceder el servicio de salud (2006, p.66); es decir, estos elementos implica conceder al ser humano la posibilidad de elegir de acuerdo a su capacidad económica, creencias entre varias opciones que existen en sistema de salud.

**A.2) ACCESIBILIDAD:** Consiste en dotar de mecanismos y recursos que faciliten el ejercicio del derecho a la salud, esto quiere decir la eliminación de cualquier obstáculo de tal manera, que incluya a todos los sujetos de este derecho; por esta razón, la Observación General 14 de Comité DESC señala los siguientes pilares: “[...] La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: I) No discriminación [...] II) Accesibilidad física [...] III) Aceptabilidad económica (asequibilidad) [...] IV) Acceso a la información” (2000, p. 4). A continuación se desarrollan cada uno de estos criterios.

**I) No discriminación:** El derecho a la salud debe ser ejercido de forma universal, es decir sin trabas respecto a las condiciones que puedan tener los titulares del derecho y de esta forma evitar una situación de vulnerabilidad, un ejemplo de aquello son las personas portadoras de VIH SIDA.

**II) Accesibilidad Física:** Se entiende por accesibilidad física a la posibilidad que tienen las personas de que en su propio entorno geográfico puedan alcanzar y adquirir dentro de los distintos establecimientos la atención médica, bienes, productos o servicios que garanticen el ejercicio del derecho a la salud. De igual manera la Observación General 14 amplía el contenido de la

accesibilidad no solo a servicios de salud, sino también a otras variables de la siguiente manera: “ [...] La accesibilidad también implica [...] algunos factores determinantes para el ejercicio del derecho a la salud tales como agua limpia, potable y servicios sanitarios adecuados [...]” (2000, p. 4).

**III) Accesibilidad económica:** Consiste en que los individuos que no cuenten con los recursos económicos suficientes tengan la posibilidad de acceder a los servicios de salud, de una manera gratuita, en la medida de lo posible o en su defecto que no implique un costo demasiado alto para su nivel de vida.

**IV) Acceso a la información:** Se entiende a este elemento como la obtención información, que sea relevante respecto al derecho a la salud, que incluye prerrogativas tales como solicitar, circular y recibir información e ideas; esto siempre y cuando, se tome en cuenta el límite de la protección a los datos personales de ambos sujetos, es decir los solicitan, y los que proporcionan dicha información.

No obstante, se ha identificado una falencia sustancial en la Observación General 14, en razón de que no puede considerarse a la no discriminación como un elemento per sé del derecho a la salud, ya que al cumplirse con los distintos tipos de accesibilidad se genera como resultado la no discriminación.

**A.3) ACEPTABILIDAD:** Se centra en dos aspectos, el primero es el ámbito ético en las relaciones médico – paciente y el segundo es el derecho a auto determinarse y elegir libremente; en otras palabras, se relaciona con la identidad cultural, y el desarrollo del plan de vida de cada ser humano. Resulta curioso que, este sea el único elemento que concibe a la salud como un derecho y una libertad a la vez.

**A.4) CALIDAD:** Establece que los servicios de los sistemas de salud, y todo lo que componen tienen que basarse en criterios científicos, técnicos y de la más alta y avanzada calidad. Esto se hace extensivo hacia el personal médico, los equipos, tratamientos y medicinas que se ponen a disposición del individuo.

## **2.5 Derecho a la salud sexual y reproductiva**

Uno de los ámbitos de protección del derecho a la salud es la sexualidad y la reproducción; sin embargo, para un mejor entendimiento se separará a cada uno y se elaborará una definición en base a la Observación General 22 del Comité DESC. En primer lugar, se estudiará al derecho a la salud sexual, y en segundo lugar al derecho a la salud reproductiva. Partiendo de estas nociones básicas se escogerá a alguna de ellas.

### **2.5.1 Derecho a la salud sexual**

La Observación General No.22 lo define como: “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad” (2016, p.2)”. De ello se entiende que, el bien inmaterial que tutela el derecho a la salud sexual es la facultad de ejercer y gozar una vida sexual plena, sin trabas y sin ningún tipo de impedimento o menoscabo, ya sea que provenga de parte del Estado o de una tercera persona.

Cabe mencionar, que los contenidos que comprenden a este derecho son aquellos que engloban únicamente a la sexualidad y sus diversas manifestaciones tales como: las enfermedades de transmisión sexual, la orientación sexual, la identidad de género, el derecho a disfrutar del placer sexual, prevención y tratamiento de la violencia de género entre otros.

### **2.5.2 Derecho a la salud reproductiva**

En tanto que, el derecho a la salud reproductiva se sustenta en el aspecto de la reproducción humana como un ciclo vital y a su vez como una libertad; es por este motivo que, la Observación General 22 señala como componentes de este derecho tanto a la capacidad de reproducirse como a la libertad como un factor determinante para adoptar decisiones libres, voluntarias, informadas y responsables con respecto a la reproducción (2016, p.2).

Como se puede deducir, el derecho a la salud sexual es más amplio porque sus dimensiones no se agotan en la reproducción e incluyen múltiples derechos para los individuos como son: el derecho a autodeterminar su orientación

sexual y/o identidad de género, el derecho a una información técnica y actualizada sobre métodos anticonceptivos y enfermedades, así como el gozar del derecho a la salud sexual de forma libre, voluntaria y responsable; entre otros. Es así que, desde este punto el ensayo se enfocará en el estudio del derecho a la salud sexual específicamente.

De todas maneras, el análisis no estaría completo sin dar una lectura del derecho a la salud sexual a partir de elementos esenciales del derecho a la salud en general, los cuales son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad para que los titulares de los derechos comprendan el verdadero alcance del mencionado derecho, así como la importancia de su garantía por parte de los Estados.

i) **DISPONIBILIDAD:** Desde esta perspectiva, el derecho a la salud sexual debe estar orientado a la prevención y tratamiento de enfermedades de carácter sexual; de este eje rector se desprenden los siguientes derechos exigibles: el derecho a adquirir medicamentos como retrovirales en centros de salud y farmacias, el derecho de escoger responsablemente el método anticonceptivo que más se ajuste a su vida diaria y comodidad.

De igual manera, la Observación General 22 establece como una obligación primordial del Estado que los titulares del derecho a la salud dispongan de suficiente personal médico y también que, los proveedores de servicios estén capacitados (2016, p.4). Por consiguiente, la premisa anterior implica, que existen diversos derechos como: el derecho a ser atendido por un personal médico técnico que sea capacitado en salud sexual y el derecho a elegir libremente y de acuerdo a sus necesidades el sistema de salud apropiado.

ii) **ACCESIBILIDAD:** El derecho a la salud sexual debe ejercerse sin ningún tipo de impedimento o menoscabo; es justamente por este motivo que, la accesibilidad tiene por finalidad vincular más al individuo con el derecho que se encuentra exigiendo, desde esta perspectiva se plantean tres tipos: física, económica y el acceso a la información.

Siguiendo ese orden de ideas, el primer tipo de accesibilidad se enfoca en el derecho que tienen las personas a que existan clínicas especializadas en salud sexual y reproductiva, a la adquisición de bienes como métodos anticonceptivos y servicios como: campañas de educación sobre las enfermedades de transmisión sexual, planificación familiar, procedimientos judiciales efectivos tanto para cesar la vulneración del derecho a la salud sexual, así como una investigación efectiva, sanción y reparación del daño ocasionado a la víctima en caso de su violación; todo esto debe encontrarse dentro de su propio territorio.

Es así que, en la Observación General 22 establece que, la atención a la salud sexual se tiene que encontrar cerca de los titulares del derecho de manera que, quienes lo requieran puedan acceder a un servicio e información oportunos y con el mayor grado de resiliencia posible (2016, p.5).

El segundo tipo de accesibilidad es de orden económico; esto implica que, se debe conceder facilidades de pago a los titulares del derecho a la salud sexual, ya sea que el Estado otorgue los tratamientos de forma gratuita o de forma proporcional a sus ingresos; de tal manera que, logren mantener algunos ingresos que sean destinados a condiciones de vida dignas. Esta última expresión cobra gran relevancia si se considera que, algunos remedios, equipos y tratamientos que combaten las enfermedades de transmisión sexual son importados y por ende, su costo es elevado.

Y finalmente, el tercer elemento es el derecho a acceder a información sobre salud sexual; el cual ha sido menoscabado a lo largo del tiempo; puesto que, en el contexto social ecuatoriano la sexualidad ha sido considerada como un tabú o un pecado, esto genera la inexistencia de un diálogo o que éste sea sesgado. Por consiguiente, la búsqueda de información sobre sexualidad no proviene de información científica, comprobada sino fuentes no contratadas e inadecuadas como por ejemplo: la pornografía.

Es por este motivo que, la Observación General 22 analiza al sujeto del derecho a la salud sexual, es decir sus necesidades, entorno, nivel de



educación, su orientación sexual e identidad de género, entre otras condiciones frente al proceso de buscar, recibir y difundir información que sea científica y empíricamente contrastada sobre diversos aspectos que involucran a este derecho (2016, p.6).

iii) **ACEPTABILIDAD:** Este elemento integra al derecho a salud sexual conjuntamente con la libertad que tiene el individuo de buscar su propia identidad sexual de conformidad con sus valores, educación y cultura; y de ésta forma, eliminar los obstáculos que restrinjan el ejercicio de su salud sexual. No obstante, de manera acertada, la Observación General 22 señala como un límite a la identidad cultural cuando atenta al goce del máximo nivel de una vida sexual plena, ejemplo de ello son: el machismo, la castración forzada y la ablación del clítoris.

iv) **CALIDAD:** El derecho a la salud sexual en todos sus enfoques, ya sean a través de la prestación de servicios provenientes de los profesionales de la salud, la solicitud y acceso a la información, la disponibilidad de medicinas, bienes e infraestructura sanitaria deben ser ejercidos en los más altos estándares de calidad; es decir, los individuos tienen derecho a obtener una salud sexual de excelencia en la medida de los conocimientos científicos existentes y de los avances tecnológicos más actualizados.

## **2.6 Las enfermedades de transmisión sexual y el derecho a la salud**

En esta sección se analizará ¿cómo aborda el derecho internacional de los derechos humanos a las enfermedades de transmisión sexual? Con este objetivo se definirá primeramente el concepto de enfermedad y posteriormente, identificar que son las enfermedades de transmisión sexual y sus diversos tipos; con la finalidad de entender sobre cuales se sustenta el tipo penal de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual.

Para identificar la definición internacional de enfermedad es necesario acudir a la doctrina, la cual ha manifestado diversas posturas sobre una definición universal del derecho a la salud; dentro de las cuales se encuentra la teoría de

definir a la salud como la ausencia de enfermedad, sin embargo, fue descartada esta posición; en razón de que, es una noción restringida del derecho a la salud que se asocia solamente con el tratamiento de enfermedades sin considerar un enfoque preventivo.

Razón por la cual, la doctrina internacional desarrolló un nuevo concepto de enfermedad más integral al mencionar que: “se entiende como enfermedad toda disminución de la capacidad de apropiación de sí mismo que produce un estado de desvalimiento y de falta de plenitud con repercusiones negativas sobre la dignidad humana” (Defensoría Pública de Colombia, 2003, p.96), es decir, el estado de enfermedad disminuye la calidad de vida de los seres humanos y por ende, el cumplimiento de sus planes de vida se ve postergado o destruido en algunos casos.

Una vez entendido la noción de enfermedad en el contexto internacional, este ensayo se enfocará en analizar como se ve afectado el derecho a la salud sexual por el contagio doloso de una enfermedad de transmisión sexual o ETS; para lo cual, en esta última sección del capítulo 2 explicaremos nociones básicas de qué son este tipo de enfermedades.

Una enfermedad de transmisión sexual es el conjunto de más de treinta bacterias que se encuentran en los órganos reproductores masculinos o femeninos, ya sea de forma interna o externa, los cuales se transmiten por contacto sexual de manera oral, vaginal o anal. En consecuencia cuando se efectúa el contagio éstas pueden llegar a producir una afectación de forma temporal o permanente, dependiendo si es considerada como una afección curable o incurable (Organización Mundial de la Salud, 2019).

Es decir, no todo contagio de una enfermedad de transmisión sexual es grave sin embargo, genera un detrimento en mayor o menor medida al derecho a la salud sexual dependiendo del tipo de enfermedad y el alcance de su virulencia en el cuerpo del ser humano.

### **3. CAPÍTULO III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO DE TIPIFICAR EL DELITO DE CONTAGIO DOLOSO DE ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL**

Una vez estudiadas tanto las obligaciones específicas como el contenido del derecho a la salud sexual; el siguiente paso a seguir es identificar la realidad del país, esto implica analizar las medidas que el Estado ecuatoriano ha adoptado. La finalidad de este examen es identificar si éstas son suficientes para la protección del mencionado derecho y a sus titulares como la salud pública y a la de las víctimas de éste delito.

#### **3.1 Medidas adoptadas por el estado ecuatoriano**

El Estado ecuatoriano “pretende” manejar el derecho a la salud sexual exclusivamente desde la prevención de ETS, a través de la elaboración de políticas públicas como planificaciones estatales basadas las necesidades de los sectores más vulnerables y su directa vinculación con el ejercicio del citado derecho.

Es así que, en lo referente a la obligación internacional de adoptar medidas el Estado ecuatoriano elaboró las siguientes planificaciones: Política de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2017-2021, Plan estratégico multisectorial de la Respuesta Nacional al VIH/SIDA.

##### **3.1.1 ENFOQUE PREVENTIVO**

Las planificaciones mencionadas grosso modo se manejan en torno a un enfoque preventivo, es decir el objetivo es evitar la vulneración del derecho a la salud sexual en base a cuatro ejes fundamentales “1. Información, educación y asesoría sobre salud sexual y salud reproductiva, 2. Acceso a servicios integrales de salud sexual y reproductiva, 3. Acción comunitaria, diálogo social y corresponsabilidad y 4. Transformación de los patrones culturales” (Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2017-2021, 2017, p.15).

Resulta evidente que, dentro de sus competencias el Ministerio de Salud en sus planificaciones plantea el acceso a los servicios de salud para las víctimas; no obstante, no es competente para declarar ningún tipo de responsabilidad penal más allá de fijar sanciones administrativas a los centros de salud cuando existe una prestación negligente de los servicios de salud.

### **3.1.2 Enfoque de protección**

En lo referente al enfoque de protección, es decir cuando ya existe una vulneración del derecho a la salud, es inexistente puesto que, no existe un tipo penal que sancione de forma autónoma el contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual. Uno de los aspectos fundamentales cuando existe una vulneración de derechos humanos es que la víctima puede acceder a todos los mecanismos judiciales para que pueda exigir el restablecimiento del derecho y que se inicie una investigación que desemboque en un proceso judicial.

Este vacío legal genera responsabilidad internacional ya que la accesibilidad debe ser analizada tanto desde el enfoque preventivo como desde un enfoque de protección; caso contrario se evidencia una vulneración del derecho a la salud sexual puesto que los Estados deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar el efectivo ejercicio y goce del derecho; esto también se materializa a través de la elaboración de normativa que facilite una debida diligencia en la investigación de la vulneración de derechos humanos.

### **3.1.3 Análisis de las medidas implementadas por el estado ecuatoriano**

De las planificaciones anteriormente expuestas se pueden identificar varios problemas en el manejo del derecho a la salud sexual; ya que, para empezar todos los estudios relacionados con las estadísticas de aumento o disminución del contagio de enfermedades de transmisión sexual se basan en años anteriores que no son cercanos a la fecha actual de las planificaciones. En resumen, las cifras que emplean para medir el contagio no son reales y por ende, no pueden medir de manera objetiva los resultados de las políticas públicas implementadas.

Otro problema básico es que su enfoque “preventivo” se dirige exclusivamente para evitar el contagio y otorgar tratamiento a quienes son portadores de los virus de ETS; sin embargo, invisibiliza la realidad de aquellas personas que se encuentran contagiadas del virus. En otras palabras, el Estado ecuatoriano maneja únicamente un enfoque preventivo y no protege a las víctimas una vez que se vulneró el derecho a la salud sexual.

Una respuesta eficiente a esta problemática es que el Estado ecuatoriano adopte medidas enfocadas en evitar y en caso de que ocurra sancionar la vulneración de este derecho, sin desconocer la existencia de éstos últimos casos; motivo por el cual, está obligado a crear el tipo penal de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual.

De tal manera que, exista efectivamente un procedimiento frente a una eventual vulneración del derecho y como resultado el Estado materializa la accesibilidad al derecho a la salud sexual ya que, una vez implementado el tipo penal en la legislación penal ecuatoriana existiría un procedimiento de denuncia sobre este delito en concreto, los órganos estatales competentes serían competentes tanto para la investigación como para el juzgamiento, se establecería una sanción y reparación para la víctima.

### **3.2 Análisis del derecho a la integridad a la luz de los derechos humanos**

El derecho a la integridad es un derecho humano que se encuentra protegido en diversas normativas internacionales; en el Sistema Universal de Derechos Humanos se encuentra contenido en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De igual manera, el Sistema Interamericano contempla en la Convención Americana de derechos humanos en el artículo 5.

Cabe mencionar que, el Sistema Interamericano desarrolla con mayor amplitud el contenido del citado derecho en razón de que, esclarece los diversos ámbitos en los que se ejerce el derecho a la integridad e inclusive existe

diverso desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte; ya que este derecho si es judicializable.

No obstante, esto no implica que, forzosamente toda actuación estatal cumpla la tutela del derecho a la integridad o que toda acción u omisión que se realice dentro de los Estados sea vulneración de derecho per se, puesto que cada derecho humano tiene un conjunto de elementos que facilitan la identificación de una violación de éste; motivo por el cual, se estudiará la naturaleza jurídica del derecho a la integridad y de esta manera, identificar si el Estado ecuatoriano lo tutela o confunde los elementos en el artículo 152 del tipo penal de Lesiones.

### **3.2.1 La integridad como un derecho civil y político**

La doctrina clásica incluye a este derecho dentro de la clasificación de los derechos civiles y políticos o de primera generación, la cual se basa en una evolución meramente histórica. Derivado de ésta división se han construido varios mitos, los cuales rompen con las características esenciales de los derechos humanos; tales como la indivisibilidad e interdependencia.

Es por este motivo que, en esta parte del ensayo se define a los derechos civiles y políticos como un conjunto de derechos que se fundamentan en la dimensión individual de cada ser humano basadas en principios como libertad e igualdad, los cuales se encuentran encaminados a fortalecer la dignidad humana, dentro de esta categoría se encuentran derechos como: la vida, libertad, integridad, propiedad, entre otros.

El primer mito consiste en que los derechos civiles y políticos se definen como aquellos que “[...] protegen la vida personal del individuo y son los más conocidos por la gente” (Provea, 2008, p.19). De la cita anterior, el error consiste en mantener una perspectiva disociada y restrictiva de los derechos humanos ya que, cada derecho posee elementos esenciales que conjuntamente con otros son el medio para una vida digna.

Otro aspecto falso es que las obligaciones que deben cumplir los Estados para proteger a los derechos civiles y políticos son de carácter negativo; la razón, es

que se consideran a los derechos civiles y políticos como libertades individuales: “[...] los derechos de primera generación se basan en el principio de libertad” (Torres y González, 2008, p.79). Por ende, el Estado “supuestamente” debe no interferir en el ejercicio de este tipo de derechos; no obstante, el Estado también debe realizar acciones para la protección de éstos derecho, un ejemplo de ello es infraestructura segura y adecuada de los recintos carcelarios.

### **3.2.2 Bien inmaterial y contenido**

En el capítulo 2 de este ensayo se mencionó que, cada derecho humano protege un bien material o inmaterial; en el presente caso, el derecho a la integridad comprende la protección de ámbitos de la vida que son tanto físicos como psicológicos, tal como lo indica el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos se deduce que el mencionado derecho protege bienes materiales como inmateriales.

De una lectura minuciosa, el citado artículo identifica como premisa central la búsqueda y mantenimiento del bienestar físico, psicológico y moral que fortalezcan la dignidad humana y el plan de vida de cada ser humano; en esencia, es el límite por el cual ni una tercera persona peor aún un Estado puede menoscabar la esfera de bienestar; caso contrario, se genera responsabilidad internacional para el Estado.

### **3.2.3 Tipos de integridad**

El derecho a la integridad abarca tres aspectos que se encuentran íntimamente conectados, los cuales se van a describir concretamente; el primero que señala el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos es la integridad física, la cual protege la existencia corporal del ser humano, esta incluye el ámbito biológico sexual de los individuos; sin embargo, la protección no es exclusiva de éste derecho, ya que se relaciona con la salud sexual.

Por otro lado, también se encuentra a la integridad psicológica que responde al pensamiento, emociones internas, desarrollo intelectual; los cuales aparentan ser bienes inmateriales pero en realidad influyen directamente en la integridad

física del individuo y su derecho a la salud. Y finalmente, existe una esfera moral configurada por una serie de principios, valores, experiencias y un nivel de espiritualidad que el ser humano desarrolla a lo largo de la vida.

Si alguno de estos ámbitos es violado se genera un daño, por consiguiente se sancionan la tortura y tratos crueles e inhumanos, los cuales tienen elementos propios, dado que, el artículo 1 de la Convención Interamericana plantea que la tortura y los tratos crueles e inhumanos solo pueden originarse de los agentes estatales y no de cualquier persona:

“[...] todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”

### **3.3 Análisis del delito de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual a la luz de los derechos humanos**

En esta sección del capítulo se procederá a identificar la necesidad de elaborar un tipo penal del contagio doloso de ETS desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, con la finalidad de determinar si en efecto el derecho a la salud sexual es menoscabado y si existe o no una o varias obligaciones internacionales que éste derecho genera y no son cumplidas.

Por este motivo, se desarrollarán tres argumentos que justifican la posición de este ensayo académico: primero se analizará si es una distinción legítima a través de un test, como segundo aspecto se identificarán las diferencias del contenido entre el derecho a la integridad y el derecho a la salud sexual.



### **3.3.1 Delito por contagio doloso de ets: ¿discriminación o distinción legítima?**

Se toma como referente a los tipos penales de legislaciones comparadas como: Brasil en el artículo 130, Costa Rica en el artículo 130, México en el artículo 199 tipifican como un delito autónomo al contagio de enfermedades de transmisión sexual, denominado en algunas de éstas legislaciones como contagio intencional. Siguiendo ésta lógica, únicamente es punible el contagio cuando es doloso; es decir, cuando el portador era consciente de su condición dado que, existe un diagnóstico previo y conocía sobre su condición antes de mantener relaciones sexuales y se efectúe el contagio a su pareja.

Una vez explicado en que consiste éste delito, se someterá al test de distinción legítima con la finalidad de identificar, si este tipo penal es o no discriminatorio y en consecuencia, si protege el ejercicio del derecho a la salud sexual. Bajo estas consideraciones, se requiere conocer que implica el Principio de Igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos.

#### **A) PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Este principio abarca dos elementos: igualdad y no discriminación, ambos son una dualidad complementaria ya que, si se incumple uno de ellos surge responsabilidad del Estado por ambos. El primero, tiene dos ámbitos de protección uno de iure (derecho) y otro de facto (hechos). En lo pertinente a la tutela del principio de igualdad en el ámbito jurídico, se concreta en que el ordenamiento jurídico de cada Estado incorpore este principio; es decir, se le denomina formal porque consta en la ley.

Pese a ello, no es suficiente su reconocimiento en una norma, por este motivo, doctrinarios como Montoya explican que, el principio de igualdad debe ser analizada desde dos enfoques: en la ley o ante la ley. Esta diferencia trasciende un mero matiz lingüístico porque cambia el sentido de interpretación y alcance del principio. Por ende, uno consiste en que la norma jurídica reconoce el ejercicio de derechos y obligaciones a todo ser humano como igual y otra interpretación de éste es que en dos o más casos distintos a los cuales

son aplicables la misma norma, no se otorgue un trato diferenciado entre los individuos (2007, p.2). En resumidas cuentas, es un ámbito objetivo porque se basa en la norma.

Lastimosamente, la realidad es dinámica y supera a los presupuestos que contiene la norma; puesto que, en la práctica no siempre se conceden las condiciones a los titulares para ejercer sus derechos y como resultado, la norma es ineficiente y genera discriminación. Por esta razón, se implementó una dimensión material que examina el aspecto subjetivo del principio, que implica el estudio del ser humano, de la realidad y sus necesidades; en otras palabras, la igualdad material se consigue a través del entendimiento de las necesidades y condiciones en los que las personas ejercen sus derechos.

## **B) PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN**

La errónea asociación de un solo tipo de imagen de ser humano, ha ocasionado que se diferencien a las personas en el trato diario y se obstruya el ejercicio de los derechos humanos por aspectos como: etnia, condición social, orientación sexual, género, entre otros; los cuales son producto de los estereotipos regentes en la sociedad, puesto que, estas conductas se encuentran arraigadas en la cultura y en el imaginario colectivo, como consecuencia surge la discriminación.

Por este motivo, se asocia al principio de igualdad con el de no discriminación como una respuesta lógica a la distinción ilegítima e irracional del individuo por sus condiciones personales, las cuales pueden ser modificables o no; por esta razón, son objeto segregación y exclusión social o estatal; dado que, no se les reconoce ni como iguales ante la ley, peor aún se legitima su dignidad humana.

Es así que, en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se indica una serie de categorías ejemplificativas, por las cuales una determinada acción u omisión de los Estados en contra de alguna de las personas que poseen una o varias de estas condiciones, se puede sospechar una posible discriminación; dentro de las cuales, se encuentra la condición de portar VIH y también dentro de la expresión “otras condiciones sociales” se

encuentran las demás personas que son portadores de una ETS que no es VIH.

Sin embargo, la sola pertenencia a estas categorías no es razón suficiente para que exista una discriminación sino que, debe ser el motivo por el cual se pretender restringir, eliminar, impedir, menoscabar el ejercicio de un derecho; por este motivo, aplicando ambos principios al presente tema de ensayo, inevitablemente, surge la siguiente interrogante: ¿ser portador de una ETS puede restringir el ejercicio y goce derecho a la salud sexual? La respuesta inicialmente es negativa. No obstante, si existe un límite a este derecho, el cual se fundamenta en el ejercicio responsable del derecho de la salud sexual.

Como resultado de la limitación mencionada, surge el supuesto de hecho contemplado en el tipo penal de contagio intencional de ETS, de ello se deducen dos preguntas: ¿debe ser sancionado por las normas penales aquel individuo que ejerce de forma irresponsable y dolosa su derecho a la salud sexual? y que, ¿por esta acción genere un resultado dañoso a otro ser humano? y si la respuesta es afirmativa, ¿configura una distinción legítima o una discriminación?

### **C) ELEMENTOS DE LA DISTINCIÓN LEGÍTIMA**

Los Estados con el propósito de salvaguardar los derechos humanos, en ciertas circunstancias, elaboran distinciones entre las personas; a pesar de pertenecer a las categorías o cláusulas sospechosas. Es por este motivo que, como consecuencia de la ruptura del principio de igualdad la doctrina y jurisprudencia internacional han mencionado que, solo es justificable a través de una serie de criterios razonables; caso contrario, la medida genera discriminación.

La distinción legítima es la excepción del principio de no discriminación en virtud del cual, Dulitzky analiza que los Estados están obligados a justificar y probar que la distinción que pretenden implementar a través de la normativa o política pública es legítima; razón por la cual, la medida a implementarse tiene que aprobar los siguientes criterios: determinar criterios objetivos, un fin

legítimo, razonabilidad, un juicio de proporcionalidad que mida que el medio adecuado es la única medida que se pueda adoptar o que en su efecto, sea la menos lesiva (2007, p.7).

- I) **Criterios Objetivos:** En el presente caso consiste en que toda persona debe ejercer la salud sexual de forma libre, voluntaria, responsable y sin riesgos como lo establece la Observación General 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la necesidad se deriva de un aumento considerable de las cifras de contagio, aspecto que atenta contra la salud pública y la del sujeto pasivo concretamente. De igual manera, existe un evidente estado de indefensión de las víctimas porque no pueden accionar el sistema judicial, puesto que no existe un tipo penal que sancione esta conducta ilícita.
- II) **Fin legítimo:** El objetivo que se pretende a través de la implementación de este tipo penal es sancionar a las personas que siendo portadores de una enfermedad de transmisión sexual contagian de forma dolosa ésta condición; en otras palabras, solo son punidos quienes ejercen de forma irresponsable su derecho a la salud sexual y que por éste motivo, vulneran el derecho a la salud sexual de sus parejas sexuales.
- III) **Razonabilidad:** Doctrinarios como Pérez manifiestan que este elemento se basa en el grado de afectación, el cual se produce por la falta de aplicación que la mencionada distinción tiene sobre el fin legítimo que se propone proteger (2016, p.45). Desde esta visión, la ausencia del tipo penal de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual no solo genera un vacío legal; sino también, produce consecuencias negativas tanto para quien comete el acto dañoso como para la víctima.

**SUJETO ACTIVO:** El individuo no comprende la ilicitud de su actuación causada por el ejercicio irresponsable del derecho a la salud sexual; ni tampoco dimensiona la afectación del mencionado

derecho a la víctima, quien ya no goza del más alto nivel de salud posible o peor aún, en ciertos casos, no puede regresar al estado de salud anterior al contagio. A la vez que, representa un riesgo para la salud pública ya que, al no existir una sanción repetirá la conducta sin ningún tipo de represalia.

**SUJETO PASIVO:** La víctima recibe un mayor impacto porque frente a una vulneración de su derecho a la salud sexual, no puede acceder a la justicia para que se sancione al presunto sujeto activo, ni tampoco se le puede reparar el daño causado; de tal manera que, al no existir el tipo penal de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual, el Estado ecuatoriano incumple con su obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la accesibilidad al sistema judicial en caso de que, un tercero vulnere el derecho a la salud en el ámbito sexual.

Como resultado, esto produce un sentido de impunidad en la víctima y rompe con el principio de igualdad material ya que, a pesar de que la norma constitucional en el artículo 32 garantiza a todos los seres humanos el derecho a la salud sexual y reproductiva; en la praxis no hay mecanismos judiciales que hagan exigible el mencionado derecho por su vulneración.

**IV) Proporcionalidad:** En el análisis de la implementación del tipo penal no es suficiente abordarlo desde una perspectiva de prevención; puesto que, el acto ilícito ya se cometió por consiguiente, se ocasionó un daño grave o permanente en muchos casos; por lo que, se requiere una sanción por el cometimiento de este delito de forma individual con una pena privativa de libertad como medida de no repetición y una indemnización pecuniaria como medida de satisfacción para la víctima

Por los motivos anteriormente expuestos, en el Informe de ONUSIDA del año 2017, se establece que la única manera en la que, el portador del virus de VIH

positivo puede ser sancionado es cuando el contagio es doloso, al contrario de castigar la no revelación de su condición de seropositivo sin que exista contagio alguno; situación que, en efecto genera discriminación y la vulneración del derecho a la intimidad.

En otras palabras, el mismo organismo internacional encargado de tutelar el derecho a la salud sexual, reconoce que existen límites para su ejercicio y goce en las siguientes líneas: “ [...] Aunque esta es su postura, a ONUSIDA le preocupa la continuada aplicación del derecho penal más allá de la transmisión intencionada a los casos que implican la transmisión del VIH, la no revelación del estado serológico respecto al VIH o la exposición al VIH de forma involuntaria cuando el VIH no se transmite. (2013, p. 2). En conclusión, la implementación del contagio doloso o intencional de enfermedades de transmisión sexual no es discriminatorio, en tanto se logre probar efectivamente el contagio y el dolo.

### **3.3.2 Error en el art. 152 del COIP: diferencias entre el derecho a la integridad y el derecho a la salud sexual**

El error fundamental del artículo 152 de la norma penal ecuatoriana es la confusión entre el derecho a la integridad y el derecho a la salud sexual y reproductiva; cabe esclarecer que, los Estados si bien deben adoptar las medidas necesarias para la protección de un derecho; en este caso frente a una vulneración, el precepto de la norma debe enfocarse en punir una conducta específica que afecta a un derecho específico y autónomo como lo es la salud sexual. Por este motivo, a la luz del derecho internacional de derechos humanos es imperativo identificar los bienes que persigue cada derecho.

#### **A) DERECHOS HUMANOS DIFERENTES – BIENES DISTINTOS**

En líneas anteriores se identificó que el derecho a la integridad persigue como bien final un estado de bienestar enfocado en aspectos físicos, psicológicos y morales; es decir, para que exista una afectación o daño a éste derecho concurren dos factores: el probar la existencia de torturas o tratos crueles e

inhumanos provenientes de agentes estatales y que la afectación ocasionada por dichos actos sea física, psicológica y/o moral.

En tanto que, el derecho a la salud sexual es más específico, pues busca que el ser humano viva su sexualidad de forma saludable en todos los ámbitos de su vida diaria: físicos, psicológicos, sociales, culturales; los cuales responden a criterios como: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Esto significa que, este derecho no solo comprende a la salud como un mero estado de bienestar, sino desde una esfera individual y social.

En resumen se deduce que, elaborar un tipo penal que proteja analógicamente a ambos derechos es un craso error; puesto que, son dos derechos humanos independientes los cuales abordan y tutelan a la dignidad humana desde bienes jurídicos distintos y requieren un desarrollo normativo y de políticas públicas distintas; razones por las cuales, debería el Estado ecuatoriano señalarlo como dos penales distintos.

#### B) LAS NOCIONES DE LA SALUD SEXUAL SON MÁS AMPLIAS

El derecho a la salud sexual no solo estudia al ser humano de forma individual, sino que lo identifica como un ser social cuyas interacciones afectan al ejercicio y goce de la salud sexual de quienes, en este caso, desempeñan el rol de parejas sexuales (permanentes u ocasionales); es decir, estas relaciones entre dos o más personas deben desenvolverse de forma responsable, libre de violencia, seguras, entre otros factores.

Es así que, la Organización Mundial de la Salud señala acertadamente lo siguiente: “[...] La salud sexual requiere un enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y de las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, libres de toda coacción, discriminación y violencia” (2018, p.3). En otras palabras, el daño que se genera por el contagio doloso no se encuadra en una lesión a un solo individuo, sino que vulnera el derecho del sujeto pasivo como a la sociedad en general, puesto que, coloca en situación de riesgo a quienes fueron y serán sus parejas sexuales.

### **3.3.3 Obligaciones internacionales incumplidas por la ausencia del tipo penal contagio doloso o intencional de ETS**

El estado ecuatoriano actualmente no solo está violando la protección del derecho a la salud sexual; sino también sus obligaciones internacionales provenientes del derecho original, en el presente caso el artículo 12 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de igual manera, ha incumplido con lo establecido en la Observación General 22 del Comité DESC; ésta última es un instrumento internacional de derecho derivado que, esclarece el contenido del derecho, las obligaciones internacionales, violaciones y recursos.

#### **a) Obligación de adoptar medidas**

La obligación que el Estado ecuatoriano está incumpliendo por la ausencia del tipo penal es la obligación de adoptar medidas, la cual se fundamenta en que los Estados están constreñidos a elaborar todos los mecanismos legales, técnicos, judiciales y administrativos que faciliten el efectivo ejercicio y goce de los derechos humanos. Cabe mencionar que, contiene dos subobligaciones: proteger y cumplir; la primera de ellas tiene un enfoque preventivo, es decir, antes de que se genere la conducta ilícita.

No obstante, el incumplimiento se origina en la segunda; es decir, cuando ya existe una violación del derecho a la salud en virtud de que, cuando una tercera persona efectúa el contagio doloso de una enfermedad de transmisión sexual la víctima no tiene ningún mecanismo judicial para denunciar exclusivamente el contagio puesto que no existe el tipo penal.

Por consiguiente, se vulnera el elemento de accesibilidad del derecho a la salud ya que, este elemento no tan solo se enfoca en el ámbito preventivo sino que también se encarga de que existan los medios necesarios para que se inicie con una investigación y se pretenda restituir los daños ocasionados por el menoscabo del derecho; eso se puede evidenciar de la propia Observación General 22 del Comité DESC en las siguientes líneas:



“[...] También es importante que el derecho a la salud sexual y reproductiva se consagre en leyes y políticas y sea plenamente justiciable en el plano nacional. [...] Cuando terceros vulneren el derecho a la salud sexual y reproductiva, los Estados deben velar porque se investiguen y se enjuicien esas violaciones, se exija responsabilidades a los autores, y se ofrezcan recursos a las víctimas” (2016, p. 17).

#### b) Proteger el contenido mínimo esencial del derecho a la salud sexual

Existen aspectos esenciales sin los cuales ningún derecho humano puede materializarse, uno de estos es el acceso a la justicia para exigir que el Estado cumpla con los elementos constitutivos de este derecho; en el presente caso, se requiere que sea judicializable.

En razón de que, tanto el enfoque preventivo como: la mala prestación del servicio a la salud sexual, falta de recursos educativos científicos y técnicos así como, el establecimiento de sanciones frente a la vulneración al derecho a la salud sexual por un negligente ejercicio de las libertades sexuales también requieren el establecimiento de recursos jurídicos.

#### **3.3.4 Análisis del tipo penal de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual**

Del análisis anterior se deduce, que la tipificación en la legislación ecuatoriana del contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual es una distinción legítima y que, efectivamente, existen dos obligaciones internacionales que el Estado ecuatoriano ha incumplido para la tutela del derecho a la salud sexual; por este motivo, se realizará un breve análisis de este tipo penal.

##### A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El derecho penal protege un núcleo duro de derechos, la gran mayoría relacionados con el ser humano y su dignidad; a través del planteamiento de un bien jurídico protegido. Es así que, la doctrina penal lo define como: “todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad” (Roxin, 2013, p.5).

Razón por la cual, el bien jurídico protegido es el objeto de protección sobre el cual se va a encaminar el precepto, en este caso en concreto para este delito es el derecho a la salud sexual puesto que la conducta ilícita lesiona de manera irreversible el derecho dado que, existe un malestar físico y tratamientos médicos que debe adoptar para disminuir el malestar de su condición, la cual a largo plazo puede vulnerar el derecho a la vida.

De igual manera, también existe una afectación psicológica puesto que, requiere un proceso de aceptación de su nueva condición y por ende, incide en la esfera social ya que sus interacciones humanas y sentimentales cambiarán dado que, se genera discriminación en muchos casos por su condición e inclusive, el ejercicio del derecho a la reproducción será seriamente menoscabado.

## B) POSICIÓN DE GARANTE

Con la tipificación del contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual, el sujeto pasivo adquiere una posición de garante; puesto que, el artículo 28 del Código Orgánico Integral establece que aquella persona que tiene una obligación legal de cuidado y que, pudiendo evitar el cometimiento del delito no lo hace; en consecuencia, coloca en una situación de riesgo al bien jurídico protegido que evidentemente afecte al bien jurídico protegido; en este caso la salud sexual de la víctima.

La posición de garante en el presente caso es aplicable en el presente caso puesto que, por su condición de portador de una enfermedad de transmisión sexual debe ejercer su derecho a la salud sexual de forma responsable; esto implica un deber jurídico de cuidado con respecto al derecho a salud sexual de sus parejas sexuales. En otras palabras, una vez conocido su diagnóstico debe continuar con sus tratamientos, informar solamente a sus parejas sexuales y utilizar métodos anticonceptivos.

## C) PRECEPTO

Este tipo penal ha sido abordado por varias legislaciones como se mencionó anteriormente; razón por la cual, solo existiría el delito cuando exista dolo

proveniente del sujeto activo porque se impone una sanción a aquella persona que conociendo con antelación su condición de portador de enfermedades de transmisión sexual contagie a otra debe ser sancionado.

En lo referente a la identificación de la naturaleza de este delito dentro de la clasificación de los delitos; éste se enmarca dentro de los delitos de peligro concreto en los delitos contra la salud; puesto que, son aquellos que evalúan dos aspectos: el riesgo que generan las circunstancias para que se produzca la conducta y la vulneración del bien jurídico protegido. Es así que, en la doctrina se evalúan dos elementos esenciales para identificarlo: “El delito de peligro concreto presenta dos componentes básicos:9 a. una “acción peligrosa”10 y b. un “resultado de peligro” (Kiss, 2015, p.4).

#### D) BREVE ANÁLISIS DEL TIPO PENAL EN LA INCIDENCIA EN LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS DEL DERECHO PENAL

Para iniciar un proceso penal se requiere del cumplimiento de tres etapas o filtros dentro de los cuales, deben cumplirse cada uno de ellos; caso contrario no se configura un delito. Es por este motivo que, se ha señalado que la ausencia de este tipo penal implica de por sí, una vulneración al derecho a la salud sexual de las víctimas de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual; puesto que, no se maneja un enfoque de protección una vez vulnerado el derecho a la salud; puesto que, se niega el enfoque de accesibilidad para retomar el ejercicio del derecho una vez que ha sido conculcado.

D.1) TIPICIDAD: Es una de las categorías dogmáticas del tipo penal en la cual el acto ilícito consta como un delito en la ley penal, la cual debe ser previa y dentro de la que debe estar claramente contemplada; éste se fundamenta en el Principio de Legalidad, es así que lo conceptualizan como: “[...] este principio es concebido como una garantía del ciudadano frente al poder, que confiere certeza de que únicamente podrá recibir una pena si ha incurrido en una conducta que se encuentra contenida y descrita en una ley” (Encalada, 2015,

p.41). Cabe mencionar que, dentro de la tipicidad se identifica un sujeto activo, un sujeto pasivo, verbo rector y el objeto sobre el cual recae la conducta ilícita.

El problema actualmente, es que se niega el elemento esencial del derecho a la salud sexual porque actualmente el contacto doloso de enfermedades de transmisión sexual no consta como un delito autónomo; es decir el solo contagio intencional sin que esté relacionado con otros tipos penales no constituye delito. En consecuencia, las víctimas no pueden iniciar el proceso penal y como resultado no se investiga, sanciona y se intenta indemnizar el daño causado.

D.2) ANTIJURICIDAD: Una vez que, la conducta ilícita se encuentra considerada como un delito en la legislación penal; se requiere una nueva fase de evaluación denominada antijuricidad la cual consiste en que: “ [...] la conducta es contraria al derecho, la cual en principio está supeditada a que no existan causas de justificación que excluyan la antijuridicidad”. (Encalada, 2015, p.72).

Es decir, es antijurídica una conducta cuando en el precepto de la ley penal se manifiesta una acción o una abstención que lesiona a un bien jurídico protegido y adicionalmente, no deben concurrir eximentes de responsabilidad penal como un estado de necesidad o una legítima defensa; las cuales no son aplicables para el contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual.

D.3) CULPABILIDAD: Esta última categoría dogmática del tipo penal permite identificar el reproche interno que se realiza al individuo con respecto a la ilicitud de su actuación; la cual permite señalar la responsabilidad. De esta manera, algunos doctrinarios señalan que la culpabilidad es: el juicio de reproche que la sociedad realiza a un individuo, el cual pudiendo haber respetado al derecho no lo hizo (Encalada, 2015, p.89).

Cabe mencionar que, para el tipo penal que se está analizando se requiere que sea doloso; es decir, que conociendo con anterioridad su condición de portador de la enfermedad de transmisión sexual efectúe efectivamente un contagio (real y directo).

## E) ELEMENTOS PROBATORIOS

Una vez entendido el precepto de la norma y los elementos objetivos del tipo penal, es necesario probar dos aspectos esenciales: dolo y el contagio de la enfermedad de transmisión sexual. De tal manera que, ONUSIDA ha planteado dos aspectos esenciales para que se lleve a cabo una teoría del caso, la primera es que lo que se requiere probar es: “ [...] (i) el conocimiento del estado seropositivo, (ii) acciones intencionadas que supongan un riesgo significativo de transmisión, y (iii) prueba de que la acción se realiza con el fin de infectar a otra persona.” (2013, p.4).

Es decir, la teoría del caso que maneje la Fiscalía o la defensa debe encaminarse en dos ejes rectores: probar el dolo y el efectivo contagio a la víctima; es por ello que, ONUSIDA establece como elementos probatorios a las pruebas periciales y documentales tales como: exámenes psicológicos que demuestren el estado psicológico del sujeto activo, el acceso a los historiales médicos en los que consta el diagnóstico previo solo pueden ser obtenidos con la autorización del titular o como en el presente caso con orden judicial, un análisis filogenético que permita identificar el origen del virus (2013, pp.5-6).

#### **4. CONCLUSIONES**

Para finalizar el presente ensayo identifiqué que en efecto existe responsabilidad internacional generada por el incumplimiento de la obligación general de adoptar medidas; la que se evidencia al negar el acceso a la justicia cuando existe un contagio doloso de una enfermedad de transmisión sexual y que por ende, no le sea posible que se investigue, sancione y repare a la víctima ya sea pecuniariamente o la determinación de una pena privativa de libertad como medida de no repetición.

Existe un abuso del derecho con respecto a la obligación de progresividad en materia de DESC; ya que, erróneamente los conciben como derechos “caros” que requieren una inversión económica mayor con respecto a otros derechos y que no posee obligaciones de inmediato cumplimiento; por ende, se creen con la facultad de postergar la mayor cantidad de tiempo posible el cumplimiento de las planificaciones e inclusive retirar recursos de sus presupuestos generales.

## REFERENCIAS

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* (1990). Observación General No.3. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1452.pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* (2000). Observación General No.14. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* (2016). Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: <https://conferences.unite.un.org/documentrepositoryindexer/MultiLanguageAlignment.bitext?DocID=e8dfa6d5-8cbe-458b-a055-633f3a5a9a25&language1=ENGLISH&language2=Spanish>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.* (1969). Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.* (1975). Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- Corte IDH. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Fondo. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No.1.
- De Miguel Beltrán, I. (2004). *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana.* Recuperado de: [file:///C:/Users/Caro/Downloads/Dialnet-ConsideracionesSobreElConceptoDeDignidadHumana-1217052%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Caro/Downloads/Dialnet-ConsideracionesSobreElConceptoDeDignidadHumana-1217052%20(1).pdf)
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2003). *El derecho a la Salud: Serie DESC.* Defensoría del Pueblo de Colombia: Bogotá.
- Diez de Velazco, M. (1997). *Instituciones del Derecho Internacional Público* (11.a.ed.). Madrid: Tecnos.

- Dulitzky, A. (2007). *El principio de igualdad y no discriminación: claroscuro de la jurisprudencia interamericana*. Recuperado de: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13452/13720>
- Encalada, P. (2015). *Teoría Constitucional del Delito*. Corporación de Estudios y Publicaciones: Ecuador.
- Faúndez Ledezma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales* (3a. ed.). Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Favinelli, F. (2013). *Sujetos del Derecho Internacional: Una revisión a la luz de los derechos humanos*. Eudem: Argentina.
- Herrera Flores, J. (2005). *La complejidad de los derechos humanos: bases teóricas para una definición crítica*. Recuperado de: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/libros/la-complejidad-de-los-derechos-humanos-bases-teoricas-para-una-definicion-critica/>
- Hoyos, I. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos: una introducción al pensar analógico*. Bogotá: Themis.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Protección Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1794/proteccion-internacional-desc-2008.pdf>
- Kaiser, S. (2010). El ejercicio de la soberanía de los Estados. En K. Müller y M. Becerra (Coords), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2790/6.pdf>
- Kelsen, H. (2003). *Teoría Pura del Derecho: Introducción a la ciencia del derecho*. Recuperado de: [https://www.academia.edu/9566171/Introducci%C3%B3n\\_a\\_la\\_teor%C3%ADa\\_pura\\_del\\_derecho](https://www.academia.edu/9566171/Introducci%C3%B3n_a_la_teor%C3%ADa_pura_del_derecho)
- Kiss, A. (2015). Delito de lesión y delito de peligro concreto: “que es lo de adelantado”. Recuperado de: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1102b.pdf>



- Melish, T. (2003). La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: manual para la presentación de casos. Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Quito.
- Montoya, A. (2007). La igualdad como valor, principio y como derecho fundamental. Recuperado de: <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Montoya.pdf>
- Naciones Unidas. (2013). Boletín 07: Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Recuperado de: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev2\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev2_sp.pdf)
- Onusida. (2013). Poner fin a la penalización excesiva por la no relevación, exposición y transmisión del VIH: importantes consideraciones científicas, médicas y jurídicas. Recuperado de: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/Guidance\\_Ending\\_Criminalisation\\_es\\_0.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/Guidance_Ending_Criminalisation_es_0.pdf)
- Organización Mundial de la Salud. (2018). La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf?ua=1>
- Organización Mundial de la Salud. (2019). Infecciones de transmisión sexual. Recuperado de: [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/sexually-transmitted-infections-\(stis\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/sexually-transmitted-infections-(stis)).
- Pacto Intercional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*(1966). Recuperado de: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf)
- Pérez, E. (2016). La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos. Recuperado de: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CSIDH-Igualdad-No-Discriminacion.pdf>
- Plataforma DESC España. (2017). Notas sobre el proceso de elaboración del Informe Alternativo Plataforma DESC España para el examen PIDESC

ESPAÑA 2012-2016 <https://coordinadoraongd.org/wp-content/uploads/2017/11/DOCUMENTO-INFO-PLATAFORMA-DESC-ESPAN%CC%83A-2017.pdf>

*Principios de Limburgo.* (1986). Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-principios-de-limburg-sobre-la-aplicacion-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-2.pdf>

Provea. (2008). Conceptos y características de los derechos humanos. Recuperado de: <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/Conceptos-Characteri%CC%81sticas-Derechos-Humanos.pdf>

Roxín, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometida a examen. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

