

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

MARÍA JOSÉ
FUSTER RUÍZ
DE APODACA

GERENTE DE SEISIDA
Y ACTIVISTA DEL VIH



Aunque voy a hablar de criminalización, no me centraré en los aspectos legales sino más bien en los aspectos psicosociales entrelazados a los mismos. Eso no quiere decir que no se vayan a emplear conceptos jurídicos.

Una tercera parte de los países en el mundo prevén leyes específicas que penalizan la transmisión del VIH y su aplicación ha ido aumentando con el tiempo, como demuestra el incremento considerable de las persecuciones criminales, sobre todo en Europa y Norteamérica.

Normalmente, el argumento más frecuente de este tipo de legislación es la protección de la salud pública. Sin embargo, no hay evidencia científica de que este tipo de legislación produzca cambios positivos en la conducta sexual. Por el contrario, sí que existen pruebas de que desanima a las personas para hacerse la prueba del VIH o revelar su estado serológico. Además, son leyes incompatibles con el conocimiento científico actualizado y contrarias a los derechos humanos y a los objetivos de salud pública. Por este motivo, organizaciones internacionales de peso han hecho llamamientos a los países para que deroguen dichas leyes.

En el derecho español, el tema de la transmisión del VIH se puede abordar a través de dos jurisdicciones, la civil y la penal. La vía civil implicaría la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, que dice: "El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Es decir, si una

**"Indetectable igual
a Intransmisible (I=I)"**

Jornadas de Formación ViiV para ONGs

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

persona con el VIH transmite la infección a otra tendrá que reparar el daño. Aunque el Código Civil prevé diferentes formas de reparación, la que nos ocupa y se aplicaría en el caso de la transmisión del VIH sería una compensación económica.

No obstante, en casos de transmisión lo más habitual es que se recurra al Código Penal. No hay un delito específico para la transmisión del VIH, sino que estos casos se juzgan a través del delito de lesiones previsto en el artículo 147 y, sobre todo, el tipo agravado recogido en el artículo 149 de dicho código. Este último artículo dice: “El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años”.

Paso a describir algunos elementos de derecho que influyen en el delito o la pena y que son útiles para entender mejor el análisis que mostraré a continuación. Un concepto importante es el delito de lesiones agravado. Para que se aplique, la lesión se tiene que considerar grave, como hemos visto en el contenido del Código Penal. La infección por el VIH está considerada así en diversas sentencias.

¿Qué pasa con la revelación u ocultación del VIH? El derecho a la intimidad conlleva que la ocultación no añada nada al litigio penal. Esto quiere decir que, por supuesto, no hay ninguna obligación de revelar el estado serológico. Sin embargo, el artículo

155 del Código Penal da efectos punitivos atenuados al consentimiento cuando ha sido emitido de forma expresa, válida, libre y espontánea por el ofendido, lo que se conoce como consentimiento en las lesiones. Si se da este consentimiento en las lesiones, la pena inferior se rebaja en uno o dos grados (de 3 a 6 años).

En derecho también son muy importantes los grados de responsabilidad, que van a determinar si se aplica o no un delito y también la pena. Para el caso que nos ocupa, resulta especialmente importante la figura del dolo eventual, que es una figura que tiene que apreciarse para que pueda aplicarse el delito de lesiones del artículo 149. El dolo eventual serían aquellos casos en que una conducta conlleva una alta probabilidad de causar un daño. Es decir, el autor es consciente de ello y aun así no hace nada para evitarlo. Esto significa que, para que se considere que hay dolo eventual, la persona con el VIH tiene que tener conciencia de que no utilizar medidas preventivas puede conducir a la transmisión del virus. Aunque no quiera producir el resultado lesivo, sabe que lo puede hacer y lo asume.

Otro concepto importante es el de la imprudencia. En este caso, el daño se produce debido a una negligencia, al no haber actuado con la debida diligencia. Esto lo recoge el artículo 152 del Código Penal y entraña unas penas inferiores (de 1 a 3 años). Por ejemplo, un caso en que podría aplicarse imprudencia (y además hay una sentencia al respecto) es el de una persona que utiliza preservativos todo el tiempo, pero

“Indetectable igual
a Intransmisible (I=I)”

Jornadas de Formación ViiV para ONGs

05

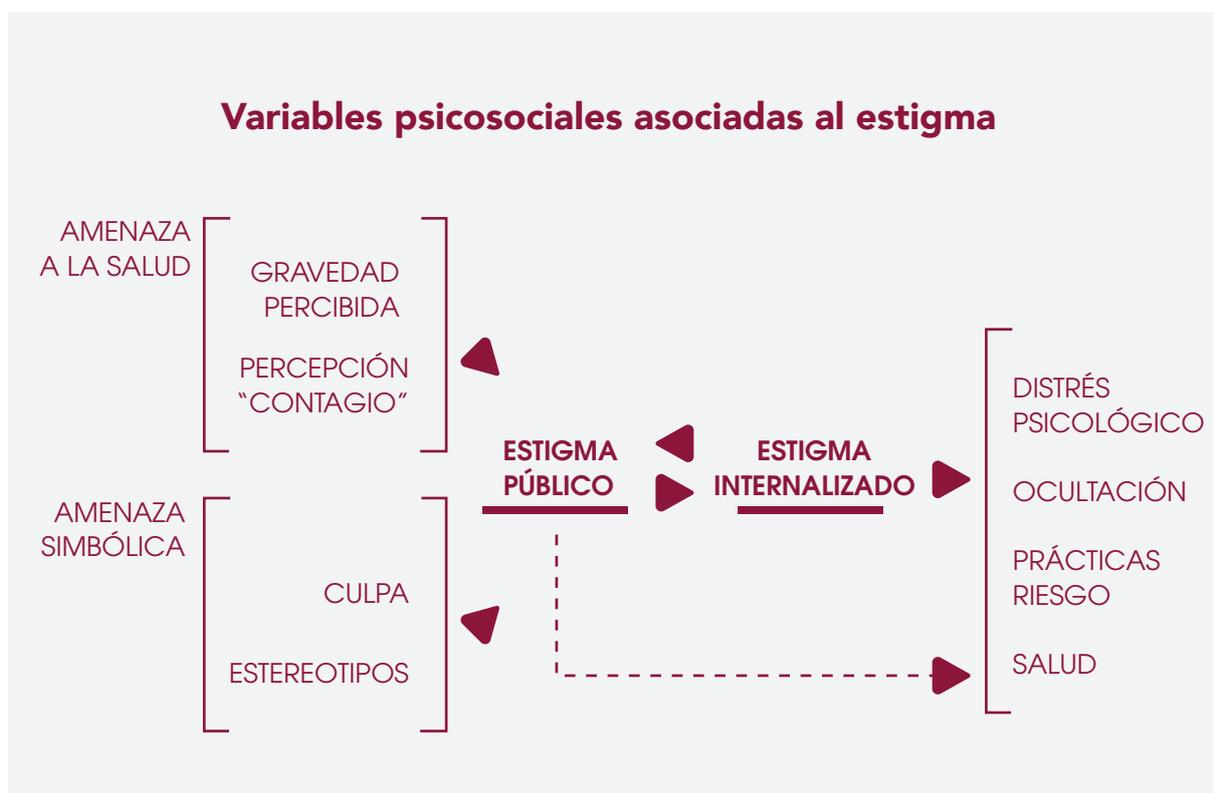
ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

siempre se le rompen. El tribunal considera que no está actuando con la debida diligencia porque no es normal que se rompan los condones tantas veces.

Por otro lado, existen una serie de variables psicosociales y determinantes del estigma y tienen que ver con dos grandes cuestiones que producen amenaza en la población: la amenaza para la salud y la amenaza simbólica.

Por otro lado, también hay unos componentes del estigma que tienen que ver más con una amenaza simbólica y que conlleva la culpabilización de las personas con el VIH, un elemento muy importante del estigma y los estereotipos que hay asociados.

Estas dos amenazas descritas darían lugar al estigma público, que a su vez influye en el estigma internalizado y entre otras muchas consecuencias, produce distrés psicológico,



"Indetectable igual a Intransmisible (I=I)"

Jornadas de Formación ViiV para ONGs

05

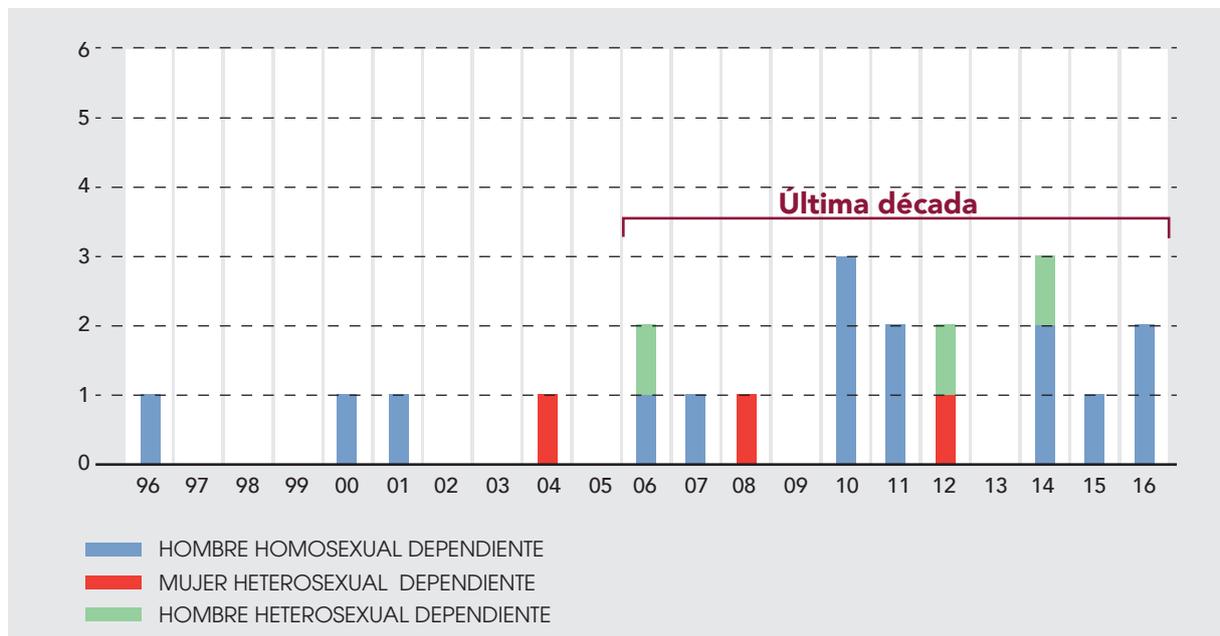
ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

incrementa las probabilidades de ocultación y también puede incrementar las prácticas de riesgo o deteriorar la salud.

Con todos estos antecedentes, el equipo de investigadores en el que estoy, liderado por el Dr. Francisco Bolumar y que cuenta con la Dra. Julia del Amo y la Dra. Josefina Alventosa, llevamos una temporada haciendo un estudio cuyo primer objetivo es cuantificar y caracterizar las demandas legales sobre la transmisión del VIH en España, describir su tendencia temporal y determinar si el avance del conocimiento científico queda reflejado en la argumentación jurídica y en las sentencias.

Publicamos un primer artículo, con un análisis hasta 2012, que está publicado en la revista *AIDS Care*²³. El siguiente paso que hemos dado es realizar un análisis psicosocial del lenguaje de estas sentencias que juzgan la transmisión sexual del VIH, pero ya actualizadas hasta 2016, para determinar su posible interrelación con el estigma asociado al VIH. El estudio está pendiente de revisión para publicar también en *AIDS Care*.

El método de selección que seguimos fue el mismo tanto para el análisis psicosocial como para el de tendencias. Lo que se hizo fue una búsqueda en las principales bases de datos jurídicas españolas de todas las



²³ Bolúmar-Montero F, Fuster-Ruiz de Apodaca MJ, Weaitt M. Time trends, characteristics, and evidence of scientific advances within the legal complaints for alleged sexual HIV transmission in Spain: 1996–2012. *AIDS Care*, 2015, Vol. 27, No. 4, 529–535, <http://dx.doi.org/10.1080/09540121.2014.980213>

“Indetectable igual a Intransmisible (I=I)”

Jornadas de Formación ViV para ONGs

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

sentencias y autos dictados por las jurisdicciones civil y penal. Esto lo ha hecho Francisco Bolumar, que es el jurista de nuestro equipo y el criterio de inclusión de las sentencias fue que la posible transmisión del VIH fuera juzgada como una infracción individual.

Para el análisis del contenido, de las 27 sentencias y autos (20 sentencias y 7 autos), nos quedamos solamente con las sentencias porque su contenido era útil para el análisis psicosocial, mientras que el resto de escritos no nos aportaba nada en este sentido.

Al examinar los 27 casos identificados hasta 2016, se aprecia una clara concentración de las sentencias en la última década. Las barras rojas significan que las personas acusadas eran mujeres y las verdes que son entre hombres que hacen sexo con hombres.

Desde 2016 hasta ahora se ha producido alguna sentencia más. De hecho, tengo una en mente que me facilitó el Grupo de Trabajo sobre Tratamientos del VIH (gTt-VIH), pero no está todavía localizable en las bases de datos y, por lo tanto, no se puede incorporar en el análisis.

En cuanto a las compensaciones económicas que se piden en las sentencias, existe una gran disparidad porque oscilan entre 60.000 y 200.000 euros. La mayoría de las sentencias provienen de la jurisdicción penal, con la aplicación del delito de lesiones. En el 75% de las sentencias, los acusados han sido considerados culpables.

Respecto a las características, la mayoría de las personas acusadas son hombres. Lamen-

tablemente, las sentencias no contienen todos los datos que nos gustaría, por lo que no consta el origen en el 44% de los casos, aunque es probable que la mayoría sean de España. El tipo de relación habitual que se tiene es estable (81%). En el 90% de los casos, según se infiere de las sentencias, el estado serológico al VIH de la persona era conocido (por la persona, no por las parejas).

El análisis de contenidos del lenguaje y argumentos de las sentencias fue realizado con ayuda de un programa de soporte para análisis de datos cualitativos, para poner en relación esos elementos del derecho (y en concreto del delito de lesiones) con el estigma.

En primer lugar, hay que hablar de la percepción de gravedad, que es un elemento muy importante porque, como vimos, es uno de los determinantes del estigma, pero, por otro lado, es uno de los componentes esenciales para que se aplique el delito de lesiones de tipo agravado (artículo 149 del Código Penal). Por tanto, en el lenguaje de las sentencias se aprecia que de forma constante se potencia esta característica, precisamente para que se aplique el delito.

Sin embargo, la argumentación de las sentencias está poco sustentada científicamente y sin apenas incluir menciones al papel del tratamiento antirretroviral en la historia natural de la infección.

Se encuentran repeticiones literales de argumentos en varias sentencias a lo largo de varias décadas hasta el año 2015. Ahora veremos algunos ejemplos en que la representación social del sida está más presente que la representación científica.

“Indetectable igual a Intransmisible (I=I)”

Jornadas de Formación ViiV para ONGs

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

Algunos ejemplos de sentencias para ver este aspecto serían:

“(...) la enfermedad tiene una fase larvada y de progresivo desarrollo que dura (...) entre 6 y 10 años (...) y en un plazo como mucho de 10 años más, la muerte, siendo excepcional la supervivencia 20 años después (...)” (Sentencias del Tribunal Constitucional desde 2004 hasta 2015). Como se puede ver, la última sentencia que cita este fragmento es de 2015.

“Se trata de una enfermedad incurable, (...) impone serias e importantísimas limitaciones para la vida (...), determina la altísima probabilidad de contraer gravísimas enfermedades con indudable riesgo vital (...)” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 101/2010).

“(...) No puede olvidarse el sentir común que considera esta enfermedad como una de las más graves sin duda alguna (...)” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 1/2004).

Otro de los de los determinantes sustanciales del estigma es la percepción de que el VIH es una infección contagiosa y la alta probabilidad de transmisión sexual en la consideración del dolo eventual.

En las sentencias se estima el dolo eventual a través de la probabilidad de que se produjera la transmisión, y esto lo basan únicamente en la reiteración de los actos sexuales y el hecho de no utilizar preservativo. Es decir, que cuantas más relaciones sexuales se han mantenido sin preservativo, más posibilidad

des de apreciar el dolo eventual, sin tener en cuenta circunstancias que disminuyen esa probabilidad de transmisión, como el tratamiento antirretroviral o la carga viral, con alguna excepción. La más importante de ellas es una Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (SAP SE 1759/2012) que espero se vaya utilizando y que genere una tendencia, pero es del 2012 y de momento en las siguientes no hemos visto que se esté citando mucho.

Un ejemplo de frases para ilustrar esta idea: “(...) la posibilidad de contagio es baja en el caso de un solo encuentro sexual, pero (...) esa probabilidad crece con el número de contactos sexuales, conclusión que no precisa de especiales conocimientos científicos pues es propia del sentido común (...)” (PC Madrid 1/2004).

Por supuesto, todas las sentencias están llenas de frases como “contagiosa dolencia” o “enfermedad grave y contagiosa”.

También tenemos el tema de la responsabilidad y la culpa que es central en el derecho, porque estamos hablando de hacer justicia y de determinar responsabilidades y el grado de la responsabilidad penal. Sin embargo, como hemos mencionado, en el ámbito del VIH una de las cuestiones cruciales es la culpabilización de las personas.

En la mayoría de las sentencias, la responsabilidad en la prevención se sitúa únicamente en la persona con el VIH. Hay solamente una sentencia –la que he mencionado antes de Sevilla– que alude a la responsabilidad compartida en la prevención, que sería lo que

**“Indetectable igual
a Intransmisible (I=I)”**

Jornadas de Formación ViiV para ONGs

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

nos interesaría desde el punto de vista de salud pública, introduciendo el término de voluntaria asunción del riesgo. Es decir, que la otra persona lo sabe y si voluntariamente tiene relaciones sexuales, no podemos atribuir solo la responsabilidad a una parte.

Un ejemplo para ilustrar estos puntos: "(...) no haber advertido a la pareja de que era portador del virus le situaba (al procesado) en una posición de dominio del hecho, ya que el sujeto pasivo no habría aceptado mantener relaciones sexuales de conocer que las estaba realizando con una persona infectada (...)" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 80/2015).

Únicamente hay una sentencia en la que se exonera de responsabilidad a la persona porque no sabía que tenía el VIH.

En el lenguaje de las sentencias encontramos elementos que denotan la presencia de estereotipos que moralizan la sexualidad, que culpabilizan o que deshumanizan a las personas acusadas. Unos pequeños ejemplos de esto serían las siguientes frases: "El demandado se hallaba en un grupo de riesgo para contraer la enfermedad, en concreto el de la promiscuidad sexual" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 653/2007).

"La representación del recurrente califica la persona como hombre inculto, apenas sabe escribir su nombre, portero de finca urbana en paro (...) del que cabe esperar reacciones o comportamientos primitivos o instintivos". (Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 585/2001).



Al analizar los determinantes de la ocultación, en la mayoría de los casos se establece que las personas demandantes no conocían el estado serológico de su pareja. No obstante, en las sentencias son escasos los datos sobre el motivo por el que las personas ocultaban su estado serológico. Apenas hay cinco fragmentos rescatables que indican que el motivo tiene que ver con la falta de aceptación del VIH, con el miedo al rechazo o con el miedo a afrontar el momento de la revelación.

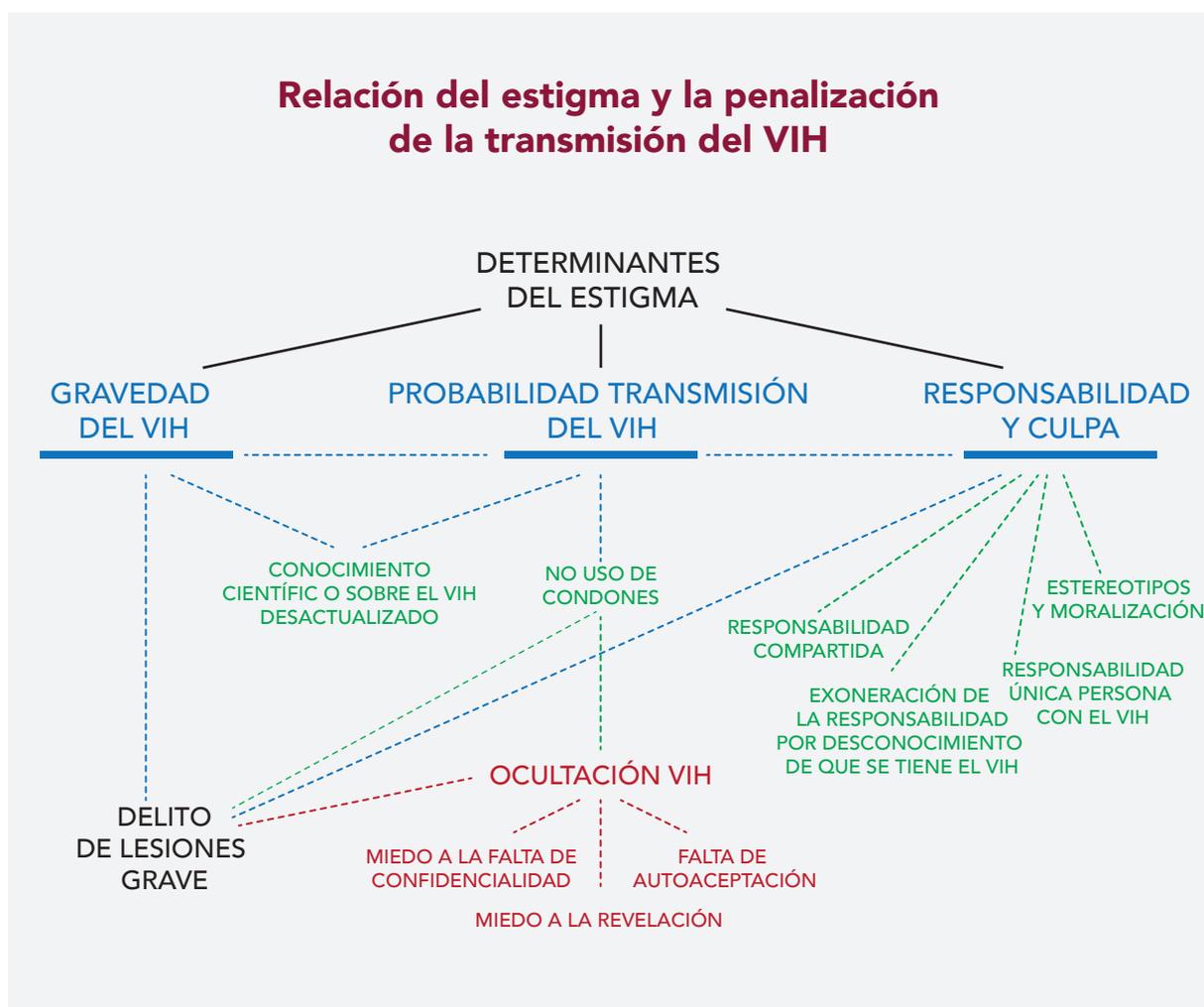
Vemos este aspecto en frases como: "(...) decidió no decirle nada porque no creía que su relación estuviera tan consolidada y no quería que se enterara todo el pueblo". (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 101/2010). O "(...) le dijo a XXX que cómo le había ocultado una cosa así, contestando él que no sabía cómo decírselo". (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 36/2011).

"Indetectable igual a Intransmisible (I=I)"

Jornadas de Formación ViV para ONGs

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH



En esta ilustración, se observa de forma gráfica cómo, en el análisis, se relacionan estos determinantes del estigma con el delito de lesiones graves y con los elementos que he relatado.

Como conclusión de la charla, decir que el número de sentencias y autos ha ido aumentando y en los últimos 4 años ha permaneci-

do estable. Como se ve, las sentencias contienen elementos estrechamente relacionados con el estigma, que son decisivos para la aplicabilidad del delito de lesiones graves y la estimación del grado de intencionalidad. Además, no hay apenas datos sobre los motivos para no revelar el estado serológico, pero como vemos quizás el estigma internalizado y el miedo al rechazo puedan estar

“Indetectable igual a Intransmisible (I=I)”

Jornadas de Formación ViiV para ONGs

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

detrás, cosa que no nos sorprendería. La mayoría de las sentencias en que los demandados son considerados culpables determina la existencia del dolo eventual sobre la base de relaciones sexuales sin usar preservativos.

Los tribunales no están considerando los avances científicos en prevención. Por ejemplo, solo hay seis menciones al tratamiento antirretroviral (no como prevención, sino simplemente que la persona lo estaba tomando) y solamente en cuatro ocasiones se menciona la adherencia. Solo en una sentencia se mencionan los CD4 y la carga viral y se explicita su papel en el riesgo de transmisión. En cuatro sentencias se mencionan los análisis filogenéticos como posibilidad a tener en cuenta pero no son concluyentes y no hay ninguna mención a la profilaxis preexposición (PrEP).

Un aspecto muy importante a tener en cuenta es que considerar el tratamiento como prevención podría suponer excluir el dolo eventual y la exoneración del delito.

El papel de los médicos e investigadores que participan en los juicios es clave para informar a los tribunales de estos avances, pero también es crucial que si no hay una autoridad sanitaria que afirme que “indetectable es igual a intransmisible” tampoco los tribunales van a tener una autoridad donde apoyarse para cambiar esto. Por ello, todavía es más importante que las sociedades científicas y las autoridades sanitarias incorporen ese mensaje.

En este sentido, resulta crucial la alianza entre la comunidad y los actores legales –como ya estamos haciendo– para aumentar el conocimiento sobre estos avances. Y, desde luego, es importantísimo el papel de las organizaciones en el asesoramiento a personas acusadas. A este punto me viene a la cabeza el gran papel que ha hecho gTt-VIH, en concreto Juanse Hernández, con el caso de una persona que ha sufrido un verdadero infierno, pero que gracias al asesoramiento realizado por esta ONG, entre otras cosas, al final ha conseguido que lo declararan inocente.

“Indetectable igual
a Intransmisible (I=I)”

Jornadas de Formación ViiV para ONGs

05

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN LA TRANSMISIÓN SEXUAL DEL VIH

DEBATE

En el debate generado en torno al tema tratado en la última ponencia de la jornada (en el que participó activamente Miguel Ángel Ramiro, el anterior ponente), se apuntó a la necesidad de tener en cuenta también las necesidades de la infancia, que constituye un grupo muy vulnerable y con pocas posibilidades de hacer llegar su discurso.

Durante la discusión se retomó la idea de que las autoridades sanitarias deberían dejar claro el mensaje de “indetectable es igual a intransmisible”, que tiene una dimensión muy importante en el ámbito penal y que evitaría la criminalización de la transmisión del VIH. A este respecto, se propuso la posibilidad de realizar actividades de formación de los juristas en este tema, un aspecto que ya está recogido en el Pacto Social por la No Discriminación, cuya aprobación parece inminente.

También se comentó el hecho de que el mensaje “indetectable es igual a intransmisible” puede ser considerado discriminatorio para las personas con el VIH que no tienen su carga viral controlada o no se sienten todavía preparados para iniciar el tratamiento antirretroviral. Con todo, se reflexionó que dicho mensaje positivo puede contribuir a reducir el miedo de la población general sobre las personas seropositivas, lo que redundaría en un menor estigma tanto para las que tienen la carga viral indetectable como para las que no.

Por último, se indicó que la necesidad de aportar un punto de vista respetuoso hacia los derechos no equivale a proponer la despenalización de las lesiones, sino a abandonar la idea de que toda la responsabilidad legal recae en la persona con el VIH.

“Indetectable igual
a Intransmisible (I=I)”

Jornadas de Formación ViiV para ONGs