



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO

CATEDRA DECADE-UAH
CLÍNICA LEGAL

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA (PENAL) 690/2019, DE 11 DE MARZO DE 2020

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Cátedra DECADE-UAH
Universidad de Alcalá

En esta sentencia del Tribunal Supremo se resuelve el recurso de casación presentado por una mujer (llamada Clemencia en el texto de la sentencia) a la que su expareja varón (llamado Luciano en el texto de la sentencia) había transmitido el VIH por vía sexual mientras convivían. Se produce la casación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimosexta, número 286/2018, de 16 de abril, en la que se absuelve a Luciano del delito de lesiones agravadas tipificado en el artículo 149.1 del Código Penal porque los magistrados de la Audiencia consideran que existe una duda razonable sobre la ignorancia que Clemencia tenía sobre la condición de salud de su expareja. «No ha quedado acreditado, fuera de toda duda – puede leerse en los Antecedentes de Hecho de la sentencia del Tribunal Supremo – que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo». El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación porque entiende que no se ha producido un error de derecho en la calificación de los hechos enjuiciados, confirmándose de ese modo la absolución.

Luciano conoció el diagnóstico de su infección de VIH en 2004; en 2012 empezó una relación sentimental con Clemencia, quien recibió el mismo diagnóstico en septiembre de 2013. Un año más tarde, como consecuencia de una denuncia que presenta Clemencia por una agresión de Luciano, se inicia el procesamiento de éste por un delito de lesiones por transmisión del VIH, que es considerado como una grave enfermedad somática. La Audiencia Provincial de Madrid absuelve a Luciano porque entiende que el testimonio de Clemencia no es congruente. Aunque ella afirma que le preguntó si era portador (sic) de dicha enfermedad y él lo negó, en el barrio donde vivían se comentaba que sí lo era; el marido de su prima también le comentó tal circunstancia; la hermana del procesado «le advirtió o aconsejó que se protegiera, ... que tomara medidas...»; una amiga de la pareja relató que «si sabíamos todo el barrio que Luciano era portador, no sé porque ella no lo hubiera sabido». A esto se suma un informe médico de mayo de 2013 donde se hace constar que Luciano tiene lesiones

pruriginosas en el pene que empeoran cuando tiene relaciones sexuales, lo cual constituye – para los magistrados de la Audiencia Provincial - «una evidencia externa de enfermedad de transmisión sexual que Clemencia tenía que percatarse al mantener relaciones». Además – añaden – por su condición de consumidora de sustancias estupefacientes «debería tener conocimiento del riesgo al que se sometía, no solo por la práctica de relaciones sexuales sino también por el mero hecho del consumo de sustancias estupefacientes».

El Tribunal Supremo confirma la absolución y para ello hace un repaso, por un lado, de los precedentes legislativos del delito de propagación maliciosa de enfermedades hasta llegar a la actual regulación en el artículo 147 y siguientes del Código Penal de 1995, y también repasa, por otro, la jurisprudencia más relevante en el delito de lesiones por transmisión del VIH. En el repaso legislativo se señala que el bien jurídico protegido es la salud y que el legislador exige que las conductas de riesgo produzcan un resultado. En la sentencia puede leerse que «el bien jurídico se ha configurado como de naturaleza personal, descartándose la tipificación de estas conductas como delitos que atenten contra la salud colectiva, esto es, como delitos de peligro potencial en atención al riesgo de expansión de la infección o de la enfermedad, de los que podría llegar a ser también responsable la persona sana que tuviera relaciones de riesgo con un individuo que se supiera enfermo». En el Código Penal actualmente vigente en España no se contempla un tipo penal específico para la transmisión del Sida (sic) por lo que los casos han de ubicarse en la tipificación de las lesiones. En el segundo caso, se comentan las sentencias del Tribunal Supremo 528/2011, de 6 de junio, y 1218/2011, de 8 de noviembre, para analizar la posibilidad de apreciar imprudencia o dolo eventual, respectivamente, cuando se produce el delito de lesiones por transmisión del VIH.

La sentencia del Tribunal que ahora comentamos señala que la singularidad del recurso de casación reside en que la parte recurrente sustenta que aunque Clemencia supiera que Luciano tenía VIH, «y por más que aceptara mantener relaciones sexuales con él sin ningún tipo de profilaxis, la transmisión

de la enfermedad es merecedora de reproche penal». Es decir, para la parte recurrente bastaría la concurrencia del presupuesto de imputación objetiva del tipo penal de lesiones: la transmisión efectiva del VIH; con independencia de si la persona afectada «asumió la situación de peligro creada por otro (heteropuesta en peligro)».

Esto obliga a que en la sentencia deba sostenerse que los casos de heteropuesta en peligro deben ser tratados de manera distinta de los casos de autopuesta en peligro porque «por más que en aquellos la víctima preste su consentimiento a involucrarse en la actividad finalmente lesiva, es evidente que el lesionado no desencadena por sí mismo el proceso de riesgo que tendrá después un desarrollo imprevisible, ni en la mayor parte de las ocasiones podrá evaluar el riesgo en toda su dimensión, ni tampoco controlarlo o cancelarlo después, de modo que el individuo transfiere al tercero toda la capacidad para dominar o desistir de la situación». Esta diferencia estructural exige que se establezcan los criterios que determinen cuándo los casos de heteropuesta merecen una sanción penal.

La Sala sostiene que la heteropuesta en peligro es impune cuando: a) la víctima tiene un adecuado conocimiento del riesgo; b) la víctima consiente la acción arriesgada causante del daño, sin existir incitación por el autor; c) el daño es consecuencia del riesgo asumido; d) la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, ha podido dominarlo de una manera equivalente al autor. Los magistrados consideran que estos requisitos son predicables «respecto de aquella persona que, conociendo la patología contagiosa de otro, decide voluntaria y libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad». Consideran que se cumple el requisito del conocimiento y la aceptación pues existen numerosos indicios, antes señalados, sobre los que se construye una duda razonable a favor del acusado que va a ser, en definitiva, determinante de su absolución. Dicha duda razonable no supondría la aplicación de la garantía constitucional de la presunción de inocencia sino del principio *in dubio pro reo* pues – según señala la Sala

basándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional - «la presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad» mientras que el principio *in dubio pro reo* afecta a «las circunstancias excluyentes de la antijuridicidad de la conducta». De este modo concluye que si «surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolucióndel acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio *in dubio pro reo*, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia».

Aunque el tratamiento del VIH desde un punto de vista técnico sigue siendo incorrecto porque se considera que es una infección contagiosa y no se diferencia nítidamente entre el VIH y el Sida, es una sentencia importante en la construcción en España de una respuesta al VIH basada en los derechos. Permite una defensa de las personas con VIH basada en el principio del *in dubio pro reo* y de la garantía constitucional de la presunción de inocencia. La parte denunciante deberá probar de manera fehaciente que no conocía el estado serológico de la persona con VIH, que no había signos externos visibles, que por su condición no podía conocer el riesgo al que se exponía por la práctica de relaciones sexuales o por el consumo de drogas. Por último, en ningún momento del proceso ante la Audiencia Provincial se cuestionó la relación de causalidad, tratando de realizar un análisis filogenético; como tampoco se planteó ante la Audiencia Provincial la cuestión de la carga viral de Luciano. Es un paso en un camino largo por recorrer.



CÁTEDRA DECADE-UAH
CLINICA LEGAL
Calle Libreros 27
28221 Alcalá de Henares

Web: <http://derecho.uah.es/facultad/clinica-legal.asp>

Email: clinicalegal@uah.es

Facebook y Twitter @ClinicaLegalUAH