



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Y JURÍDICAS DE ELCHE**

**GRADO EN DERECHO
TRABAJO FIN DE GRADO**

**TÍTULO:
“LAS ENFERMEDADES VENEREAS Y EL CP
ESPAÑOL”**

**CURSO ACADÉMICO
2018 - 2019**

AUTOR: Juan Antonio Cantó López

TUTOR: José Eugenio Medina

ÍNDICE:

-RESUMEN

	<u>Página</u>
1 . LAS ENFERMEDADES VENEREAS	
• 1.1 -INTRODUCCIÓN.....	1
• 1.2 -CONCEPTO DE ENFERMEDAD VENÉREA.....	2
• 1.3 -ENFERMEDADES VENEREAS MÁS COMUNES:.....	2
1.2 a) EL SIDA (VIH).....	2
1.2 b) VIRUS DEL PAPILOMA HUMANO (VPH).....	2
1.2 c) SÍFILIS.....	3
1.2, d) -HERPES.....	3
1.2, e) -GONORREA.....	3
1.2, f) -CÓLERA.....	3
1.2, g) -DENGUE.....	3
1.2, h) -HEPATITIS.....	4
2. PLANES DE LUCHA ANTIVENÉREA.	
• 2.1-EL PROGRAMA EUGENÉSICO DE LOS AÑOS 30.....	4
• 2.2-MODELO EN LOS AÑOS SETENTA.....	5
• 2.3-ONUSIDA.....	5
• 2.4- MEDIDAS SOCIALES APLICADAS EN ESPAÑA.....	6
3.EL CP ESPAÑOL RESPECTO A LA PUNIBILIDAD DE LESIONES POR TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES VENÉREAS	
• 3.1-EVOLUCIÓN DEL CP ESPAÑOL RESPECTO A LA PUNIBILIDAD DE LESIONES POR CONTAGIO.....	8
• 3.2- EL DELITO, SU TEORÍA Y RELACIÓN CON EL CONTAGIO DE ETS.....	10
3.2,A) LA ANTIJURIDICIDAD EN RELACIÓN AL CONTAGIO.....	11
3.2,B) LA CULPABILIDAD EN RELACIÓN AL CONTAGIO.....	12
• 3.3-EL DELITO DE LESIONES, TITULO III, ARTS. 147 Y SS	

CP.....	15
• 3.4-ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS DEL TÍT. III EN RELACIÓN A LA TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES VENEREAS.....	17
4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	20
5. CONCLUSIONES.....	24
6. BIBLIOGRAFÍA.....	27



RESUMEN

En los últimos años el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) ha pasado a ser uno de los principales problemas de salud pública a nivel mundial.

Este espectro de manifestaciones clínicas del VIH en nuestro país, está matizando el inicio de una epidemia, siendo en su mayoría además de usuarios de drogas, la población adolescente.

El Derecho Penal Español, intervino en posterior legislación en este tipo de conductas de forma expresa, con el fin de establecer una pena concreta a los daños que pudieran derivar de una infección, la tipicidad y punibilidad de una determinada conducta, así como de persuadir a la población y evitar una serie de prácticas.

En contraposición, se han ido adoptando medidas preventivas esperando un resultado más efectivo que el del tipo, “propagación maliciosa de enfermedades infecciosas”.

Palabras clave: enfermedades venéreas, VIH y Derecho Penal.

ABSTRACT

In recent years, the Human Immunodeficiency Virus (HIV) has become one of the main public health problems worldwide.

This spectrum of clinical manifestations of HIV in our country is shaping the beginning of an epidemic, being mostly in addition to drug users, the adolescent population.

The Spanish Criminal Law, intervened in subsequent legislation in this type of conduct expressly, in order to establish a specific penalty for the damages that could result from an infection, the typicity and punishability of a certain conduct, as well as persuade the population and avoid a series of practices.

In contrast, preventive measures have been adopted waiting for a more effective result than

that of the type, "malicious spread of infectious diseases."

Keywords: venereal diseases, HIV and Criminal Law.



1. LAS ENFERMEDADES VENÉREAS

1.1- INTRODUCCIÓN

Las enfermedades infectocontagiosas constituyen un peligro potencial e inminente para el bien jurídico protegido *Salud Pública y el Derecho a la Vida*, por lo que su regulación sería una tarea de gran importancia dentro de las perspectiva jurídica.

En los últimos diez años la lucha en contra del VIH en España se ha estancado. El país está a la cola de los países de Europa Occidental.

El último informe del Ministerio de Sanidad reconoce que los datos no son buenos ya que en España se detectan más casos de VIH que en la media de otros países europeos.

En cifras globales, el número de nuevos casos sigue disminuyendo aunque a un ritmo demasiado lento en comparación a otros.

En 2017 en España hubo 3.381 diagnósticos. Un dato muy parecido al de 2008, cuando hubo 3.631 casos.

En este paréntesis ha habido una década marcada por las nuevas infecciones, con un pico de 4.402 diagnósticos en 2014. los más infectados, los hombres homosexuales con un marcado incremento entre la población menor de 30 años.

Estos son datos “inadmisibles” según la coordinadora de la asociación “Apoyo Positivo” ya que todavía falta un 40% de CC.AA que no han comunicado los datos, así que se cree llegar a las 4.000 infecciones, de las cuales un cuarto de ellas se producen en Madrid.

Pretendemos en este trabajo analizar la trascendencia legal con las transmisión de las enfermedades contagiosas, refiriéndonos a todas ellas, que por su importancia suponen un peligro para la salud de la sociedad y en especial al VIH, ya que a pesar de existir un tratamiento, su cura no es posible a día de hoy.

1.2- CONCEPTO DE ENFERMEDAD VENÉREA

Una enfermedad infectocontagiosa es aquella producida por la transmisión del agente causal, ya sea por contacto directo con la persona afectada o por otra vía.

Puede ser transmitida de una persona a otra mediante un microorganismo que causan enfermedades, llamadas patógenos y pueden ser de varios tipos: Virus, Bacterias, Protozoarios y Hongos.

Estas infecciones pueden manifestarse con síntomas. Muestras que da el organismo que denotan exteriormente que existen procesos alterados dentro del cuerpo y pueden ser tanto subjetivos como objetivos:

Los subjetivos; se manifiestan por sensaciones que siente la persona enferma tales como dolores en diferentes partes del cuerpo o fatiga.

Los objetivos; son signos visibles por el médico u otra persona que demuestran la presencia de una enfermedad, como pueden ser, erupciones cutáneas, fiebre o variación de peso de forma repentina.

Las enfermedades infectocontagiosas son de fácil y rápida transmisión, provocadas por agentes patógenos. El ser vivo o agente patógeno que las produce recibe el nombre de agente etiológico o causal.

En algunas ocasiones, para que se produzca la enfermedad es necesaria la intervención de otro organismo viviente llamado *agente intermediario*, *transmisor* o *vector*.

Los agente patógenos de este tipo de enfermedades generalmente son virus o bacterias.

La transmisión de la enfermedad puede darse por *a) contagio directo* cuando hay contacto con la persona infectada o por *b) contagio indirecto* cuando se tocan objetos contaminados como utensilios utilizados por el enfermo o mediante un portador, esto es; una persona que alberga microorganismos infecciosos que presente o sin presentar síntomas de la enfermedad.

1.3 ENFERMEDADES VENÉREAS MÁS COMUNES

I) -SIDA (VIH)

El Virus de Inmunodeficiencia Humana/ SIDA es el conglomerado de enfermedades relacionadas con la pérdida de la inmunidad celular, específicamente de los linfocitos T. el VIH es la infección por virus de la inmunodeficiencia humana y el sida (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) es la fase clínica de la infección por este virus.

II) -PAPILOMA HUMANO

El virus del papiloma humano (VPH) es un virus ADN, que origina la infección de transmisión sexual (ITS). En general se adquiere por vía sexual.

En España, la prevalencia de infección por el VPH en mujeres alcanza el 14%.

Este virus, infecta específicamente las células basales del epitelio escamoso del cuello del útero, aprovechando la división celular activa de esta zona para su replicación. En la capa superior del epitelio, se forman los típicos coilocitos, células multinucleadas y células con el núcleo aumentado de tamaño.

Estos cambios citopáticos son claramente visibles con la tinción de citología, en los cepillados cervicales que es la muestra idónea para la detección del virus en relación con la patología cervical que ocasiona.

En la mayoría de los casos, la infección es asintomática, transitoria y puede pasar desapercibida. En otros las manifestaciones clínicas son muy diversas y comprenden desde procesos benignos hasta el desarrollo de neoplasias anogenitales tan severas como el cáncer de cuello de útero (CCU), entre otros.

El CCU es la tercera neoplasia más frecuente en mujeres en el mundo.

En España, se estima que cada año se diagnostican 2.511 casos nuevos y se producen unas 848 muertes, es decir, aproximadamente 2 mujeres cada día.

III) -SÍFILIS

La sífilis es una infección de transmisión sexual causada por la bacteria espiroqueta *Treponema pallidum* y se adquiere por contacto a través de las mucosas. Al comienzo produce úlceras llamadas chancros, que aparecen unas tres semanas después de la exposición, la mayoría de las veces no dolorosa y se desarrolla en el sitio de su invasión, zona de contacto inicial. Si no se trata a tiempo puede provocar erupciones cutáneas, nódulos y úlceras en la piel y en una tercera fase afectar el aparato digestivo, los huesos, los músculos y el sistema nervioso, causando lesiones cerebrales y de la médula espinal.

IV) -HERPES

Existen varios tipos de herpes, el tipo simple es una infección vírica caracterizada por una lesión primaria localizada y un periodo de latencia, luego se desencadenan los síntomas y muestras de la enfermedad.

Los principales tipos son virus de herpes simple-1 y VHS-2, los cuales pueden afectar el aparato genital y la boca.

V) -GONORREA

Es una enfermedad de transmisión sexual transmitida por *Neisseria Gonorrhoeae*, caracterizado por la salida de material purulento por la uretra masculina.

VI) -CÓLERA

Enfermedad producida por *Vibrio Cholerae*. De inicio súbito con diarrea acuosa y profusa sin dolor, náusea y vómitos abundantes al comienzo del cuadro. Conlleva a una deshidratación severa y a la muerte del infectado.

VII) -DENGUE

Se caracteriza por un comienzo repentino de fiebre, cefalea intensa, dolor de cuerpo y de articulaciones, anorexia, náusea, vómito y erupción cutánea. Hay dos tipos: Dengue clásico y

hemorrágico.

VIII)-HEPATITIS

En este rubro se agrupan varias infecciones diferentes que afectan al hígado y que tienen un cuadro clínico similar pero diferente en cuanto a causa y en algunas características epidemiológicas, clínicas e inmunológicas. Tipos de hepatitis víricas: Hepatitis A, B, C, D y E.

2. PLANES DE LUCHA ANTIVENÉREA.

Conforme discurría el último tercio del s XIX, en España, el discurso médico-higienista sobre la morbi-mortalidad de los infectados y sus consecuencias económicas y demográficas iba alertando y creciendo la preocupación por las enfermedades venéreas. Una de las principales claves de las políticas antivenéreas en la España contemporánea fue la existencia de un sistema de reglamentación de la prostitución.

A partir de la tercera década del siglo XX, el impacto de la promiscuidad masculina sobre la familia y la salud racial alentaron el programa moral como parte de las estrategias antivenéreas.

En el Congreso Nacional de Sanidad, Julio Bejarano, director general de Sanidad, expuso las claves de la lucha antivenérea ya propuestas por el dispensario de Asúa como sistema para controlar y hacer frente al problema de la Sífilis en nuestro país.

Hasta nuestros días, se ha mantenido estudiando el problema venéreo en tanto regulación y definición de la sexualidad y los roles sexuales, centrándose en las diferentes legislaciones antivenéreas, en las variaciones en el modelo epidemiológico que sustenta las intervenciones médicas y en las estrategias preventivas desarrolladas para hacer frente a este problema.

2.1- EL PROGRAMA EUGENÉSICO DE LOS AÑOS 30

El movimiento *eugenésico* entendido como “búsqueda de la mejora de las cualidades humanas” influido por la teoría *darwiniana*¹ comenzó a finales del siglo XIX como herramienta para proteger al pueblo británico de la amenaza de la degeneración racial. Tras varios intentos fallidos de legalizar políticas eugenésicas en Reino Unido, este movimiento fue adoptado en Estados Unidos así como por el nacionalismo alemán con la implantación de leyes enfocadas a la protección de la raza así como normas sociales. Tras el fin de la II Guerra Mundial, este pensamiento perdió todo su apoyo científico, político y social debido a su radicalización en Alemania durante el Holocausto nazi.

¹ El movimiento eugenésico estadounidense como clave del éxito de la eugenesia en el siglo XX y la posibilidad de su retorno en el siglo XXI- Jesús Parra. AGORA-Papeles de Filosofía-(2018)

La preocupación por el Derecho Penal en España por las enfermedades de transmisión específicamente sexual tiene su origen en este movimiento.

Jimenez de Asúa² fue pionero y maestro de esta materia en España. Este programa presentaba en su opinión tres sectores de trabajo. Entre ellos, el logro de una progiene sana, que implicaba la lucha contra la prostitución y contra las enfermedades venéreas.

Asúa, comenzó la reflexión jurídica sobre las enfermedades venéreas resaltando el sentido específico que tiene la preocupación jurídica por las enfermedades de transmisión sexual, a diferencia de otras enfermedades infecciosas.

Lo que singularizaba la preocupación de los juristas por estas enfermedades frente a otras por razón de que el contagio es plasmación directa de una conducta humana consciente que produce en otro la enfermedad.

La lucha “antivenérea” comprendía cuatro elementos: la educación sexual, el tratamiento médico obligatorio, la abolición de la prostitución reglamentada y la creación del delito de contagio venéreo.

En España quedó en proyecto una pieza legislativa sistemática elaborada entre otros por Asúa en 1932, sin perjuicio de intervenciones sectoriales que se fueron produciendo con el tiempo.

2.2- MODELO EN LOS AÑOS SETENTA

Durante la década de los setenta se observa, a nivel internacional, una preocupación con el incremento de las ETS y la importancia que iban ocupando otras más allá de las clásicas venéreas.

Así, el tema de la 28ª Asamblea Mundial de la Salud en 1975, fue aspectos sociales y sanitarios de las ETS y la necesidad de una nueva orientación.

En 1973, España declara en el Directorio de Centros de Tratamiento de Enfermedades Venéreas en la Región Europea, elaborado por la OMS, tener disponibles 155 centros para el tratamiento de estas enfermedades.

Estos centros incluían Servicios de Sanidad Exterior, Centros secundarios de Higiene Rural, dispositivos en las Jefaturas Provinciales de Sanidad y Dispensarios Antivenéreos en sentido estricto. Estos centros, dependían de la Dirección General de Sanidad.¹

2.3- ONUSIDA

Desde 1981, año en el que se describieron los primeros casos de Sida en California y Nueva York, la comunidad internacional ha sido consciente de que la epidemia por VIH supone una emergencia global de salud pública.

Para hacer frente a este grave problema se han tomado las medidas oportunas, adaptadas en

² **Jimenez de Asúa:** político y jurista durante la dictadura franquista. Pionero del programa eugenésico en España.

¹ **Política, salud y enfermedad en España: entre el desarrollismo y la transición democrática.** Cap 10- las enfermedades de transmisión sexual en España entre el desarrollismo y la transición democrática. Ramón Castejón Bolea.

cada momento a la situación epidemiológica de los diferentes países.

Durante más de treinta años la lucha contra el VIS/Sida ha sido una prioridad política internacional. En el año 2001 se firmó la Declaración sobre VIH/Sida en una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas para el Sida (ONUSIDA), y desde entonces se han ido sucediendo diferentes acciones gracias a los compromisos políticos y económicos, siendo los resultados favorables.

A raíz de la Declaración de ONUSIDA, la Organización Mundial de la Salud presentó en 2013 un plan estratégico de prevención que propone lograr el acceso universal a las intervenciones de prevención, diagnóstico, tratamiento y atención de la infección por el VIH para todas aquellas personas que lo precisen. Esta estrategia está en consonancia con la desplegada por ONUSIDA, con el lema “*Llegar a Cero*”².

El Plan Estratégico de Prevención y Control de VIH e ITS 2013-2016, se basó en un mejor conocimiento científico, en las buenas prácticas y en la innovación de los procedimientos, en sintonía con las necesidades de los grupos de mayor riesgo de exposición y estableció las líneas estratégicas fundamentales para el trabajo en VIH y otras ITS en España durante los tres últimos años.

Este Plan fue aprobado hasta 2020 en la reunión del Comité Asesor y consultivo de ONG (COAC) del 22 de febrero de 2017 ³

2.4-MEDIDAS SOCIALES APLICADAS EN ESPAÑA

Una de las medidas sociales implantadas en España ha sido abordar este problema desde los centros primarios ya que las tasas más altas de ITS en todo el mundo, se han dado entre personas de 15 a 24 años. Este es un dato a tener en cuenta, dado que en estas edades es cuando probablemente existe mayor exposición al VIH ya que, según García Ruíz, el intervalo de contagio de VIH se da entre los 25 a 34 años, y para ello las prácticas de riesgo que produjeron el contagio se dieron probablemente entre los 14- 24 años.

Los adolescentes no tienen conocimientos claros o suficientes acerca de cómo se contagian las ITS (como el VIH), y acerca de los comportamientos adecuados para evitarlas, esto les hace una población vulnerable y favorece su contagio. Además, son un grupo de riesgo puesto que en la adolescencia es cuando comienza su desarrollo y cuando comienzan a experimentar con la sexualidad, y esto es favorecido por el uso de los elementos informáticos a una edad más temprana, esto es, ellos favorecen el acceso a la pornografía que estimulan sus deseos de indagar y probar nuevas experiencias, así como el consumo de drogas, siendo una principal vía de transición del VIH.

² Plan estratégico de infección y control de la infección por el VIH y otras infecciones de transmisión sexual 2013 -2016

³Plan estratégico de Prevención y Control de la infección por el VIH y otras ITS. Prórroga 2017-2020.

El objetivo de implantar la educación sexual en los centros educativos primarios y secundarios (EPS) se pretende: en primer lugar, una educación encaminada en generar conductas saludables de prevención de contagio de ITS y más concretamente frente al VIH y por tanto dar a conocer los materiales por medio de los cuales se pueden evitar además de embarazos no deseados la prevención de infecciones al promover la utilización del preservativo, enfatizando su punto de vista con respecto a la transmisión de ITS y no solo como método anticonceptivo

En segundo lugar, informar sobre los lugares donde realizar una prueba donde recabar información y solventar dudas.

Durante la etapa de la adolescencia, las relaciones entre jóvenes, la ignorancia y la mojigatería también conllevan que en los últimos años aumentara el número de contagios de otras enfermedades de transmisión sexual, como la sífilis. Estas enfermedades, a su vez, también propician una infección con VIH. Es por ello que en los próximos años el trabajo preventivo en España se concentrará también en informar sobre otras enfermedades venereas.

Por hacer referencia a soluciones planteadas en otros estados, Alemania considerado un país con porcentaje de infecciones alto tras el estudio obtenido en 2011, lo que llevo a plantear un plan con el fin de poner freno al aumento de contagios.

Según el boletín de epidemiología del Instituto Robert Koch, en el año 2011 se registraron en Alemania 3.700 casos de sífilis, un 22 % más que en 2010, un gran aumento en comparación con 2010. la causa principal, según expertos, es que las campañas de prevención no llegan a toda la población. Luego de un período en el cual las ETS casi había desaparecido, las infecciones ascendieron al nivel de 1986.

El SIDA sigue siendo un tema fundamental en Alemania. Asociaciones estatales e iniciativas ciudadanas esclarecen a jóvenes sobre el tema.

Su sistema se basa en que “el conocimiento es la mejor protección” según la asociación de prevención y ayuda a los afectados por el SIDA *Aids-Hilfe köln*. La idea central de la educación sexual en Alemania sobre el tema, se basa en la prevención, sobre todo a los jóvenes para que puedan protegerse adecuadamente pero sin falsa moralización, ni acusación. Y es que cada año se siguen diagnosticando unos 3.000 casos de VIH, sobre todo se registra un aumento de infecciones entre menores de 25 años durante los últimos años.

Este es el punto de partida para el trabajo tanto de la Central Federal de Esclarecimiento Sanitario (BzgA) que realiza campañas de gran alcance, en diversos medios, al público en general.

3. EL CP ESPAÑOL RESPECTO A LA PUNIBILIDAD DE LESIONES POR TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES VENEREAS.

El actual Código Penal Español, no establece el delito de contagio de enfermedad. Al respecto son aplicables los delitos de lesiones.

Se entiende por lesión a efectos penales, todo daño causado a la integridad corporal, o la salud física o mental de una persona.

Por tanto, los bienes jurídicos protegidos en los delitos de lesiones, son la integridad corporal y la salud física o mental de una persona.

Es necesario un efectivo menoscabo de la salud, nos encontramos ante delitos de resultado material. Se requiere un desvalor de acción, atendiendo a los medios empleados y del resultado, atendiendo al daño generado en la víctima.

Versiones anteriores del Código Penal sí contemplaban “*el delito de contagio de enfermedad*” y se consideraba tanto un delito cometido contra las personas como delito contra la salud pública por tratarse de una epidemia que afectaba gravemente a la sociedad.

3.1-EVOLUCIÓN DEL CP ESPAÑOL RESPECTO A LA PUNIBILIDAD DE ENFERMEDADES VENÉREAS

Las lesiones respecto al contagio de enfermedades venéreas ha experimentado distinta consideración a la hora de punir estos supuestos que para el Derecho Penal menoscaban el derecho a la vida o la integridad física.

Así, en la evolución de nuestros Códigos penales encontramos ejemplos de tipificación específica de contagio de enfermedades venéreas.

En España fue introducido por primera vez el “delito de propagación maliciosa de enfermedad” el art 549 del CP de 1928.

El primero de los delitos contra la salud pública y el segundo contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. Castigaba:

“ Al que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisibile a las personas”.

Este calificativo de “malicioso” hace referencia a la actuación del hecho de forma maliciosa, esto es, con la voluntad de causar un daño.

Por otra parte, el art 538 CP 1928: “quien sabiendo que se encuentra atacado de una enfermedad sexual en su periodo contagioso infectare a otro....”.

Este precepto se complementaba con otros tres, dedicados a tipificar un supuesto agravado para el contagio a menores de 16 años y los llamados contagios nutricios, esto es, contagio de

nodriza a niño y de quien entrega niño infectado a nodriza sana.

La vigencia de estos preceptos terminó con la declaración de la Dictadura que declaró nulo el Código de la Dictadura. El Gobierno republicano preparó un proyecto para la lucha antivenérea en los años 1931-1932, en cuyo art 30, establecía:

“El que practique relaciones sexuales sabiéndose afecto de una enfermedad venérea en el periodo contagioso será castigado...”

Este precepto se completaba con la incriminación del incumplimiento malicioso del tratamiento obligatorio impuesto, así como de la omisión de cuidado de padres o tutores sobre hijos y pupilos enfermos y variantes del contagio nutricional.

La omisión de denuncia a la autoridad sanitaria del abandono de tratamiento por parte del enfermo se configuraba como infracción administrativa y se autorizaba la hospitalización forzosa para los refractarios del tratamiento⁴

Tras la reforma del CP del gobierno republicano, operada por Ley 24 de abril de 1958 introdujo el art. 348 bis relativo al delito de propagación maliciosa de enfermedades, que exponía lo siguiente: *“el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas, será castigado...”*

Por otra parte, en este mismo código se encontraba el art. 420 CP, precepto que bajo la rúbrica general de *“delitos contra la salud pública y el medio ambiente”* se establecía para punir la propagación de enfermedades transmisibles a personas. Esto es, las lesiones que se causaren a otro menoscabando su integridad corporal o su salud física o mental.

El art 348 bis resultaba inaplicable en cuanto exigía la propagación de la enfermedad y que esta fuere “maliciosa”. Es decir, requería el efectivo contagio, con lo que se excluían los supuestos de creación del peligro, que podrían justificar una tipificación específica al margen de los delitos de lesiones en los que se subsumirían los supuestos de lesión efectiva. Por otra parte, el requisito de que la propagación fuere “maliciosa”, determinó que se considerara excluida de la tipicidad no solo la conducta imprudente sino también, el dolo eventual.

Con ello quedaba fuera de la incriminación la conducta criminológicamente más relevante para el bien jurídico de la salud pública, la de quien sin querer ni pretender la propagación de la enfermedad, actúa a pesar de ser plenamente consciente del alto riesgo de contagiar a otro.

Es obvio, que si por lesión se entiende desde el punto de vista legal por, toda alteración de la normalidad somática o psíquica de un individuo, y que tal alteración es por tanto síntoma de enfermedad. Al establecer ambos preceptos, las repetidas condenas de acciones que ocasionan al sujeto pasivo enfermedad, podían ser de aplicación el 348 bis o 420 CP (1973).

⁴ El programa augenésico de los años 30 y el Derecho penal. Luis Arroyo Zapatero.

Los Proyectos de reforma del Código Penal de 1980 y 1983 no contemplaron la inclusión de un precepto de este tipo.

La aparición del SIDA provocó que el Anteproyecto de 1992 si incluyera dentro del delito de lesiones, una mención a la ocasionadas “incluso por contagio”.

Finalmente tanto el proyecto de 1994 como el texto finalmente aprobado, el Código Penal de 1995, tampoco incluyeron alusión alguna al contagio en los delitos de transmisión por enfermedad ya que, tras la reforma operada por LO 3/1989 de 21 de junio (RCL1989, 1352) que modificó la redacción del art, 348 bis (CP 1973) con el objetivo de que lo determinante no debía ser el tiempo de sanidad sino los medios o formas en los que se causaron las lesiones.

El tipo básico de lesiones corporales admitía cualquier medio o procedimiento de causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, por lo que también se integra en la conducta típica el contagio o transmisión de una enfermedad, cualquiera que fuera su naturaleza, redacción que se mantiene vigente en los arts 147 y 149 CP, lo que permite incluir los contagios dolosos o imprudentes de SIDA como constitutivo de lesiones dolosas graves en el art 149 y si son imprudentes en el art 147 CP. [**Sentencia-num 1218/2011 TS Madrid 8/11/2011**]

3.2 -EL DELITO, SU TEORÍA Y RELACIÓN CON EL CONTAGIO

En el actual CP español no existe un delito específico que castigue el contagio de enfermedad venérea, por ello hemos de reconducir los resultados de esta acción al delito de lesiones, en el que el bien jurídico protegido es la salud e integridad personal, entendido en su doble vertiente, física y mental.

Cabe determinar si es posible considerar la conducta de un individuo que transmite voluntariamente una ETS a otro provocando un grave menoscabo a su integridad física, podría ser calificada como un delito de lesiones.

Para saber si existe delito hay que estudiar su definición y cuáles son sus requisitos.

El CP carece de una definición de delito. El Prof. Fernando Miró señala que delito es “todo hecho humano consciente, típicamente antijurídico, culpable y punible”.

A partir de esta definición vamos a analizar si el contagio de una ETS sería delito y otras consecuencias en base a encuadrar este hecho como un delito de lesiones.

El delito es todo hecho humano consciente, esto puede ser por medio de una acción o una omisión.

La acción es la producción o la no evitación voluntaria de un cambio en el mundo externo [Von Liszt]. Esto implica que es necesaria para que haya acción tanto la voluntad de querer producir un determinado resultado como de su manifestación en el mundo exterior.

Si faltara alguno de estos componentes no existiría acción.

En el caso de la situación que proponemos, que es el de una persona que realice conductas que tiendan a dañar la salud de otra transmitiéndole una ETS, si se concluye la acción, el verbo rector en este caso sería “contagiar o infectar” por medio de una relación sexual.

A pesar de que se puede transmitir una infección por otros medios, por ejemplo los casos en que se haya contraído la infección por medio de transfusión de sangre o utilización de instrumentos usados.

En lo referido a relaciones sexuales, o más bien acto sexual, debemos hacer una referencia a lo que nos señala el art. 179 CP, que con motivo de la violación nos señala que se considera relación sexual el acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal.

Con respecto al delito de omisión, en contraposición a la acción, la omisión es la no realización de lo esperado por el Derecho, la infracción de un deber.

Debemos hacer una distinción en cuanto a si la infección de una enfermedad venérea pertenece a algún tipo de omisión.

Existen dos tipos de omisión, al *omisión pura* en que la conducta se traduce en la infracción de una norma imperativa “mandato”, es decir, para que se considerara un delito, la conducta tiene que estar tipificada expresamente, lo que no sucede en el caso de los delitos de *comisión omisión* u *impropia*, que consiste en delitos de acción pero invertido, y en esta segunda hipótesis en donde cobra relevancia la posición de garante que debiese manifestar el sujeto activo, ya que es el que estaría en conocimiento de su enfermedad.

La posición de garante tiene su origen en el derecho de familia, en cuanto los padres deben hacerse responsables de sus hijos, o en el caso del vínculo que se produce entre los mismos cónyuges.

Se define la posición de garante como el deber de una persona que tiene la obligación de actuar, y este deber de garante surge solo como consecuencia de haberse asumido efectivamente tal deber y únicamente cuando comienza la situación de peligro.

Esta posición de garante nace por contrato, por ley o por injerencia.

En este último caso, que el sujeto que omite ante una situación de peligro, es le mismo que ha creado esta situación de peligro, en el caso que nos ocupa, el infectado pone en riesgo la salud de la persona con la que pretende tener una relación sexual. El deber de garante en este caso nace para el portador de algún tipo de ETS en el momento en el que comienza la situación de peligro.

Haciendo referencia al art, 195.3 CP, se castiga con omisión del deber de socorro al que causare con imprudencia el peligro anterior y después omita la ayuda.

En caso de una persona que a sabiendas que esta infectada, lleva a cabo un acto sexual sin interponer ningún tipo de medio que evite un posible contagio, debe entenderse que asume la posición de garante.

3.2, A) LA ANTIJURIDICIDAD EN RELACIÓN AL CONTAGIO.

Un hecho antijurídico es la “conducta típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y que se encuentra prohibido por la Ley”.

Pero, la antijuridicidad presenta un conflicto objetivo- subjetivo con respecto a ella, ya que las normas no cumplen un objetivo único de prohibir, mandar o exigir el cumplimiento de ciertas conductas, como así defiende el *monismo subjetivo*, para el cual solo entiende la antijuridicidad desde un ángulo puramente subjetivo en el desvalor de la acción, sino que presenta una mayor complejidad, la cual es la de valorar previamente esa conducta, esto es, una conducta es antijurídica cuando infringe el valor protegido por la norma atendiendo a las dos subvaloraciones, valor objetivo y valor subjetivo⁵.

Por lo señalado, se entiende que la norma jurídica se infringe tanto si se produce el comportamiento valorado objetivamente como si subjetivamente, se actúa tal y como la norma impide actuar.

Así algunas sentencias han calificado la infección como un delito de imprudencia grave dado que el sujeto activo no actuó con conciencia de las consecuencias de su actuar o con conciencia de su falta de diligencia por razón de desconocimiento de su estado de infección.

3.2,B) LA CULPABILIDAD EN RELACIÓN AL CONTAGIO.

Para la realización de un delito y que se entienda como tal, no es suficiente cumplir con los requisitos de realizar la conducta descrita por la ley y que cause un perjuicio. Además, es necesario que esta conducta sea reprochable.

El fundamento de la culpabilidad reside en la posible exigencia al sujeto de que se comporte de forma diferente a como lo hizo, pudiendo actuar conforme a derecho y teniendo la posibilidad de hacerlo, decide voluntariamente actuar de forma contraria.

La culpabilidad tiene un carácter personal o individualizador, en el caso de que se pronuncia sobre ese sujeto concreto, en su situación concreta y en relación con el hecho específico de que se trate.

Esto es, tiene una relación directa con la capacidad de autodeterminación de la persona y además de su conocimiento de lo que efectivamente es correcto o lícito hacer. Por lo que bajo este concepto entran en juego dos elementos importantes, que son los que permiten darle forma a la culpabilidad.

Estos son el dolo y la culpa, de esto se deriva que los delitos puedan realizarse de forma dolosa o culposa ya que “al autor no se le reprocha sin más el resultado objetivo, sino la circunstancia que ese resultado haya sido el efecto, ya sea de su dolo o “malicia” ya de su culpa”.

Analizada, la estructura de la culpabilidad, nos encontramos con dos supuestos atendiendo a los siguientes elementos: en primer lugar, aquel que estando contagiado de alguna ETS y conociendo esta situación decide mantener relaciones sexuales, asumiendo que esta pareja sexual será víctima de dicho mal, el sujeto actuó sabiendo y queriendo realizar dicho acto.

5 **Materiales docentes de la teoría del delito-** D Penal I. Prof, Fernando Miró

En este caso, el individuo que tiene una vida sexual promiscua y por ello tiene motivos para pensar que es portador de alguna ETS, sin embargo, no se realiza ningún examen con la finalidad de salir de esta duda, por lo demás, tampoco le informa a su pareja de esta posibilidad de estar contagiado y mantiene relaciones sexuales asumiendo que tiene la posibilidad de contagiar sin interponer ningún medio de prevención, el individuo en este supuesto estaría obrando con dolo.

Al segundo presupuesto de culpa también llamadas formas de culpabilidad,⁶ la calificación de la acción protagonista en esta parte del esquema de la teoría del delito, es la **imprudencia** dado que muchos delitos son calificados en su mayoría de imprudentes.

Las acciones imprudentes, se aprecian cuando concurren tres requisitos o elementos, tales como:

falta del deber de cuidado, peligro latente en la actividad y resultado dañoso (STS nº 1853/01 de 17 de octubre).

En primer lugar, la imprudencia puede ser calificada de **“grave”** art. 152.1 CP.

La imprudencia grave, antes denominada temeraria, requiere: la previsión de un resultado dañoso por parte del sujeto activo de la acción, que este resultado no sea querido por dicho sujeto, pues si así fuere se calificaría de dolo y como último elemento, que esa acción u omisión infrinja una esencial “norma de cuidado”.

Como punto intermedio, la LO 1/2015 ha introducido una nueva categoría de imprudencia intermedia entre la grave y la leve, “la menos grave” art.152.2 CP.

La calificación de imprudencia como **leve** 153 CP “lesión de menor gravedad” debe quedar reservada para aquellos supuestos de culpa de muy pequeña entidad. Antes de la reforma penal, al no existir alternativa entre la imprudencia grave y la leve debía calificarse de falta de lesiones por imprudencia leve del antiguo art. 621 CP.

Es en todo caso, es el criterio de gravedad del resultado de la acción, desde el punto de vista de la culpa penal y el deber de cuidado por el agente según las normas socio-culturales vigentes el que debe regir el menor o mayor grado de infracción. (S 23 de febrero de 2009, núm.181/2009).

Siguiendo los elementos de la culpabilidad, es necesario mencionar los siguientes elementos: que no concurra una causa de inimputabilidad art, 20 CP que entre otras eximentes de responsabilidad penal, señala como causas las anomalías o alteraciones psíquicas, el trastorno mental transitorio, estado de intoxicación plena... que vuelva al actor incapaz de comprender y valorar la ilicitud de su hecho.

Analizando el supuesto que estudiamos, un individuo portador de una ETS, si bien se viera afectada su salud psíquica no es de magnitud suficiente como para no poder distinguir si su actuar es “bueno o malo”. Él sabe el daño que podría ocasionar a su compañero sexual.

Otro elemento a considerar con respecto a la culpabilidad, es “ que no haya existido un error que impidiera al hechor comprender la antijuridicidad de su conducta, esto es, *error de prohibición*, por lo que éste ha creído obrar lícitamente ya que aunque el actor conoce de su enfermedad, no conoce que esté contemplado como una prohibición. En el fondo, el sujeto cree que está obrando conforme a Derecho.

Continuando con la idea, haremos una referencia a los *delitos preterintencionales*.⁷ El término “preterintención” se identifica en Alemania como “delitos calificados por el resultado”. Puesto que, más allá de la intención “no sólo está la responsabilidad objetiva, sino también y antes, la culpa”.

Según Mir puig, en estos supuestos, el autor “quiere realizar un hecho de distinta significación penal al que resulta”. Por consiguiente, el delito preterintencional regula aquellos casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de una infracción penal, la causación de determinadas lesiones y el resultado ha excedido. En suma, esta figura imputa dolosamente aquellos resultados producidos culposamente, que que el agente no quería causarlos.

En el caso del contagio de ETS, ya que en este supuesto puede ocurrir, si tomamos en consideración aquel sujeto portador de la enfermedad, que sabiendo de su estado de infección decide voluntariamente mantener relaciones sexuales con una persona sana y con la finalidad de contagiarle y producirle dicho mal, por lo que en principio se constituye un delito doloso. Cabe también el supuesto de que este sujeto no consideró la posibilidad de que al transmitir este virus o infección, la lesión que le produce puede ser mayor a la esperada y podría consistir no solo en la simple lesión, sino, desembocar en una muerte y se constituiría así un homicidio imprudente.

Bajo ésta hipótesis, la primera actuación daría origen a un delito doloso pero la segunda a un delito culposo.

Bajo esta idea creemos que la preterintencionalidad debiese considerarse para términos del delito de contagio debido a que si bien, en la mayoría de los casos la finalidad del sujeto activo no es contagiar a su pareja sexual, sino más bien satisfacer sus necesidades y éste, es consciente de que mantener dichas relaciones siendo portador de alguna infección dañará a su pareja, por tanto, debe asumir esa responsabilidad y esto se traduciría en “maliciosamente” está atacando un bien jurídico protegido.

“La doctrina ha puesto en duda el concepto de preterintencionalidad. Se ha dicho que la misma actitud psicológica no puede ser calificada simultáneamente de dolo e imprudencia, ambas posicionespsíquicas con incompatibles entre sí. Pero debemos señalar que esta crítica está infundada, debido a que no es una misma actitud, sino más bien son dos aspectos diferenciables”.⁸

⁷ **La preterintencionalidad.** Juan Ant. Martos Nuñez. Prof. D Penal Univ. Sevilla.

⁸ **LA PRETERINTENCIONALIDAD.** Juan Ant. Martos Núñez, Prof D Penal Univ. Sevilla

3.3-EL DELITO DE LESIONES, TÍTULO III, ART 147 Y SS CP

En el Código Penal vigente (LO 10/1995, de 23 de noviembre) no existe ningún artículo concreto que hable de la punición de la transmisión del VIH.

No obstante, la jurisprudencia ha considerado la transmisión de ETS como un delito de lesiones, creando así un precedente en nuestra jurisprudencia.

Por ello, analizamos de este apartado de nuestro Código “del delito de lesiones” aquellos preceptos que, en relación con la transmisión de infecciones, pueden ser considerados para la punición de este tipo de supuestos.

Tras la reforma del CP con la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, el delito de lesiones aparece regulado por los artículos 147 a 156ter.

El tipo básico del delito de lesiones se encuentra en el **artículo 147. 1. CP** “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental*”.

Se hace distinción entre aquellas lesiones que tan solo requieran “de una primera asistencia facultativa” y que por tanto podrían ser consideradas leves, esto es, *lesiones de menor gravedad* o *delito leve* frente a aquellas otras que, además precisen de un “tratamiento médico o quirúrgico” tales casos considerados como *delito* en que la pena aumenta de 3 meses a 3 años de prisión o multa de 6 a 12 meses si el lesionado necesita tratamiento médico o quirúrgico tras la primera asistencia médica.

Por otra parte, señala el **art 147.1 CP** que “*la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”.

Los artículos **147.2** y **147.3 CP** contemplan los **delitos leves por lesiones de menor gravedad**.

“*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior...*”.

Constituirá **delito de lesiones leve** aquella conducta en la que por cualquier medio o procedimiento se produzca una lesión que menoscabe la integridad corporal o salud física o mental de la persona afectada, siempre que ésta requiera solamente de una sola asistencia facultativa, o de la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión.

En cuanto a los **agravantes**, el tipo cualificado, recoge el **art 148 CP** que, las lesiones previstas en el **art 147.1 CP** podrán elevar la condena de *dos a cinco años* de cárcel en función del “resultado causado o riesgo producido” cuando:

Entre ellos nos interesan, “-cuando entre la víctima y el autor haya existido cualquier relación de afectividad, aún sin convivencia”.

En segundo lugar, el **art. 149 CP**, recoge una serie de supuestos en que la pena es mayor, atendiendo a la *gravedad del resultado* de seis a doce años de prisión de seis a doce años en los supuestos contemplados:

1. “*El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento,... una grave enfermedad somática o psíquica.*”

Con “*enfermedad somática*” está pensado además de para aquellas secuelas de un accidente, para el caso de la transmisión del SIDA.

De la integración de una enfermedad en el concepto de “*grave enfermedad somática*” no existe un criterio legal de interpretación, lo que obliga a la adopción de un criterio estricto y riguroso a la vista de la importancia de la pena prevista al respecto; de manera que ello requiere una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso desde la óptica del principio de proporcionalidad, por el cual debe existir una equivalencia valorativa entre las pérdida de miembros, la deformidad grave, la impotencia, la esterilidad, que son los resultados típicos que el Código prevé como agravantes por el resultado producido por la acción (**Sentencia nº 129/2007, de 22 de febrero**) y para ver si concurre o no “*grave enfermedad*” es posible sumar unas a otras las diversas secuelas producidas, incluso las somáticas a las psíquicas (**Sentencia nº1 299/2005, de 7 de noviembre**).

Según la calificación forense, enfermedad somática es aquella que se manifiesta a través de los síntomas físicos como el dolor o la fatiga que modifican y condicionan su hábito de vida por la enfermedad y hacen depender de un tratamiento permanente. Los síntomas son reales, sintiendo ansiedad extrema y que interfieren en su vida diaria de forma prolongada.

Siguiendo la exposición de los tipos, el **art 150 CP** castiga con la pena de prisión de tres a seis años el supuesto en que la lesión causare la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad.

Por otro lado, los **delitos por imprudencia** quedan recogidos en el **art 152 y 153 CP**. Las penas en este supuesto son la pena de multa de 6 a 18 meses, y la pena de prisión de uno a cuatro años.

El CP contempla aquellas lesiones ocasionadas con motivo de la imprudencia de su autor. En este caso, el establecimiento de las penas tendrá lugar atendiendo “al riesgo creado y el resultado producido”, de tal forma que distingue entre imprudencia grave e imprudencia menos grave y leve.

En primer lugar, la imprudencia grave se contempla en el art. 152.1 CP.

Tras la reforma del Código Penal, LO 1/2015, se introduce una nueva categoría de imprudencia intermedia entre la grave y la leve, “la menos grave” art.152.2 CP castigada con la pena de multa de tres a doce meses.

El art.153 CP establece la tercera categoría de lesión imprudente como “lesión de menor

gravedad” debe quedar reservada para aquellos supuestos de culpa de muy pequeña entidad. Este supuesto se impone la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

Por último, en el Código Penal se encuentra en el **art. 155 CP**, las lesiones ocasionadas habiendo prestado consentimiento, de forma válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido dando lugar a la atenuación de la pena.

Para un gran número de la doctrina, no se puede admitir que se ha prestado consentimiento para este tipo de casos aún valiendo la prestación del consentimiento. Es el Estado el que debe velar por los Derechos de los ciudadanos y no se puede aceptar consentimiento en menoscabar el derecho a la vida, integridad física o psíquica.

3.4 - ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS DEL TÍT. III CP, EN RELACIÓN CON LA TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES VENEREAS.

Son distintos los supuestos en los que se produce una infección por transmisión sexual y los efectos que de ésta se puedan derivar. Para ello, analizaremos las distintas peculiaridades y tipos que viene a recoger el delito de lesiones puesto, como se ha señalado anteriormente, en nuestro actual Código Penal no recoge un tipo específico para estos resultados.

En primer lugar, el Código Penal, en su **art. 147.1 CP** establece una primera distinción entre aquellas lesiones que tan sólo requieran “de una primera asistencia facultativa” y que por tanto podrían ser consideradas leves, respecto de aquellas otras que, además, precisen de un “tratamiento médico o quirúrgico” observando que además de “la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico” .

Este supuesto viene a ser contemplado en aquellos casos en que el sujeto ha mantenido relaciones a sabiendas de su estado de infección si interponer medios para evitar la posible transmisión y sin comunicación al sujeto pasivo de su estado serológico.

Esto es, para aquellos supuestos en que la transmisión a sido calificada por los tribunales mediante dolo y dolo eventual.

Este precepto ha sido contemplado para aquellos casos en el que la enfermedad solo requiera de un tratamiento médico consistente en el seguimiento médico y determinación de las serologías, así como la hospitalización para suministrar el tratamiento que de como resultado la curación de los brotes sin secuelas, como podría ser el caso de una infección de Hepatitis B que por los avances médicos existe hoy en día, en nuestro país un medicamento efectivo para su curación⁹.

La Sentencia del TS 409/2013 define lo que debe considerarse “tratamiento médico o quirúrgico” establece: “*la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico*

⁹ (TS 242/2013) *Mariola vs Lenonardo- 2012*

prescrito por un titulado en Medicina con finalidad curativa. Es decir, aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias cuando esta no es curable”.

Parece que este precepto sería el apropiado a aplicar ante el tipo de lesiones ocasionadas por una infección, ya que las identificamos en su exposición por la vía de tratamiento a seguir o de las atenciones que requiere este tipo.

Pero no podemos identificarlas con el grado de lesión o la gravedad que ocasionan a la vida o la integridad física, ya que si en último término este tipo de lesiones evolucionaran de tal forma que dieran lugar a terminar con la vida de la víctima, debería aplicarse el art. 142CP como delito de homicidio imprudente, dada la previsibilidad objetiva de la consecuencia de la conducta.

Por tanto nuestra legislación, no recoge una pena a aplicar según la gravedad de la lesión en cuanto al grado de infección, al peligro que constata a la vida.

En la actualidad, el tratamiento continuo con terapia antirretroviral combinada (cART, por sus siglas en inglés) es una terapia continua ya que cuando se detiene el CART, el VIH rebrota rápidamente en la sangre y ejerce su efecto destructivo en el sistema inmunológico.

Éste, puede mantener el virus por debajo de los niveles detectables en sangre, y así evitar el desarrollo de la enfermedad, pero nunca llegar a eliminarlo por completo.

Por otra parte, dentro del mismo precepto, *“la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.*

Este apartado se puede contemplar para supuestos en que se ha generado la alerta por parte de la pareja sexual de un infectado y se encuentra en seguimiento médico para suministrar el tratamiento oportuno en caso de infección. Es por ello, y como determina el Derecho Penal español, no son constitutivos de delito aquellas acciones que no han llegado a producir efectos.

A continuación, el **art 149 CP** hace mención a *“grave enfermedad somática o psíquica”* para venir a contemplar aquellos supuestos en los que tras suministrar el correspondiente tratamiento no se ha logrado su curación o conseguida ésta, el estado de la enfermedad ha dejado graves secuelas por su estado avanzado de desarrollo.

Este precepto es el óptimo para el caso de infecciones de VIH, puesto que a día de hoy no existe un tratamiento efectivo que logre la curación del mismo causando una *“grave enfermedad somática”* puesto que en este tipo de infecciones no se manifiestan por alteraciones temporales sino permanentes, esto es, una enfermedad crónica que supone para el afectado el sometimiento a un tratamiento, lo que comporta limitaciones en su vida, así como una afectación física o psíquica permanente. ¹⁰

Por último, en el Código Penal se encuentra en el **art. 155 CP**, las lesiones ocasionadas

¹⁰ (STS 129/2007 de 22 de febrero)

habiendo consentimiento, en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido.

Este artículo rebajaría la pena con la atenuación en la mayoría de supuestos de infecciones, ya que son las parejas, de hecho o de derecho, del sujeto portador de la infección las que denuncian la lesión y por consiguiente, es controvertido constatar si aquel sujeto que ha consentido el acto sexual está emitiendo expresamente que se hace responsable de la posible infección que pueda derivarse de esta, siendo conocedor del estado de infección de su pareja o, en otro supuesto, si la pareja del sujeto portador de una ETS acepta la posibilidad de contagiarse al mantener convivencia con este y por tanto también se estaría ofreciendo el consentimiento a sufrir un determinado tipo de lesiones derivadas de la convivencia con el sujeto infectado.

Este precepto solo podría aplicarse para el caso de que el sujeto pasivo es conocedor del estado de infección de su pareja, así como la exposición a relaciones con éste sin interponer ningún medio. En este sentido, sí se podría calificar el consentimiento de válido y libre puesto que el sujeto pasivo conoce los riesgos y aún así acepta llevar a cabo una serie de prácticas de las que se conoce y advierten su peligro pero no para el simple supuesto de mantener relaciones de forma consentida dado que no nos estamos refiriendo a un supuesto de violación.

Nuestro código establece una serie de eximentes que no pueden espacar de comentario en el tipo de supuesto de análisis.

El **art. 20 CP** exime de responsabilidad criminal aquellos supuestos en que el delito se hubiera cometido durante un transtorno mental transitorio.

Es evidente, de que un enfermo consciente de que lo es, en este caso de SIDA, pueden sufrir untados sufren un transtorno psicológico

4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Cabe ahora, tras analizar la teoría del delito y sus distintas figuras, así como los artículos del Código Penal que pueden ser utilizados en los distintos supuestos que pueden darse en relación con los efectos producidos por una infección de tipo sexual, el tratamiento jurisprudencial de estos.

Como interpretan los jueces el significado de los preceptos del delito de lesiones a la hora de punir los resultados en los casos de infección y si éstos son eficaces o por el contrario dejan algunas lagunas, siendo necesario volver a establecer en nuestro código un precepto específico para punir los daños ocasionados por las infecciones de transmisión sexual de forma expresa.

Como ya hemos mencionado en apartados anteriores, son dos los tipos de lesiones graves, que nos ocupan en el caso del SIDA:

Las dolosas (art 147 y 149.1CP 1995) y las ocasionadas por imprudencia (art 152 y 153 CP)

El art 149.1 CP ya fue aplicado por la SAP Valenciana, Sec. 2ª 14.5.2007, condenando a un anestesista como responsable de concepto de autor de 275 delitos de lesiones (dolo eventual).

Veamos como también son aplicables los mencionados precepto en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona nº 17, 29.5.2006. es hecho probado de la sentencia que:

“Don E. entre agosto y noviembre de 2002 convivió maritalmente con P. sin advertirle en ningún momento que padecía el SIDA, ni tomar medida alguna para evitar el contagio que finalmente se produjo y produjo el fallecimiento de Dña P. el 16-1-03, quien hasta el momento de conocer al causado gozaba de buen estado de salud”.

El Juzgado estimó que tal conducta era legalmente constitutiva de un delito de lesiones en concurso ideal con un delito de homicidio por imprudencia grave de los arts 147 y 142.1, en relación con el art 77,1 y 2 CP, imponiéndole una pena de prisión de 3 años.

Para llegar a tal condena fue necesario que la fase probatoria se determinara si la única vía de contagio del SIDA de la fallecida fueron las relaciones sexuales que mantuvo con el luego condenado. La información facilitada por los peritos fue decisiva para llegar a una respuesta afirmativa, desde el momento en que la víctima había padecido una primoinfección, esto es, que había sido recientemente infectada y que le había infectado una persona que ya había sido sometida a tratamiento.

Puesto que una característica de dicho virus es su gran variabilidad, esto es, si una persona está sometida a tratamiento el virus intenta variar, y se apreció la coincidencia de 15 a 20 mutaciones entre el acusado y Dña. P, es decir, “la víctima se contagió pocos meses antes del fallecimiento y en ningún caso antes de un año tomando como referencia la fecha de la analítica, siendo del todo imposible la infección anterior a un año por la transfusión de sangre que, en su caso, hubiera podido practicar a la víctima cuando fue operada de cáncer de mama,

lo que aconteció años antes.

Al análisis de la sentencia 1/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual condena la transmisión del VIH, analizamos los hechos enjuiciados:

Según hechos probados, la procesada estaba infectada de VIH. Posteriormente conoció un hombre con el que mantuvo una relación afectiva que empezó tiempo después de conocer su estado de infección.

Inicialmente la pareja mantuvo relaciones sexuales usando preservativo y, más tarde, sin ello o usando en alguna ocasión, situación que se mantuvo durante más de un año sin que la infectada informara a su pareja de su infección de VIH o le exigiera el uso del preservativo.

Años más tarde, la procesada comunicó a su pareja ser portadora del VIH. Inmediatamente, éste se sometió a unas pruebas analíticas que dieron resultado positivo.

Cuando se le fue informado en detalle de los pormenores de su enfermedad reaccionó con odio y desprecio, llegando a romper el vínculo de convivencia establecido entre ambos e incluso a agredirla.

El perjudicado aún no había desarrollado el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, y señala la sentencia la dificultad de compatibilizar los fármacos para tratar el trastorno emocional impulsivo con el tratamiento antirretroviral.

El Tribunal consideró en este caso, que la infectada conocía todos y cada uno de las prevenciones de debía tener en cuenta, en tanto que estaba infectada por el VIH y conocía los métodos por los cuales se transmite.

En segundo lugar, se calificaron los hechos y de acuerdo con el art 147 CP como delito doloso de lesiones.

La conducta de la procesada fue considerada propia del dolo eventual, por ello, en el fallo de la sentencia, el tribunal la condenó como autora responsable de un delito de lesiones. pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio. La sentencia establece que “la relación, sin tomar especiales medidas precautorias, se prolongó durante más de un año sin informar a su pareja de su estado, cuanto menos, el uso de preservativo”.

En relación con esta Sentencia cabe analizar otra cuyos hechos que enjuicia son análogos a la anterior cuyo fallo fue al amparo del art 147 CP.

La Sentencia 1218/ 2011, en la cual, sabiendo sobre su enfermedad, esto es, que era portador del VIH, al comienzo de la relación no utilizó preservativos ni otros medios para evitar una posible infección a su pareja.

Ya tras un tiempo le comunicó a su pareja su estado y tras realizarse las pruebas para determinar sobre su posible infección, arrojó un resultado positivo.

La infectada sufrió un trastorno adaptativo de tipo depresivo tras la diagnosticación de la infección.

Es este caso el fallo declaró al procesado como autor de un delito de lesiones agravadas por aplicación del art 147 CP.

Ante la presente sentencia la perjudicada interpuso recurso de casación alegando en primer lugar, infracción de ley por falta de aplicación del art 149.1. CP. El recurso fue admitido ya que tras el análisis del supuesto, el tribunal estimó que la afectada desconocía el estado de su pareja ya que éste se lo comunicó tiempo mas tarde y de haberlo sabido no hubiera aceptado ésta mantener relaciones sexuales con él.

Señala el Tribunal que resulta crucial la existencia o no de esa previa información ya que la afectada no hubiera aceptado mantener relaciones con este.

En segundo lugar, califica este acto de dolo eventual ya que el conocimiento por el autor de que se produzca el resultado, esto es, el peligro de contagio, y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca el resultado desaprobado y no obstante ello obró sin interponer medios son elementos que caracterizan la figura del dolo eventual.

En Sentencia de la AP Cádiz, sec 8ª, 15.3.2006 se condenó al acusado a 10 años de prisión por delito de lesiones.

El procesado tenía tres hijas con las cuales tuvo relaciones sexuales forzadas, sin ninguna protección para prevenir el contagio del VIH del que era portador desde años antes y de lo cual era plenamente conocedor.

La menor quedó infectada y embarazada, abortando después.

La Audiencia concluyó que los hechos relatados eran constitutivos, además de otros, de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 147.1 y 57 CP, sobre éste último, “considera que la conducta del acusado es propia de actuación dolosa, bajo la variante propia de dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por la información que con carácter general existe sobre esta enfermedad.

Por otra parte, la posibilidad de contagio es baja en 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. La relación sin tomar especiales medidas precautorias se prolongó durante unos cuatro meses, esto es, fueron decenas las veces en que el acusado mantuvo relaciones sexuales con su hija, sin informarla o sin adoptar el uso del preservativo.

Esa persistencia en la acción, po un lado y en el silencio por otro, unida a la conciencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual”.

Y añade: “respecto al carácter grave de la enfermedad, por grave enfermedad ha de tenerse la que real o potencialmente cause un menoscabo de la salud de suma importancia, pues así lo exige el tratamiento punitivo que equipara ese concepto a las mutilaciones de miembros principales o a la pérdida de sentidos corporales.

En este punto, el contagio por VIH supone que la enfermedad tiene una fase larvada y de progresivo desarrollo, tras lo cual la enfermedad, ya contraída, se desarrolla y aparece el síndrome de inmunodeficiencia que se caracteriza por la presencia de múltiples posibles enfermedades asociadas, infecciones oportunistas, lesiones tumorales.

Ello supone que las expectativas actuales de la vida puedan acortarse. Pero es que, además la

supervivencia está condicionada al uso de fármacos en la fase de desarrollo, no siempre bien tolerados, con graves efectos secundarios.

En consecuencia, no cabe sino reputar la misma como enfermedad muy grave, y por tanto, la causación dolosa de la misma ha de reputarse constitutiva del delito de lesiones en su tipo singularmente agravado recogido en el art. 149 CP”

El caso al que se refiere la SAP Madrid, Sec. 5º, 02-01-2004 supuso la condena a una mujer a 6 años de prisión.

La procesada conoció su estado de infección del VIH en 1995 dos años después conoció a un joven con quien intimó.

Inicialmente usaron preservativos pero luego, solo de forma intermitente, sin conocer en ningún momento su pareja la dolencia que padecía aquella.

Dos años más tarde, la mujer comunicó a su compañero su infección, éste se sometió a las pruebas, dando positivo en VIH. Tras un tiempo el joven rompió la relación entrando en un trastorno depresivo grave.

La Audiencia estimó que: “ la conducta de la penada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante del dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por haber sido informada y con casi total y absoluta certeza , por haber sido ella misma contagiada.

Por otra parte, la posibilidad de contagio es baja en caso de un solo encuentro...”.

Como elemento del tipo doloso, fueron decenas las veces sin informar a su compañero y sin imponerle el uso del preservativo.

“Esa persistencia en la acción por un lado y en el silencio por otro, unida a la consciencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual, se siga la teoría del consentimiento, la de la probabilidad o mixtas o eclécticas, teniendo en cuenta que el grado de probabilidad, aunque no debe vincularse al resultado, pues entonces siempre que apareciese ésta la probabilidad debería forzosamente reputarse elevada, sí debe, aunque se considere *a priori* enlazarse con la excelencia del bien jurídico puesto en peligro por la acción, de forma que si no sólo en términos de imputación objetiva la lesión se muestra producida dentro del radio de acción de dicho riesgo, sino que en términos apriorísticos se sabe que la acción es peligrosa para bienes como la vida o la salud, singularmente relevantes, la fría asunción de una probabilidad más que suficiente, es determinante de la conducta dolosa”¹¹. Al estimar muy grave la enfermedad contrída por el joven, el Tribunal optó por la aplicación del art. 149.1 CP.

¹¹SAP Madrid, Sec. 5º, 02-01-2004

5.CONCLUSIONES

Es el SIDA lo que ha revitalizado la preocupación por la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general y de las de transmisión sexual en particular.

La reflexión doctrinal remite a considerar si es o no pertinente introducir un precepto penal que castigue la conducta que comporte mero riesgo de transmisión del SIDA.

Hay autores que abogan por recuperar la vieja regulación sobre delito de peligro de contagio venéreo, ampliado al resto de vías de transmisión hoy conocidas en el caso del SIDA, pero hay quien mantiene la posición contraria.

Por ejemplo, Arroyo concluye que “la lucha contra el SIDA nada tiene que esperar de medidas penales”.

Tras la supresión del delito de “*propagación maliciosa de enfermedades*”, con respecto al SIDA, no podemos decir que los poderes públicos hayan permanecido indiferentes.

Se ha invertido mucho en campañas de prevención como educación sexual en los centros primarios, reparto de material anticonceptivo así como la creación de departamentos específicos al tratamiento de ETS donde poder realizarse análisis e intervenir en caso de infecciones de tipo sexual de forma gratuita.

Aunque, hacemos crítica a estas campañas porque con frecuencia han conseguido lo contrario de lo que pretendían, fomentando hábitos, que es posible que ante el miedo no se tendrían, por lo que se ha obtenido con ellas aumentar el número de contactos sexuales al dar, en teoría, más facilidades para evitar sus consecuencias.

Dentro del campo de la Bioética la conducta del que a sabiendas transmite una enfermedad es totalmente censurable. Destaca la Lcda. En Derecho M^a Victoria Baquero.

La Bioética es más exigente que el CP, cada persona debe ser responsable de su conducta, abstenerse de lesionar ni por acción ni por omisión.

Toda persona debe procurar no causar un mal a nadie y para ello debe poner los medios, incluso aunque la ley no se lo exija, es más, le libere, debe seguir un tratamiento médico y sobre todo en los supuestos que de no hacerlo se derive una transmisión más de la enfermedad de una forma más fácil aunque no haga nada.

Está claro que una persona consciente de que su enfermedad es contagiosa y con un claro dominio de su voluntad, debe abstenerse de realizar conductas de riesgo.

Si en estas conductas además media premeditación y alevosía está claro que no nos hallamos ante un delito de lesiones sino de asesinato.

“El que a sabiendas del riesgo de su enfermedad, realiza estas conductas sin adoptar las medidas necesarias y transmite la enfermedad, debe ser penalizado por el bien de la

comunidad por mucho que nos cueste admitirlo en algunos supuestos que son penosos para todos”[*Las enfermedades contagiosas: aspectos jurídicos y éticos de su transmisión consciente*]

Siguiendo este artículo, señala que “La transmisión del virus como el SIDA es la provocación de una muerte lenta y muy dolorosa, tanto física como moralmente” Es por ello, se pretende desde el punto de vista de esta ciencia, el endurecimiento de las penas que atenten contra la salud y para el presente caso, un resultado tan grave como el ser contagiado concurriendo las características antes mencionadas es digno de ser contemplado por un tipo específico y por una pena igual a la del homicidio.

Por otro lado, la pregunta que se formularon los legisladores a la supresión del delito de “*propagación maliciosa de enfermedades*” a la reforma del CP de 1995 fue la siguiente: ¿en la lucha contra el sida resulta de justicia, de necesidad o de conveniencia alguna solución distinta a la que deriva del texto de los delitos de lesiones? o ¿resulta necesario un tipo penal que castiga la conducta que comporte mero riesgo de transmisión del SIDA?

Algunos autores, españoles y extranjeros, han propuesto con diversas variantes la creación de un tipo de puesta en peligro que castigue al portador del SIDA y a cualquier persona que ponga a otra en grave peligro de contagio de esta enfermedad. Se trata, en definitiva, de la recuperación de la vieja propuesta del delito de peligro de contagio venéreo, ampliado para captar además de la transmisión por vía sexual las restantes vías de transmisión del SIDA hoy reconocidas.

La ciencia del Derecho Penal ha desarrollado un complejo argumental teórico para responder razonablemente a la cuestión de la justicia y la utilidad del castigo, cuyo principio más general es el postulado de que el castigo penal ha de ser justo y, a la vez, socialmente útil o conveniente.

Esto es, para que sea legítima una incriminación además de justa, ha de ser útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la *política general de contención de la extensión del Sida*, que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas a producir contagio y el número de nuevos infectados.

Pues bien, en términos sociales, no puede estimarse que la incriminación de las prácticas de riesgo comporte un efecto motivador de la renuncia a las mismas. Es más, es altamente probable que dicha incriminación comporte una inmersión de los portadores conscientes y, más aún, de los que no tienen la seguridad de ello, en la “clandestinidad” frente a la terapia, la detección de la enfermedad. En definitiva frente al acceso a la información y a la responsabilidad individual frente a sí mismos y a los demás.

Todo ello como consecuencia no solo de que el peso de la pena *natural* se incremente con el de la legal, sobre todo el efecto estigmatizante y marginador propio de la intervención penal.

“La lucha contra el Sida nada tiene que esperar de medidas penales extraordinarias, distintas

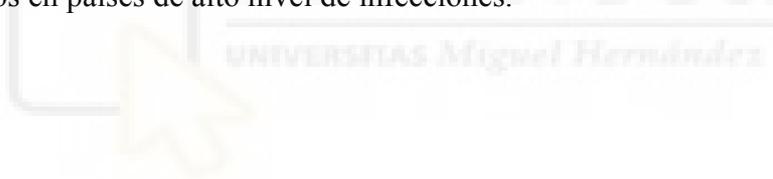
de las comunes hoy vigentes en el nuestro CP para la protección de la vida y la salud”. Luís Arroyo Zapatero, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

En cuanto a la Jurisprudencia, tras analizar las teorías doctrinales y científicas, así como las de la bioética, llegamos a la conclusión, a pesar de que el Estado ha de velar por los derechos de la sociedad y procurar orientar la conducta de los ciudadanos hacia conductas que procuren no lesionar la propia salud ni la del resto de personas.

Es el Derecho Penal, una vía efectiva y óptima para tratar de prevenir contagios que desenvocan en la muerte y provocan un enorme coste de los presupuestos estatales en Sanidad en tratamientos para la cura de este fenómeno.

Pero , sin embargo tras analizar la cantidad de inconvenientes que presenta calificar como hecho típico el contagio doloso de una enfermedad venérea, o de su contagio de forma imprudente por omisión de no adoptar las medidas necesarias para evitar el contagio o de la infección por negligencia, resulta más apropiado velar por el derecho a la integridad corporal y la vida y la salud de los sujetos contagiados dentro del delito de lesiones como dedica el art. 149. 1 CP con la expresión “*grave enfermedades somática*”. Con la pena de prisión de 6 a 12 años.

Es por ello nuestro legislador no a descuidado los daños ocasionados por infecciones venereas y ante el hecho del constante aumento de nuevos casos de contagios quizás sea mas efectivo adoptar otro tipo de medidas más efectivas como las adoptadas por los planes de prevención de ETS seguidos por España bajo las directrices generales de organizaciones como ONUSIDA Estos sistemas implantados han conseguido disminuir el porcentaje de contagios o por lo menos frenarlos en países de alto nivel de infecciones.



6. BIBLIOGRAFIA

-Documentos:

-El movimiento eugenésico estadounidense como clave del éxito de la eugenesia en el siglo XX y la posibilidad de su retorno en el siglo XXI.- Jesús Parra Sáez, Universidad de Murcia. AGORA-Papales de filosofía- (2018), 37/2: 123-148.

-La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA.- Luis Arroyo Zapatero. Catedrático de Derecho Penal- Universidad Castilla-La Mancha.

-Las enfermedades contagiosas, aspectos jurídicos y éticos de su transmisión consciente.- M^a Victoria Baquero Duro, Lcda en Derecho, Master en Bioética.

-Salud, Política y Enfermedad en España: entre el desarrollismo y la transición democrática. Ramón Castejón Bolea [cap 10 “las enfermedades de transmisión sexual en España entre el desarrollismo y la transición democrática: cambios epidemiológicos y nuevos actores”]

Sentencias:

Sentencia de la AP Cádiz, sec 8^a, 15.3.2006

Sentencia núm. 1218/2011 Tribunal Supremo Madrid 08/11/2011

Sentencia núm 242/2013 Tribunal Supremo Madrid 01/04/2013

Sentencia nº 204/2006 Juzgado de lo Penal de Barcelona nº 17.

Sentencia nº 653/2007 Aud. Provincial Madrid

Auto nº 260/ 2017 Aud. Provincial de Logroño.

-Páginas web:

www.procuradorleon.com

<https://calderoncorredera.com/delito-de-lesiones-contagio-enfermedades/>

<https://perspectivapenal.com/2016/10/28/el-concepto-de-tratamiento-medico-o-quirurgico-en-las-lesiones/>

[//delitopenal.com/el-delito-de-lesiones-en-el-nuevo-codigo-penal/](http://delitopenal.com/el-delito-de-lesiones-en-el-nuevo-codigo-penal/)

www.seimc.org/contenidos/documentoscientificos/procedimientosmicrobiologia/seimc-procedimientomicrobiologia57.pdf

<http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/penal/sentencia-num-12182011-tribunal-supremo-madrid-seccion-1-08-11-2011>

<http://www.infecto.edu.uy/casos/caso22/breves4.html>

<https://prezi.com/ypmeqtpawtzl/enfermedades-de-transmision-sexual-y-delitos-sexuales/>

<https://www.dw.com/es/el-modelo-alem%C3%A1n-de-prevenci%C3%B3n-del-sida/a-15195092> El modelo alemán de prevención del SIDA.

-kreuzer, A. (1991). el Sida y el derecho Penal. Anotaciones de Criminología para la discusión de Derecho pernal y Política Criminal en España.

-El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Carlos Romero Casabona.

-Las enfermedades contagiosas: aspectos jurídicos y éticos de su transmisión consciente. M^a Victoria Baquero Duro.

-Derecho y SIDA. Javier Sánchez Caro y José Ramón Cabezón.

-VIH/SIDA y Derecho, el marco jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria. Luis Fernando Barrios Flores.

-La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA.

-Made for minds <https://www.dw.com/es>

-<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>- Wolters Kluwer