En la Villa de Madrid, a ocho de noviembre de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por la acusación particular en nombre de Dª Celia, contra sentencia dictada por la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida por delito de lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmos. Sr. D. Carlos Granados Pérez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida el acusado D. Rodolfo, representados por la Procuradora Sra. López Revilla y estando la acusación particular recurrente representada por la Procuradora Sra. Vived de la Vega.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número 5 de Madrid instruyó 2/2009 y una vez concluso fue elevado a la Sección Vigésima Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 22 de diciembre de 2010, dictó sentencia que los siguientes Hechos Probados: "Se declara expresamente probado que Rodolfo, mayor de edad, en cuanto nacido el día 13 de abril de 1966, en Ginebra, de nacionalidad española, con DNI …-P, y con antecedentes penales no computables en la causa, susceptibles de ser cancelados, siendo portador del virus VIH desde hacía muchos años, por cuya enfermedad había venido siguiendo diversos tratamientos desde, al menos, el mes de mayo de 1997, inició una relación sentimental con Celia, también mayor de edad, en cuanto nacida en Perú el día 13 de enero de 1963, en el mes de mayo de 2006, no contándole, en ningún momento, tal circunstancia llegando a convivir juntos en el domicilio de él poco después.

Entre dicho mes y el de junio siguiente mantuvo con ella varias relaciones sexuales, y, a pesar de la infección que padecía, y la alta probabilidad de contagio de la misma por transmisión sexual, no utilizó en dos de tales ocasiones preservativo ni protección de ninguna clase, hasta que, ya en el último mes, y tras haber mantenido los contactos sexuales referidos, se lo dijo, aunque refiriéndola que acababa de enterarse del contagio, sugiriéndola que se realizara ella también las pruebas en un Centro Sanitario conocido por él, en la calle Sandoval, 7, a lo que ella accedió, y, utilizando como nombre supuesto el de María, se realizó la prueba el día 11 de julio de 2006, que arrojó un resultado negativo, aunque, al indicarle los facultativos que la atendieron que existía un periodo en el que podía no detectarse la enfermedad, denominado período "ventana", y que debía repetirse la prueba transcurridos unos tres meses, volvió a realizársela el día 31 de octubre de 2006, que esta vez sí arrojó un resultado positivo, resultando Celia desde entonces infectada como portadora del virus VIH, lo que la ha ocasionado, asimismo que venga sufriendo, a partir de tal momento, un trastornos adaptativo de tipo depresivo, derivado del shock sufrido al ser diagnosticada la infección por VIH".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a, Rodolfo, como autor responsable de un delito de lesiones agravadas, causadas por imprudencia grave, ya definido con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios a la pena de dos años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y con la prohibición de aproximarse a Celia, a su domicilio, lugar de trabajo o de cualquier otro que pudiera encontrarse, estableciendo, al efecto, una distancia mínima de 500 metros, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de cinco años, al pago de las costas de este procedimiento, incluidas las de la acusación particular, y a que indemnice a Celia en la suma de noventa mil euros (90.000,00 €)

por las lesiones causadas, incluido el daño moral, devengando tal cantidad un interés anual igual al del legal del dinero, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente resolución hasta la de su total cumplimiento. Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que hubiere permanecido privado de libertad cautelarmente por esta causa. Esta sentencia, no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la acusación particular preparó recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 149.1 del Código Penal.

Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley del Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 66.1.3 del Código Penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 2 de noviembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 149.1 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que la transmisión del virus del SIDA realizada a la perjudicada lo ha sido mediante dolo eventual por lo que debe condenarse al acusado como autor de un delito de lesiones dolosas.

Se ha dicho por la doctrina que los contagios por Sida han venido a reavivar 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.

En la evolución de nuestros Códigos Penales encontramos ejemplos de tipificación especifica de contagio de enfermedades venéreas y en la reforma del anterior Código Penal, operada por Ley de 24 de abril de 1958, se introdujo como artículo 348 bis el delito de propagación maliciosa de enfermedades que tiene la siguiente redacción: "El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor (seis meses a seis años). No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad

del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare podrá imponer la pena superior inmediata (seis años a doce), sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave".

Este precepto resultaba inaplicable en la práctica en cuanto exigía la propagación de la enfermedad y que esa propagación fuese "maliciosa". Es decir, requería el efectivo contagio, con lo que se excluían los supuestos de creación de peligro, que podrían justificar una tipificación específica al margen de los delitos de lesiones en los que se subsumirían los supuestos de lesión efectiva y el requisito de que la propagación fuese "maliciosa" determinó que se considerase excluida de la tipicidad no solamente la conducta imprudente, sino también la de 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. Dicho precepto específico de propagación de enfermedades fue excluido del Código Penal de 1995.

Tras la reforma operada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que modificó la redacción del artículo 420 del Código Penal 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 del delito 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 a otra persona, sea cual fuere su naturaleza, redacción que se mantiene en los vigentes artículos 147 y 149 del Código Penal, lo que permite incluir los contagios dolosos o imprudentes del SIDA como constitutivos de lesiones dolosas graves en el artículo 149, y si son imprudentes en el artículo 152, ambos del Código Penal.

Centrándonos en el supuesto objeto del recurso de casación que examinamos, al haber sido recurrida la sentencia por entender la acusación particular que procede una calificación dolosa y no imprudente, es decir un pronunciamiento más perjudicial para el acusado, la competencia de esta Sala no se extiende a una nueva valoración que determine los elementos de hecho sino partiendo de unos hechos probados que se consideran inalterables debe limitarse a hacer unas consideraciones estrictamente jurídicas sobre el alcance y calificación de esos hechos (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez contra España) y respecto a este limitado alcance también se pronuncia el Tribunal Constitucional, como es exponente la Sentencia 142/2011, de 26 de septiembre, en la que se declara que del derecho a un proceso con todas las garantías deriva la exigencia de que únicamente el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las pruebas personales y la necesidad de la comparecencia del acusado es una expresión del derecho de defensa cuando en el juicio de apelación el debate no sea estrictamente jurídico, esto es, cuando en el mismo se ventilen cuestiones de hecho que afecten a la declaración de inocencia o culpabilidad.

Examinemos el relato fáctico de la sentencia recurrida. Se declara probado, entre otros extremos, que el acusado mantuvo, con quien estaba unido sentimentalmente, varias relaciones sexuales y, a pesar de que padecía infección por el virus del Sida y la alta probabilidad de contagio de la misma por transmisión sexual, no utilizó en dos de tales ocasiones preservativo ni protección de ninguna clase, y tras haber tenido los contactos sexuales referidos, se lo dijo, aunque refiriéndole que acababa de enterarse del contagio, y la víctima, tras realizarse las pruebas, resultó que estaba infectada siendo portadora del virus VIH (Virus de la Inmunodeficiencia Humana).

La cuestión planteada por la acusación particular recurrente se ciñe a la calificación jurídica de la conducta del acusado, vistos los hechos que se declaran probados, y en concreto si constituye un delito de lesiones dolosas, como se postula, o por el contrario constituye un delito de lesiones causado por imprudencia como se sostiene en la sentencia recurrida.

La Sentencia de esta Sala 528/2011, de 6 de junio, en un caso de contagio de SIDA, declara, tras describir la realización de numerosos coitos sabedor de que padecía la contagiosa dolencia, que es indudable que la utilización de preservativos, como los propios médicos le habían prescrito, no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado; sigue diciendo que no ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1 2 del Código Penal (artículo 149) por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida).

Esta referida sentencia pone el acento en el hecho de que se hubiera utilizado o no preservativos en las relaciones sexuales por parte de quien siendo portador del virus (VIH) contagió a su pareja, y al haberlos utilizado, aunque no con la eficacia debida, ello determinó que se excluyese el dolo y que su conducta fuese criminalmente imputable por delito de lesiones cometido por imprudencia grave.

Tampoco se olvida, en referida Sentencia, de mencionar el elemento que debe considerarse esencial a los efectos de la calificación jurídica de este tipo de conductas de contagio, que es la previa información a la pareja de que estaba infectado por el VIH. El derecho a la intimidad del enfermo encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud del semejante.

La existencia o no de esa previa información resulta crucial, ya que caso de no haber advertido a la pareja que era portador del virus ello le situaba en posición del dominio del hecho que sustenta la autoría en un delito de lesiones, ya que el sujeto pasivo había aceptado mantener unas relaciones sexuales que no lo habría hecho de conocer que las estaba realizando con una persona que estaba infectada por ser portadora del virus (VIH).

Y en orden a la cuestión esencial que se debate en el presente motivo -conducta dolosa o imprudente-, tienen declarado esta Sala, sobre esa distinción, como es exponente la Sentencia 83/2001, de 24 de enero, que el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo -asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva “querer” el resultado- el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual. Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como “caso de la colza”), en la que se afirma que “si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo

eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual". Añade dicha sentencia que "la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor".

En el supuesto que examinamos, como se declara en los hechos probados, el acusado, portador del virus (VIH), tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativos. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjeran el contagio cuya representación resultaba obligada para su agresor, como lo evidencia el hecho de que conscientemente, y para seguir manteniendo esas relaciones, omitió informar a su víctima de que era portador de una enfermedad que se contagia con ese tipo de relaciones, como así sucedió.

No se debe olvidar que el término "de propósito" incluido en el artículo 418 del Código Penal derogado ha sido excluido en el artículo 149 del vigente Código Penal lo que elimina cualquier cuestión sobre la aplicación del dolo eventual a este supuesto agravado de lesiones.

El motivo, que fue apoyado por el Ministerio Fiscal, por todo lo que se deja expresado, debe ser estimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con carácter subsidiario del anterior, se invoca infracción del artículo 66.1.3 del Código Penal.

Se dice producida infracción legal al individualizarse la pena ya que la que corresponde a la conducta imprudente se extiende de uno a tres años y, al concurrir la agravante de parentesco, procedía la pena en su mitad superior, es decir de dos años y un día a tres años.

La estimación del motivo anterior deja sin contenido este segundo motivo.

FALLO

Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la acusación particular, en nombre de Dª Celia, contra sentencia de la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 22 de diciembre de 2010, en causa seguida por delito de lesiones, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Diego Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de noviembre de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número 5 de Madrid y seguida ante la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de esta misma capital por delito de lesiones y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Sección con fecha 22 de diciembre de 2010, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción del tercero, que se sustituye por el fundamento jurídico primero de la sentencia de casación, en lo que concierne a la calificación jurídica de los hechos que se declaran probados.

Al estimarse que los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito doloso de lesiones causantes de una grave enfermedad, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, concurriendo la agravante de parentesco, la pena a imponer se extiende de nueve años y un día a doce años, procediendo, acorde con el criterio mantenido en la sentencia recurrida, la imposición de la pena mínima de nueve años y un día de prisión que sustituye a la impuesta en la instancia de dos años de prisión, manteniéndose los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

FALLO

Manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, procede condenar al acusado Rodolfo como autor de un delito doloso de lesiones graves, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena privativa de libertad de nueve años y un día de prisión, que sustituye a la impuesta en la instancia de dos años de prisión.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Diego Ramos Gancedo.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.