

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 690/2019 de 11 Mar. 2020, Rec. 1807/2018

Ponente: Llarena Conde, Pablo.

LA LEY 12814/2020

ECLI: *ES:TS:2020:806*

LESIONES. Contagio de enfermedad de transmisión sexual. Transmisión del VIH en supuestos en los que el infectado conocía la enfermedad de su pareja. La denunciante sabía que su pareja era portador del VIH, por lo que al haber aceptado mantener relaciones sexuales con él, sin ningún tipo de profilaxis, la transmisión de la enfermedad no es merecedora de reproche penal. Evidencias externas de la enfermedad que la denunciante tuvo que percibir, pues ella misma fue diagnosticada meses después, y ni después de este diagnóstico, ni cuando denunció una supuesta agresión hizo alusión alguna al contagio de la enfermedad. In dubio pro reo. Autopuesta en peligro de la propia denunciante.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP Madrid y confirma la condena por delito de lesiones agravadas por contagio de VIH.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 690/2019

Fecha de sentencia: 11/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1807/2018

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 26

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1807/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 690/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1807/2018 interpuesto por Clemencia, representada por el procuradora doña Carolina Pérez Sauquillo Pelayo, bajo la dirección letrada de doña Esperanza López Ayuso, contra la sentencia dictada el 16 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimosexta, en el Sumario ordinario 1763/2017, en el que se absolvió a Luciano de los cargos imputados por las acusaciones (lesiones agravadas del artículo 149.1 del Código Penal, maltrato de obra en el ámbito de violencia sobre la mujer del artículo 153.1 y 3 del Código Penal, y tenencia de arma prohibida, previsto y penal en el artículo 563 del mismo cuerpo legal). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal e Luciano, representado por la procuradora doña Victoria Brualla Gómez de la Torre bajo la dirección letrada de Javier Martínez Arenas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 8 de Madrid, incoó sumario ordinario 1/2016 por supuesto delito de lesiones agravadas, maltrato de obra en el ámbito de violencia sobre la mujer y tenencia de arma prohibida, contra Luciano, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimosexta. Incoado el Sumario 1763/2017, con fecha 16 de abril de 2018 dictó sentencia n.º 286/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **PRIMERO.- 1.1** Se declara probado que el procesado, Luciano, cuya circunstancias personales constan en autos, había sido diagnosticado por infección de VIH desde el 15 de julio de 2004.

En el año 2012, inició una relación sentimental con Clemencia, con la que convivió un año y medio en la ciudad de Madrid, hasta el mes de septiembre del 2014.

En el mes de septiembre del 2013, se diagnosticó a Clemencia que era portadora del VIH, virus que le había transmitido el procesado, en el curso de las prácticas sexuales que como pareja, ambos mantenían.

1.2- No ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo.

SEGUNDO. 2.1- Sobre las 20,00 horas del día 21 de junio de 2014, en el domicilio familiar de Madrid, se originó una discusión entre el procesado y Clemencia, cuyas causas y circunstancias no han quedado acreditadas.

2.2- Acto seguido, al acudir la policía al domicilio, cuando procedieron a la detención de Luciano, tras el cacheo que le efectuaron encontraron en un bolsillo de su pantalón una navaja de 24 cm de largo y 22cm de filo.

TERCERO.- Esta relación de hechos que se han declarado probados resulta de la prueba practicada en el acto del juicio, fundamentalmente de la declaración de la denunciante y del procesado, así

como de otros elementos de prueba que hemos considerado para verificar si sus respectivas declaraciones se encuentran corroboradas.

La acusación que se sostiene contra el procesado se basa fundamentalmente en el testimonio proporcionado por la denunciante, Clemencia, que por las razones que a continuación se exponen no constituye prueba suficiente para establecer la culpabilidad del mismo.

3.1- Es cierto que en el acto del juicio la denunciante ha ratificado la denuncia formulada contra el procesado, afirmando que Luciano nunca le reconoció ser portador del VIH y que de conocer tal extremo no hubiera mantenido relaciones sexuales "sin protección" con el mismo. También, ha confirmado que el día 21 de junio de 2014, fue agredida por Luciano en el curso de una discusión que mantuvieron en su domicilio.

Su testimonio, sin embargo, no es congruente con el resto de las pruebas que se han practicado.

Así, aunque la denunciante rotundamente niega conocer que su pareja era portador del VIH, reconoció en el plenario que en el barrio (Pozo de Tío Raimundo, Entrevías) donde vivían y se había criado, se comentaba que él era portador de dicha enfermedad, si bien aduce que él lo negaba, cuando ella le interpellaba sobre tal extremo. Reconoció que era conocido en el barrio como "Luciano, Cebollero". También, afirmó que el marido de su prima le comentó tal circunstancia, que conocía la condición de ex toxicómano de Luciano e incluso, que consumían conjuntamente, cuando podían, cocaína y hachís y, por último, que la hermana de Luciano, Vicenta, la advirtió de que se protegiera.

Es más, sobre tal conversación, la hermana del procesado, Vicenta, en la convincente y sincera declaración que realizó en el plenario, expuso que cuando se enteró que Clemencia iniciaba la relación con su hermano, le advirtió o aconsejó que se "protegiera... que tomará medidas...", si bien reconoce que no le indicó de que se tenía que proteger, pero que del contexto de la conversación que mantuvieron, a su juicio quedaba claro, pues explicó que cuando una chica habla con otra chica de protegerse, implícitamente se entienden. Llegó incluso a manifestar "... poco más había que decir a una persona como Clemencia...", contestándole ella "que no pasaba nada"; relatando que tenía la impresión de que sabía todo, máxime cuando ella era amiga de una relación anterior de su hermano.

Hay que resaltar que Adelaida, persona que se encontraba el día 21 de junio en el domicilio de Clemencia y de Luciano, amiga de la pareja, relató que "si sabíamos todo el barrio que Luciano era portador del virus, no sé porque ella no lo hubiera sabido".

También a título ilustrativo hemos de destacar que en el informe médico forense obrante a las actuaciones, folios 522 y siguientes, el procesado fue examinado en el Hospital Infanta Leonor el 28 de mayo de 2013 y de dicho informe hemos de destacar que se hace mención a "relación sexual de riesgo...", desde hace tres meses lesiones en pene, pruriginosas. Empeora cuando tiene relaciones...", evidencias externas de enfermedad de transmisión sexual que Clemencia tenía percatarse al mantener relaciones, puesto que a la misma le fue diagnosticado el contagio meses después, en septiembre del 2013.

Además, por su condición de consumidora de sustancias estupefacientes de alto riesgo, como ella misma ha reconocido, así como la condición de toxicomanía de su pareja sentimental con la que compartía el consumo, es evidente que debería de tener conocimiento del riesgo al que se sometía, no sólo con la práctica de relaciones sexuales sino también por el mero hecho del consumo de sustancias estupefacientes de tal entidad.

Por último, hemos de destacar, que cuando denunció el incidente supuestamente acaecido el día 21 de junio (agresión), no hizo ninguna mención al contagio de dicha enfermedad, circunstancia de la que ya era conocedora, acogiéndose posteriormente a la dispensa del artículo 416 de la LECrim., si bien, tres meses después, denunció tal contagio y haber sido agredida en la espalda con un bolígrafo

por el procesado, hechos que no son objeto de este procedimiento.

Todas estas circunstancias a las que anteriormente hemos hecho referencia, nos hace plantearnos la duda razonable de hasta qué punto Clemencia ignoraba que Luciano no padecía tal enfermedad y, en consecuencia, si la misma aceptaba el riesgo de mantener relaciones sexuales con el mismo en tales condiciones.

3.2- Por otro lado, ninguna prueba de cargo digna de ser tenida en cuenta se ha practicado en el acto del plenario para acreditar que el día 21 de junio de 2014, Clemencia fuera agredida por el procesado, pues no se ha aportado ninguna prueba de cargo a juicio de este Tribunal que corrobore el relato inculpativo de la denunciante, puesto que la misma no presentaba lesiones, la única testigo de estos hechos, Adelaida, no se acordaba de lo sucedido y los policías que acudieron al domicilio, sólo fueron testigos de la agresividad que mostraba el procesado, circunstancia por la que reconocen que tuvieron que reducirle, encontrando posteriormente en el cacheo al que se sometió, una navaja cerrada en el interior de un bolsillo de sus pantalones.

En tales condiciones hemos de concluir que el testimonio prestado por la denunciante carece de suficiente fuerza de convicción para establecer los hechos de la acusación, los cuales expresamente hemos declarado no probados."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" **FALLO**

Absolver a Luciano de los cargos imputados por las acusaciones, declarando de oficio las costas causadas por este juicio y dejando sin efecto todas las medidas cautelares acordadas contra él.

Firme que sea esta resolución procedase, conforme a lo establecido en los arts. 5 y 9 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, a cancelar todos los datos pertenecientes al encausado, así como las muestras o vestigios obtenidos del mismo.

Dese el destino legal a la navaja intervenida en la presente 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.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Clemencia (acusación particular), anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Clemencia, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Único .- Por infracción de ley, con base en el número 1 del artículo 849 de la LECrim, al haber cometido en la sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como no constitutivos de un delito de lesiones agravadas, previsto y penado en el art 149.1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, puesto que en los declarados probados constan los requisitos que configuran el delito de lesiones agravadas al someter a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, por lo que se han infringidos los arts. 149.1 en relación con los arts 153.1 y 3 del Código Penal .

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 9 de julio

de 2018 y el recurrido Luciano en el fechado el 27 de junio de 2018, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo el motivo del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 23 de octubre de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Procedimiento Ordinario n.º 1763/2017, procedente del Procedimiento Ordinario 1/2016 de los del Juzgado de violencia sobre la mujer n.º 8 de Madrid, dictó sentencia el 16 de abril de 2018 en la que absolvió a Luciano, entre otros, del delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal del que venía acusado, así como del delito de maltrato de obra en el ámbito de la violencia sobre la mujer de los artículos 153.1 y 153.3 del Código Penal.

Contra la absolución por estas dos figuras delictivas se ha interpuesto el presente recurso de casación por la representación de Clemencia, quien ha ejercido la acusación particular en este proceso y había sustentado la comisión por el acusado de ambos delitos, además de un delito de tenencia de arma prohibida del artículo 563 del texto punitivo.

El recurso se formula por un único motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, si bien con una triple dimensión, pues entiende indebidamente inaplicado el delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal, así como la agravante de parentesco del artículo 23, además de considerar que los hechos son también subsumibles en el delito de maltrato de obra en el ámbito de la violencia sobre la mujer de los artículos 153.1 y 3 del Código Penal.

PRIMERO.- El recurso asume la asentada doctrina constitucional y jurisprudencial que impide al Tribunal casacional valorar una prueba personal no realizada a su presencia, además de admitir la intangibilidad del relato fáctico descrito en la sentencia de instancia en consideración al cauce procesal por el que desarrolla su discrepancia con la sentencia.

Pese a todo, considera que la descripción de hechos probados que realizó el Tribunal de enjuiciamiento debería de haber conducido a que se condenara al acusado como autor de un delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal, con la agravación de parentesco del artículo 23 del mismo texto punitivo, puesto que el Tribunal describe que el acusado conocía desde el año 2004 que era portador del VIH, y que fue por las relaciones sexuales que mantuvo con su pareja Clemencia como terminó por transmitirle la enfermedad en el año 2013, sin que el consentimiento que ella pudiera haber prestado tenga otra consecuencia que rebajar en uno o dos grados la pena legalmente prevista para el acto lesivo enjuiciado (art. 155 del Código Penal).

1. Más allá de la valoración ética que, en orden a la libertad de decisión, pueda merecer que quien conoce sufrir una enfermedad sexual oculte su existencia a quienes mantienen prácticas sexuales con él, la consideración penal de esta realidad se aborda por el legislador a partir del derecho a la salud, contemplando el bien jurídico desde su significación más concreta de *ausencia de afección o enfermedad* en una población o individuo. Una actividad sexual sin adoptar la profilaxis sanitaria precisa cuando es requerida, no solo puede comportar la propagación de patógenos bacterianos, víricos o parasitarios transmisibles por vía sexual, con consecuencias leves o transitorias para la salud humana en muchas ocasiones, sino que puede desembocar en graves resultados a largo plazo, incluso de tipo permanente, como infertilidad, enfermedades crónicas, carcinomas o muerte prematura, además de graves patologías verticales en el feto o en el recién nacido.

En todo caso, la contemplación que ha realizado nuestro legislador respecto de la salud como un derecho merecedor de específica protección penal, en lo que a los contagios por enfermedad de transmisión sexual se refiere, ha pasado prioritariamente por la exigencia de que las conductas de

riesgo produzcan un resultado. De este modo, el bien jurídico se ha configurado como de naturaleza personal, descartándose la tipificación de estas conductas como delitos que atenten contra la salud colectiva, esto es, como delitos de peligro potencial en atención al riesgo de expansión de la infección o de la enfermedad, de los que podría llegar a ser también responsable la persona sana que tuviera relaciones de riesgo con un individuo que se supiera enfermo.

No ha sido así en todos nuestros precedentes legislativos. El Código Penal de 1822 condenaba como responsables de un delito contra la salud pública (art. 378), a "*Los que introdujeran o propagaren enfermedades contagiosas o efectos contagiados, y a los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, o se evadan de los lazaretos*". La concreta previsión desapareció en el Código Penal de 1848 y en los delitos contra la salud pública recogidos en el Título V, del Libro II, del Código Penal de 1870, siendo el Código Penal de 1928 el que restableció el delito de propagación maliciosa de enfermedad dentro de los delitos contra la salud pública, además de introducir, por primera vez, el específico delito de contagio venéreo dentro de los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas.

Estas dos previsiones específicas desaparecieron en el Código Penal de 1932 (artículos 346 a 352 para los delitos contra la salud pública y 421 a 430 para los delitos de lesiones), y fue en la reforma del Código Penal de 1944, operada por ley de 24 de abril de 1958, cuando se introdujo un artículo 348 bis que dispuso que "*El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como correspondiera si constituyera un delito más grave*"; redacción que persistió hasta la derogación del Texto Refundido del Código Penal aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre. En todo caso, el precepto resultaba de difícil aplicación en la práctica en cuanto que, al exigir la propagación maliciosa de la enfermedad, requería de una intencionalidad ajena a la conducta imprudente y al dolo eventual, además de dejar fuera del ámbito objetivo de aplicación a los supuestos de mera creación de peligro, pese a ser el elemento que podría haber justificado una tipificación diferenciada respecto de los delitos de lesiones en los que se subsumirían los episodios con lesión efectiva. Con ello quedaba fuera de toda 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.

La previsión específica de considerar delito la propagación de enfermedades fue excluida del Código Penal de 1995 que, desde su redacción inicial, no contempla ningún tipo penal de puesta en peligro de la salud pública a través del contagio, por lo que la incriminación de conductas que supongan la transmisión de enfermedades o deterioros de salud permanentes, entre ellos la propia transmisión del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), ha de ubicarse en la tipificación de las lesiones de los artículos 147 y ss del Código Penal, dado que el tipo básico del delito de lesiones corporales admite cualquier medio o procedimiento en orden a causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, integrándose por ello en la conducta típica el contagio o la transmisión, dolosa o culposa, de una enfermedad o dolencia a otra persona, sea cual fuere su naturaleza.

2. Respecto de la causación culposa de este tipo de menoscabos en la salud de la víctima, la sentencia de esta Sala 528/2011, de 6 de junio, en un caso de contagio de SIDA, tras describir la realización de numerosos coitos sabedor el acusado de que padecía la contagiosa infección, declaró que es indudable que la utilización de preservativos, como los propios médicos habían prescrito, no solo eliminaba la presencia de un dolo directo, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto se asumiera, lo cierto es que quedaba 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.

No obstante, la resolución consideró que no acaecía lo mismo en relación con la calificación del comportamiento como imprudente, que había de ser considerado además como grave a los efectos de incluirlo en las previsiones del artículo 152.1 2.º del Código Penal, por la importancia del riesgo ocasionado y por la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del SIDA). Esta calificación culposa puso el acento en el hecho de que, utilizándose o no preservativos en las relaciones sexuales por parte de quien era portador del virus (VIH), contagió a su pareja por no utilizarlos con la eficacia debida, sin olvidar un 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, por entender: a) Que el derecho a la intimidad del enfermo encuentra su límite en el derecho a la vida y a la salud del semejante y b) Que la existencia o no de esa previa información resulta crucial, pues de no advertirse a la pareja que se es portador del virus, el transmisor se coloca en posición del *dominio del hecho* que sustenta la autoría en un delito de lesiones, dado que el sujeto pasivo aceptaría mantener unas relaciones sexuales de manera distinta a como lo habría hecho de conocer que las abordaba con una persona infectada.

3. Por el contrario, la Sentencia 1218/2011, de 8 de noviembre, destacaba que el acusado tuvo con su víctima relaciones sexuales sin preservativo en dos ocasiones y, para seguir manteniendo relaciones, omitió informarle que era portador de una enfermedad transmisible con ese tipo de relaciones, produciéndose el contagio con conciencia por parte del sujeto activo del alto grado de probabilidad de que realmente sobreviniera, lo que, trascendiendo el campo de la culpa consciente, caracteriza al dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la representación del resultado, seguido por nuestra jurisprudencia a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como "*caso de la colza*"), en la que se afirmó 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 percibe 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".

4. La singularidad que introduce el presente recurso es sustentar que aunque la recurrente supiera que el acusado era portador del VIH, y por más que aceptara mantener relaciones sexuales con él sin ningún tipo de profilaxis, la transmisión de la enfermedad es merecedora de reproche penal, en la medida en que el artículo 155 del Código Penal establece que "*En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados*", salvo, claro está, en aquellos supuestos en los que el consentimiento venga otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad y necesitada de especial protección, en cuyo caso, que aquí no acontece, el consentimiento sería nulo y carecería de efecto.

En el desarrollo de este alegato, el recurso parte de la concurrencia del presupuesto de imputación objetiva correspondiente al tipo penal de lesiones, al destacar que se declara probado que "*el procesado, Luciano, cuyas circunstancias personales constan en autos, había sido diagnosticado por infección de VIH desde el 15 de julio de 2004.*"

En el año 2012, inició una relación sentimental con Clemencia, con la que convivió un año y medio en la ciudad de Madrid, hasta el mes de septiembre del 2014.

En el mes de septiembre del 2013, se diagnosticó a Clemencia que era portadora del VIH, virus que le había transmitido el procesado, en el curso de las prácticas sexuales que, como pareja, ambos mantenían".

5. De este modo, la cuestión que se suscita es la respuesta penal procedente cuando concurren los requisitos objetivos del tipo de lesiones y, o bien la víctima se había colocado a sí misma en la situación de riesgo de la que deriva el resultado previsto por la norma (autopuesta en peligro), o bien asumió la situación de peligro creada por otro (heteropuesta en peligro). Supuestos en los que la respuesta penal se torna compleja respecto de terceros partícipes, dado que la autopuesta en peligro no excluye que un tercero pueda cooperar dolosamente a que la víctima despliegue la conducta de riesgo de la que surgirán sus lesiones, ni faltan tampoco supuestos en los que un tercero despliega el comportamiento de riesgo sobre la víctima con pleno consentimiento de ésta.

Sectores doctrinales sostienen que tanto la cooperación a la autopuesta en peligro, como la heteropuesta en peligro consentida, excluyen la responsabilidad del tercero. Consideran que el resultado lesivo es plenamente atribuible al ámbito de responsabilidad de la víctima, no solo cuando un tercero facilita que aquella se autolesione, sino también cuando la lesión surge de una actividad de riesgo desarrollada por un tercero con el consentimiento de la víctima, siempre que: la actividad se organice con ella; la víctima sea autorresponsable; y el tercero no tenga un especial deber de protección respecto de los bienes de la víctima que resulten afectados.

Sin embargo concurren razones que justifican que en los supuestos de heteropuesta en peligro el tercero pueda ser tratado de manera distinta a los supuestos de autolesión, pues por más que en aquellos la víctima preste su consentimiento a involucrarse en la actividad finalmente lesiva, es evidente que el lesionado no desencadena por sí mismo el proceso de riesgo que tendrá después un desarrollo imprevisible, ni en la mayor parte de las ocasiones podrá evaluar el riesgo en toda su dimensión, ni tampoco controlarlo o cancelarlo después, de modo que el individuo transfiere al tercero toda la capacidad para dominar o desistir de la situación. La persona que accede a viajar como acompañante en un automóvil que va a ser conducido por quien sabe que ha hecho una relevante ingesta de bebidas alcohólicas, ni alcanza el mismo grado de percepción sobre la afectación psicomotriz que tiene el piloto, ni en la mayor parte de las ocasiones puede poner término a la situación de riesgo o llegar a conocer la maniobra arriesgada que el conductor puede adoptar de manera súbita e inopinada, bien por abordar un adelantamiento sin visibilidad o con apurado espacio, bien por no rebajar la velocidad en el momento preciso en el que el conductor aborda una curva más pronunciada.

De este modo, la heteropuesta en peligro consentida es estructuralmente distinta de la autolesión, siendo trascendente determinar en qué casos debe derivar a la punición del tercero causante del daño.

Resulta notorio que el criterio del *dominio del hecho* puede ser decisivo para una distinción entre la cooperación con una impune autopuesta en peligro (lesión realizada por propia responsabilidad) y la lesión causada por el comportamiento de riesgo de un tercero, pero el canon no puede alzarse como elemento diferencial en todos aquellos supuestos en los que existe un *dominio compartido del riesgo* entre el tercero y la persona puesta en peligro.

Para esta diferenciación la sentencia de instancia recurre al elemento del consentimiento, lo que no resulta adecuado por eludir que la plenitud de la adhesión exigiría que se proyectara sobre el resultado lesivo que se enjuicia y, aun en ese caso, que el criterio normativo fijado en el artículo 155 del Código Penal atribuye al consentimiento una minoración de la penalidad que reside en el menor desvalor de la acción, pero en modo alguno una irrelevancia penal ante hechos que comportan el

quebranto de la norma de conducta impuesta por el legislador.

Como sostienen relevantes sectores doctrinales, la heteropuesta en peligro consentida comporta una restricción teleológica del tipo de lesiones cuando el peligro equivalga, en su aspecto sustantivo, a una normalmente impune autopuesta en peligro con cooperación de terceros. Una equiparación que precisa de la comunión de los elementos que desdibujan la responsabilidad del autor con la del propio lesionado, concretamente: a) Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo; b) Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor; c) Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y d) Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo. Lo que es plenamente predicable respecto de aquella persona que, conociendo la patología contagiosa de otro, decide voluntaria y libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad. Un posicionamiento que, *obiter dictum* y sin desgranar razones de fondo, reflejaba la STS 528/2011, de 6 de junio, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Maza Martín.

SEGUNDO.- Pese a lo expuesto, en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia no se describe que la víctima conociera y aceptara el riesgo inherente a las relaciones sexuales que mantenía con el acusado en su relación de pareja. Al numeral 1.2 del relato histórico, el Tribunal describe que: "*No ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo*".

En principio, la expresión de "*no haberse probado la ignorancia*" equivale a desconocerse si la recurrente sabía del riesgo inherente a mantener relaciones sexuales con el acusado sin protección, lo que impide, no solo aseverar que Clemencia otorgara el consentimiento, sino apreciar la concurrencia de los elementos antes expuestos que permitirían excluir la punibilidad en los casos de heteropuesta en peligro.

La redacción del relato fáctico no es sin embargo caprichosa, sino que guarda perfecta congruencia con la fundamentación jurídica de la sentencia. La sentencia de instancia analiza en su tercer fundamento jurídico que Clemencia sostuvo en el plenario que el acusado nunca le había reconocido ser portador del VIH, añadiendo que de haber conocido tal extremo nunca hubiera mantenido con él relaciones sexuales "*sin protección*". Pero, en este análisis, el Tribunal resume su posicionamiento indicando que "*su testimonio, sin embargo, no es congruente con el resto de las pruebas que se han practicado*", reflejando a continuación el conjunto de elementos que llevan al órgano de enjuiciamiento a encontrar "*una duda razonable de hasta qué punto Clemencia ignoraba que Luciano no padecía tal enfermedad y, en consecuencia, si la misma aceptaba el riesgo de mantener relaciones sexuales con el mismo en tales condiciones*".

Más allá de que el testimonio prestado por la víctima deriva de una actuación policial que vino propiciada por una encendida discusión mantenida entre Clemencia y el acusado, el Tribunal destaca una serie de elementos que apuntan a una realidad contraria a la expresada en el testimonio prestado por la denunciante. Concretamente, la sentencia anuda los siguientes indicios:

a) Aunque la denunciante niega rotundamente que conociera que su pareja era portador del VIH, admitió en el plenario que en el barrio donde vivían y se había criado (Pozo de Tío Raimundo, Entrevías), se comentaba que el acusado era portador de dicha enfermedad, si bien aduce que él lo negaba, cuando ella le interpellaba sobre tal extremo.

b) Afirmó además que el acusado era conocido en el barrio como "*Luciano, el Cebollero*" y que conocía la condición de ex toxicómano de Luciano e incluso, que consumían conjuntamente, cuando podían, cocaína y hachís.

c) Admitió también Clemencia que la hermana del acusado, Vicenta, cuando iniciaron la relación, le advirtió de que se protegiera, dejando implícito aquello a lo que se refería sin más concreción; relatando esta última que la contestación de la denunciante fue "*que no pasaba nada*".

d) Adelaida, amiga de la pareja que se encontraba el día 21 de junio de 2014 en el domicilio de Clemencia y de Luciano, abiertamente reflexionó en el plenario que, si todos los del barrio sabían que Luciano era portador del virus, no entendía por qué su pareja Clemencia no había de haberlo sabido.

e) Clemencia, en su condición de consumidora de sustancias estupefacientes (como ella misma reconoció en el plenario), y conocedora de la condición de toxicómano de su pareja sentimental con el que compartía el consumo, había de conocer el riesgo al que se sometía, no solo con la práctica de relaciones sexuales, sino también con ocasión del consumo compartido de sustancias estupefacientes.

f) El informe médico forense obrante a las actuaciones (folios 522 y siguientes), deja constancia de que el procesado fue examinado en el Hospital Infanta Leonor el 28 de mayo de 2013 y que en dicho informe se hace mención a "*relación sexual de riesgo..., desde hace tres meses lesiones en pene, pruriginosas. Empeora cuando tiene relaciones...*", evidencias externas de enfermedad de transmisión sexual que llevan al Tribunal a sustentar que Clemencia hubo de percibir y consentir mantener relaciones sexuales con riesgo de transmisión de enfermedad, dado que a ella misma se le diagnosticó el contagio meses después, en septiembre del 2013, además de diagnosticarse ser portadora del VIH.

g) Ni después de este diagnóstico, ni cuando Clemencia denunció la agresión supuestamente acaecida el día 21 de junio de 2014, incorporó ninguna mención al contagio de la enfermedad, circunstancia de la que era conocedora desde septiembre del año 2013, habiéndose acogido posteriormente a la dispensa de declarar en contra de su pareja prevista en el artículo 416 de la LECrim. Fue tres meses después cuando denunció el contagio.

A partir de este análisis, el Tribunal concluye que "*subsiste a favor del procesado un margen de duda que es determinante de su absolución*", añadiendo que "*una de las garantías que incorpora el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) consiste en que la culpabilidad del encausado ha de ser demostrada más allá de toda duda razonable y lo cierto es que, en este caso, de los diversos hechos en que se funda la acusación, el único que ha sido probado es que la denunciante mantuvo una relación sentimental con el procesado y que consecuencia de las relaciones sexuales que mantenían se contagió del virus (VIH) del que era portador, aunque sin que se haya establecido que Clemencia fuera desconocedora de la patología que padecía su compañero sentimental*".

Ya hemos indicado en alguna ocasión que la presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad (SSTC 209/1999, de 29 de noviembre, 133/1994, de 9 de mayo; 36/1996, de 11 de marzo; 87/2001, de 2 de abril o 335/2017, de 11 de mayo). No existe ninguna presunción constitucional de que alguien pueda conocer y prestar su consentimiento a ser perjudicado mediante un menoscabo infeccioso a su salud, cuando el consentimiento no se refleja como elemento negativo del tipo de lesiones. De este modo, lo que la sentencia está proclamando es la transcendencia del principio del *in dubio pro reo* al ámbito de las circunstancias excluyentes de la antijuridicidad de una conducta, contradiciendo así la inicial doctrina de esta Sala que considera que si bien los elementos constitutivos del delito deben ser probados por la acusación, las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de su prueba corresponde a quien opone su concurrencia (SSTS 489/2004, de 19 de abril o 415/2016, de 18 de abril, entre muchas otras). No obstante esta doctrina, la jurisprudencia de esta Sala ha ido anunciando en diversas ocasiones (SSTS 639/2016, de 19 de julio; o 335/2017, de 11 de mayo) la conveniencia de revisar la inflexibilidad del presupuesto, habiendo llegado a apreciar la operatividad del *principio in dubio pro reo* cuando existen indicios fundados y estables de ausencia de antijuridicidad material de

la conducta (STS 802/2016, de 26 de octubre), lo que pasa por que la alegación no haya sido sorpresiva y se ofrezca a la acusación la oportunidad de rebatirlo en debate contradictorio. Si en tales circunstancias surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio *in dubio pro reo*, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia.

TERCERO.- Debe también desestimarse la alegación referida a la indebida inaplicación del artículo 153 del Código Penal.

El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal (STS 589/2010, de 24 de junio), pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

Desde esta consideración, debe recordarse que el tipo penal recogido en el artículo 153.1 sanciona al que "por cualquier medio o procedimiento ... *golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*", lo que en modo alguno encuentra soporte fáctico en la sentencia de instancia, que se limita a expresar que " *Sobre las 20,00 horas del día 21 de junio de 2014, en el domicilio familiar de Madrid, se originó una discusión entre el procesado y Clemencia, cuyas causas y circunstancias no han quedado acreditadas* ".

El motivo se desestima.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Clemencia, contra la sentencia dictada el 16 de abril de 2018, por la Sección vigesimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Sumario ordinario 1763/2017, con imposición a la recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo García

Lpderecho.pe