

The background of the cover is filled with a pattern of grey, semi-transparent parallelograms. These shapes are arranged in a staggered, grid-like fashion, creating a sense of depth and movement. The parallelograms vary in size and orientation, some pointing towards the top-left and others towards the bottom-right. The overall effect is a modern, geometric aesthetic.

# **VIH/SIDA y Derecho**

El marco jurídico:  
derechos del paciente y responsabilidad sanitaria

Luis Fernando Barrios Flores

Edición y Diseño:

YOU & US, S.A. 2008

Ronda de Valdecarrizo, 41 A, 2.ª planta

Tel.: 91 804 63 33 - [www.youandussa.com](http://www.youandussa.com)

Tres Cantos. 28760 Madrid

Diseño de portada y diagramación:

Equipo de Diseño YOU & US, S.A. (Jorge Paulsen)

ISBN: 978-84-691-4113-7

DL:

la información, para que este derecho prime –entre otros requisitos– sobre el derecho al honor. Para ello pretende dar una versión nueva sobre los hechos que constituyen el núcleo de la ‘ratio decidendi’ de la sentencia recurrida, lo que supone lisa y llanamente la incursión plena en el vicio casacional denominado supuesto de la cuestión, que indica de plano desestimación del motivo que en él incurre. Y así es, pues en el fundamento quinto de dicha sentencia recurrida se infiere que lo especificado en los artículos periodísticos plasmados en el diario ‘La Crónica de León’ el 20 de abril de 1993, 23 de abril de 1993 y 7 de julio de 1993, en los que se hacía constar que los vecinos tenían miedo al practicante –parte antes demandante y ahora recurrente– porque había dicho en un pleno del Ayuntamiento que inyectaría de SIDA a aquellos que no hicieran lo que él dijera, era cierto. Y para hacer tal afirmación de verosimilitud, la sentencia recurrida trae a colación profusas y certeras declaraciones testimoniales –catorce testigos, alguno de ellos por su categoría muy cualificados– que no dejan lugar a duda de que el referido practicante había proferido tales amenazas”.

## 2.5. EL DELITO DE LESIONES POR CONTAGIO DOLOSO O IMPRUDENTE

La Ley de 24 de abril de 1958 introdujo un art. 348 bis relativo al delito de propagación maliciosa de enfermedades, pero los Proyectos de reforma del Código Penal de 1980 y 1983 no contemplaron la inclusión de un precepto de este tipo. Pero la aparición del SIDA provocará que el Anteproyecto de 1992 sí incluya, dentro del delito de lesiones, una mención a las ocasionadas “incluso por contagio”. Finalmente tanto el Proyecto de 1994 como el texto finalmente aprobado, el Código Penal de 1995, no incluyen alusión alguna al contagio en los delitos contra la vida y contra la salud.

La reflexión doctrinal inevitable 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, por supuesto, al resto de vías de transmisión hoy conocidas en el caso del SIDA–<sup>371</sup>. Pero hay quien mantiene la posición contraria. Por ejemplo, Arroyo, concluye que: “La lucha contra el SIDA nada tiene que esperar de medidas penales extraordinarias, distintas de las comunes hoy vigentes con el nuevo Código de 1995 para la protección de la vida y la salud”<sup>372</sup>. Alega para

<sup>371</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, MIR PUIG, Santiago y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María en MIR PUIG, Santiago (Edit.): *Problemas jurídicos penales del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 173 y ss.

<sup>372</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis: “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”, *Derecho y Salud*, Vol. 4, núm. 2, julio-diciembre 1996, pp. 210-211.

ello el siguiente razonamiento: puede parecer evidente que sería justo o proporcionado el castigo de quien olvidando el cuidado debido a la salud de los demás realiza una conducta que pone en grave peligro la salud o la vida de otro. Ahora bien, toda incriminación, además de justa, ha de ser útil a la sociedad; es decir, "útil a la *política general de contención de la extensión del SIDA*". Y he aquí que entonces, tal política que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas para producir contagio, para ser realmente eficaz debería servir para instruir a los portadores conscientes a fin de que eviten prácticas de riesgo, detectar a los portadores no conscientes para que tomen conciencia y eviten aquellas prácticas y aleccionar a los no portadores para que adopten medidas para neutralizar el riesgo. La incriminación se muestra, en estos casos, ineficaz, ya que puede llevar a la "clandestinidad" de los portadores, con los efectos perversos que ello comporta<sup>373</sup>.

En la realidad normativa española, ante la ausencia de un delito específico de puesta en peligro de contagio, la incriminación de conductas que supongan la transmisión del SIDA hay que ubicarla en el delito de lesiones típicas. No ha de sorprender en este sentido la solución adoptada, ya que la STS 2ª 28.1.1997 ya había señalado la homogeneidad entre la conducta reprimida en el artículo 348 bis del Código Penal 1973 (delito de propagación maliciosa de enfermedades) con la sancionada en el artículo 420 de dicho texto (delito de lesiones): "el primero de los artículos mencionados, que fue introducido por Ley de 24 de abril de 1958 dentro de la rúbrica general de 'delitos contra la salud pública' (en el Código antes aludido 'contra la salud pública y el medio ambiente'), y como cierre de ella, para penar la propagación de enfermedades transmisibles a las personas, es de contenido similar al del segundo de los artículos citados, en el que se sancionan, bajo el título de 'delitos contra las personas', las lesiones que se causaren a otro menoscabando su integridad corporal o su salud física o mental, pues obvio es que si por lesión se entiende, desde el punto de vista legal, toda alteración de la normalidad somática o psíquica de un individuo, y que tal alteración es, por tanto, sinónima de enfermedad, al establecer ambos preceptos las repetidas condenas de acciones que ocasionan al sujeto pasivo enfermedad, es

<sup>373</sup> En el estudio realizado por Lazzarini, Bray y Burris sobre la legislación penal para la prevención del VIH en Estados Unidos se pone de relieve las dificultades de este instrumento como eficaz instrumento de prevención, concluyendo que la aprobación de las mismas –en los Estados en los que así se ha hecho– ha obedecido más a motivos simbólicos que a auténticas razones de prevención; LAZZARINI, Zita, BRAY, Sarah y BURRIS, Scout: "Evaluating the impact of criminal laws on HIV risk behavior", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 30, Summer, 2002, vol. 30, pp. 239-252.

En Estados Unidos, además de las leyes genéricas de aplicación existen tres tipos de normas más específicas: 1) las referidas a la transmisión de enfermedades en general 2) las referidas específicamente al VIH, y 3) las leyes que se limitan a agravar las penas en caso de ciertos comportamientos de riesgo (sería el caso del mantenimiento de relaciones sexuales siendo conocedor de ser portador del VIH) (sería el caso de la legislación de Ohio que califica la prostitución como delito menor, pero que agrava considerablemente las penas en el caso de que quien la ejerce conoce que está infectado).

Esta temática ha sido abundantemente abordada en Estados Unidos. Vid. al respecto la abundante bibliografía citada en el artículo antecitado de Lazzarini y otros.

notorio que los dos son homogéneos y, por ello, que puede pasar el Tribunal juzgador desde el 348 bis al 420”.

Dos son los tipos de lesiones graves –que son las que aquí nos ocupan en el caso del SIDA–: las dolosas (arts. 147<sup>374</sup> y 149.1<sup>375</sup> CP 1995) y las ocasionadas por imprudencia (art. 152 CP 1995<sup>376</sup>).

Ya vimos como la SAP Valencia, Sec. 2ª, 14.5.2007 efectivamente aplicó uno de dichos preceptos (concretamente el art. 149.1 CP) condenando a un anestesista como responsable en concepto de autor de 275 delitos de lesiones (dolo eventual).

Veamos cómo fuera del ámbito profesional sanitario también son de aplicación los mencionados preceptos. Por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona nº 17, 29.5.2006. Es hecho probado de la sentencia que “E, entre agosto y noviembre de 2002 convivió maritalmente con P. sin advertirle en ningún momento que padecía desde 1995 el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) ni tomar medida alguna para evitar el contagio que finalmente se produjo y que provocó el fallecimiento de Dª P. el 16-1-03, quien hasta el momento de conocer al acusado 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 artículos 147 y 142.1, en relación con el art. 77, 1 y 2, todos del Código Penal, imponiéndosele una pena de 3 años de prisión.

Para llegar a tal condena fue necesario que en 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 “o sea, que había sido recientemente infectada y que le había infectado una persona que ya había sido sometida a tratamiento

<sup>374</sup> “Artículo 147. 1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

<sup>375</sup> “Artículo 149.1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”.

<sup>376</sup> “Artículo 152.1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: 1º) Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del art. 147.1318. 2º) Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del art. 149.319. 3º) Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del art. 150.320. 3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a cuatro años”.

del virus, puesto que una característica de dicho virus es su gran variabilidad, o sea, que 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 D<sup>a</sup> P<sup>a</sup>. 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– hubieran podido practicar a la víctima cuando fue operada de cáncer de mama [lo que aconteció muchos años antes]”.

Por SAP Cádiz, sec. 8<sup>a</sup>, 15.3.2006 se condenó al acusado a las penas de quince años de prisión, por el delito continuado de agresión sexual, diez años de prisión por el delito de lesiones, tres años de prisión por el delito de violencia física habitual sobre descendientes y un año de prisión por el delito continuado de exhibición de material pornográfico y otras accesorias. Los hechos sucedieron en el ámbito familiar.

El procesado tuvo tres hijas de una relación extramatrimonial, que quedaron bajo custodia y guarda de la madre. Aprovechándose de desavenencias surgidas entre la madre y un nuevo compañero sentimental de ésta, de un lado, y las hijas L. e Y., de otro, convenció a las menores para que se fueran a vivir con él a su domicilio. Durante la convivencia de padre e hijas aquél tuvo relaciones sexuales forzadas con una de ellas, 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, que no vienen al caso– también de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149.1 y 57 CP. Sobre este último: “considera que la conducta del acusado es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del 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 informar a ésta o sin adoptar el uso del preservativo. Esa persistencia en la acción por 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 vida puedan acortarse. Pero es que además la supervivencia está condicionada al uso de fármacos en la fase de desarrollo de la enfermedad, no siempre bien tolerados y con graves efectos secundarios. La calidad de vida queda cercenada desde el primer momento con graves limitaciones en cuanto a la forma de desenvolverse socialmente, especial cuidado en la práctica de ejercicios de riesgo, precauciones excepcionales en las relaciones sexuales y presencia de un temor continuo más o menos intenso del portador del virus. Y junto a estas consideraciones no puede olvidarse el sentir común que considera esta enfermedad como una de las más graves sin duda ninguna, ni puede ignorarse el hecho de que es una enfermedad que, a día de hoy, puede tratarse, pero no tiene cura o solución definitiva. 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 artículo 149 del Código Penal”.

El caso al que se refiere la SAP Madrid, Sec. 5ª, 2.1.2004, supuso la condena a una mujer a 6 años de prisión. Infectada del VIH en 1995 dos años después conoció a un joven con quien intimó. Inicialmente usaron preservativos, que luego sólo emplearon de forma intermitente, sin conocer en ningún momento su pareja la dolencia que padecía aquélla. Otros dos años después la mujer sí comunicó a su compañero sentimental su infección; éste se sometió a pruebas de VIH, que también dieron positivo. Inicialmente prosiguieron la convivencia, aunque el joven –tras conocer el alcance de su infección– rompió la relación entrando en un trastorno depresivo grave. La Audiencia estimó que la conducta de la procesada era punible: “la conducta de la penada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por haber sido informada, y casi con absoluta y total certeza, por haber sido ella misma contagiada por vía sexual. Por otra parte, la posibilidad de contagio es baja en caso de un solo encuentro sexual pero, tal como informaron los médicos, 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 más de un año, esto es, fueron decenas las veces en que se mantuvieron relaciones sexuales, sin informar la procesada a su compañero o sin imponerle, cuando menos, aunque pueda resultar insuficiente en caso de práctica del sexo oral, 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 progresivamen-

te más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual, se siga la teoría del consentimiento, la de la probabilidad o las 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, singularísimamente relevantes, la fría asunción de una probabilidad más que suficiente, es determinante de la conducta dolosa". Al estimar muy grave la enfermedad contraída por el joven, el Tribunal optó por la aplicación del art. 149.1 CP.

## 2.6. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

En la materia que aquí nos ocupa tiene relevancia, asimismo, la protección penal de la intimidad a que se refieren los arts. 197-199 CP. Algunas resoluciones judiciales, una referida a la divulgación en medios de comunicación, otra a la divulgación de secretos por parte de un profesional y otras dos a la divulgación en artículos científicos de casos clínicos, son ilustrativas al respecto.

La STS 2ª 18.2.1999 confirma la condena a un periodista que tuvo conocimiento "por un medio desconocido" de que en la Prisión Provincial de Las Palmas podía haber internos que, estando afectados por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, trabajaban en la cocina del establecimiento. Logró obtener un listado del archivo informatizado donde estaban registrados los enfermos de la Prisión y otro en que figuraban los internos destinados en la cocina. Cruzando ambas relaciones, publicó en un diario datos que permitían la certera identificación de los reclusos enfermos de tal dolencia. Señala la Sala que "el quebrantamiento del secreto protegido por el ordenador ocasionaba, por sí solo, un indiscutible perjuicio para las personas a las que afectaban los datos fraudulentamente conocidos y desvelados" y además "no es concebible, en efecto, que un profesional de la información, del que cabe suponer un nivel al menos medio de cultura, habituado al análisis de la realidad social, no sepa, de un lado, que existen datos personales a los que, por carácter íntimo, el extraño no tiene el derecho de acceder y, de otro, que es seguro el perjuicio que se irroga a una persona si se publica que padece una enfermedad con las connotaciones sociales del SIDA". Y sigue diciendo: "Esta Sala no tiene la menor duda de que el acusado no se propuso especialmente causar perjuicio a los dos internos de la Prisión que vieron sus nombres en un diario local señalados con el estigma de la citada enfermedad. Pero ello no impide que el hecho deba ser considerado doloso, con dolo directo de segun-