

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia Penal

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011)

IVÁN NAVAS MONDACA
Doctorando en Derecho Penal. Becario de investigación
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

El presente trabajo analiza la última jurisprudencia existente sobre la relevancia penal del contagio del virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), examinando desde un punto de vista crítico la imputación de dos delitos de lesiones a título de imprudencia. Se ponen de manifiesto los problemas que tiene la última sentencia del Tribunal Supremo en relación a la existencia de un injusto imprudente cuando el portador del virus utiliza un medio de protección idóneo para asegurar el riesgo y evitar así el resultado de contagio. Por otro lado se analiza el problema que se presenta cuando en el momento de la acción no existe aún el objeto material en el que aquélla recae produciéndose además un cambio en el estatus jurídico de él entre el período que transcurre el comportamiento desaprobado y el resultado.

Palabras clave: imputación objetiva, dimensión temporal de la imputación, VIH, imprudencia.

ABSTRACT

This paper analyses the recent jurisprudence about the criminal relevance of human immunodeficiency virus (HIV) transmission, studying from a critical point of view the imputation of two crimes that cause injury because of recklessness. It highlights the problems of the latter Supreme Court decision regarding the existence of an unfair reckless when the carrier of the virus uses a suitable means of protection to ensure the risk and to avoid the result of contagion. Furthermore we analyze the problem that occurs when the time of the action does not already exist in the physical object in which it takes place and that situation implies a change in the legal status between the period of the disapproved behavior and its outcome.

Keywords: *objective imputation, temporal dimension of the imputation, HIV, recklessness.*

1. INTRODUCCIÓN

En general el contagio de una enfermedad grave como el VIH presenta para la dogmática penal grandes retos relacionados con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva (1), sobre todo en lo referido a la dimensión temporal de la imputación como ocurre por ejemplo respecto a los resultados tardíos y la posibilidad de conectarlos normativamente con un comportamiento que se llevó a cabo mucho tiempo antes de que ocurriera dicho resultado. En la sentencia del Tribunal Supremo (2) que es objeto aquí de comentario además de lo que se acaba de mencionar aparece también un problema específico acerca del riesgo permitido y que radica en la estructura del injusto imprudente del delito de lesiones, en concreto me refiero a la situación en que el portador del virus utiliza un medio idóneo de protección para evitar el contagio del virus que al final igualmente se acaba produciendo. También y como segunda cuestión, se plantea la dificultad de imputar objetivamente al portador del virus el contagio al feto que nace con el virus producto de una misma acción del acusado que es al mismo tiempo para el Tribunal acción causal de la concepción y de contagio del VIH a la menor, pero discutible de ser acción de un delito de lesiones por la supuesta falta de requisitos del tipo objetivo necesarios para su imputación.

(1) Véase SCHÜNEMANN, 1993, p. 25.

(2) En adelante TS.

Si bien el principal objeto de análisis es la sentencia del TS (3), me parece importante incorporar también los fundamentos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (4), sala segunda, que en primera instancia absolvió al acusado, para así enriquecer el debate de los problemas que en este caso se presentan.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

El acusado Gerardo mantuvo con Araceli una relación de pareja desde el año 1996, fecha en que Araceli tenía 19 años de edad. En el curso de esta relación y siendo pleno conocedor el acusado de que estaba infectado con el virus del VIH al menos desde 1994, habiendo incluso desarrollado la enfermedad del SIDA y habiendo sido a su vez informado de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, tuvo relaciones sexuales con Araceli, sin comunicarle su enfermedad, usando como medio de protección en sus relaciones el preservativo.

A pesar de ello, el preservativo se rompió en cuatro o cinco de los contactos sexuales, por lo que en el mes de agosto de 1996 Araceli quedó embarazada y dio a luz en mayo de 1997 a la hija de ambos. En el mes agosto del 1997 la hija cayó gravemente enferma ingresando en un hospital donde se descubrió que estaba infectada de VIH. La niña ha seguido tratamiento en el hospital gracias al cual ha mejorado, sin presentar descompensaciones posteriores, encontrándose en la actualidad en el estadio A-1 de la enfermedad.

A raíz de tal circunstancia se realizó un estudio médico familiar para determinar el origen de la infección. Así Araceli, la madre de la menor, fue diagnosticada como portadora del VIH estando desde entonces en tratamiento y control gracias al cual ha mejorado y no hay constancia de la descompensación por la infección del virus. A su vez se determinó que Araceli fue infectada por el acusado Gerardo, al mantener con ella relaciones sexuales. Desde el nacimiento de la menor el acusado y Araceli continuaron como pareja y el 3 de julio de 1999 (dos años después de haberse diagnosticado el VIH a la madre y a la hija) contrajeron matrimonio. Probablemente y para intentar incluir una estructura de auto puesta en peligro que al final no lleva a cabo, la sentencia destaca en los hechos probados que estando el acusado en la cárcel Araceli le visitó en visitas ordinarias como íntimas.

(3) STS de 6 de junio de 2011 (RJ. 2011/4542)

(4) En adelante AP.

Finalmente en noviembre de 2003 se dictó sentencia de divorcio. El 17 de marzo de 2006 Araceli presentó una querrela contra Gerardo por delito de lesiones, dando lugar al procedimiento que desembocó en esta causa.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

La AP (5) aplicando los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva absuelve al acusado de los delitos de lesiones imprudentes en base a los siguientes argumentos:

Excluye en primer lugar una estructura dolosa afirmando que si bien el acusado era conocedor del riesgo que genera una relación sexual entre un seropositivo y la persona no infectada, utilizó los medios idóneos necesarios para evitar el resultado lesivo (esto es el uso del preservativo como medio de contención del riesgo de contagio), concluyendo por lo tanto que no le era indiferente la producción de ese resultado. De acuerdo con ello la AP excluye el dolo en el comportamiento del acusado.

Casi la totalidad de los fundamentos de Derecho de la AP dicen relación con la imputación objetiva de la conducta imprudente del acusado, tanto para el contagio de Araceli como de la hija de ambos. Así la AP señala que hay que valorar la previsibilidad o la probabilidad del resultado lesivo y que si bien es previsible y por tanto altamente probable, el contagio de la enfermedad a través de contactos sexuales, no obstante conforme a los protocolos médicos esa probabilidad decae si se utiliza el preservativo, remedio aconsejado precisamente para evitar el contagio.

Ahora bien en opinión de la AP, que el preservativo se pueda romper es posible pero no es probable, por lo que la conducta del acusado no puede ser tachada de imprudente cuando pone el remedio adecuado incluso si no ha informado a la pareja.

Recurriendo a la imputación objetiva la AP señala que se requiere una previsibilidad del resultado como parte de la estructura del delito imprudente. En el delito imprudente, señala, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable que supera el riesgo permitido. La esencia de dicha acción imprudente es la infracción del deber de cuidado y la tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cui-

(5) SAP Madrid de 17 de junio de 2010 (Arp. 2010/841).

dado en la situación concreta y debe por tanto excluirse de ser imputado al acusado.

Finalmente la AP afirma que no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la norma penal y acudiendo al criterio del «fin de protección de la norma» rechaza la imputación al comportamiento del acusado por el resultado de contagio de la madre. En este punto en concreto y hasta donde observo, para la AP el resultado de contagio que se produce mediante la rotura del medio de protección que utilizaba el sujeto no corresponde a la realización de un riesgo que la norma de lesiones quiera prohibir. Es decir, que mediante el uso del medio de protección para contener el riesgo de contagio el sujeto cumplía el deber de cuidado exigido por la norma penal y por lo tanto los riesgos que aun así se originaren por los contactos sexuales entre el portador y la no portadora no son abarcados por el fin de la norma ya que se trata de riesgos que acompañarían a toda actividad peligrosa.

Respecto de la lesión por el contagio del virus a la hija de ambos la AP ve imposible incardinar en algunos de los tipos imprudentes la conducta del acusado ya que la acción del contagio a la madre es al mismo tiempo la acción de la concepción de la menor, pero que en ese preciso acto esta última no existe, al menos en relación a la protección que brindan los delitos contra la vida humana independiente.

La sentencia de la AP es recurrida por la acusación particular. El TS estima el recurso y casa parcialmente la sentencia dictando una nueva que en definitiva condena al acusado como autor de dos delitos de lesiones imprudentes en concurso ideal, imponiendo la pena del más grave en su mitad superior.

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

En opinión del TS, al igual que para la AP, el uso de profilácticos por el acusado en los contactos sexuales con Araceli elimina no sólo el dolo directo, sino también el dolo eventual ya que cualquiera fuera el criterio doctrinal que se asuma 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.

A diferencia de la AP, el TS sí aprecia una conducta imprudente del acusado, señalando que aun con la utilización del preservativo, tal resultado de contagio del VIH vinculado causalmente con los actos realizados por el acusado era no sólo evitable, sino que también previ-

sible. Para el TS el comportamiento descuidado del acusado consiste en no poner la diligencia necesaria para evitar esas cuatro o cinco roturas susceptibles de generar un riesgo real y efectivo que se concretó en los lesivos resultados en las personas, primero en la pareja y posteriormente en la hija de ambos. Resultados que en opinión del TS, y a diferencia de la AP, sí reúnen los requisitos de previsibilidad y evitabilidad.

Sobre el problema de si existen dos delitos o uno solo con doble resultado o dos delitos de lesiones imprudentes el TS rechaza la existencia de un concurso real pues en su opinión existe una sola acción que produce dos resultados. Afirma que cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, en estos casos se da lugar a la aplicación de la teoría del concurso. Y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77. Para el TS estamos ante un concurso ideal de dos diferentes imprudencias del artículo 152.1.2 del CP. Una lesión respecto de la madre y otra lesión respecto de la hija, ambas por imprudencia.

5. EL PROBLEMA DEL INJUSTO IMPRUDENTE EN EL DELITO DE LESIONES

Como hemos observado en una primera instancia, la AP recurre a la imputación objetiva en particular al criterio del fin de protección de la norma para descartar la imputación al acusado de un delito de lesiones imprudente respecto al contagio producido en la madre de la menor. En opinión de la doctrina mayoritaria el criterio del fin de protección de la norma se ubica dentro de la teoría de la imputación objetiva del tipo (6) y consiste básicamente en que algunos casos por la falta de la realización del riesgo no permitido, la concreta forma de producción del resultado no es imputable al sujeto porque el fin de protección de la norma no lo abarcaba (7). La utilidad se constata sobre todo para aquellos casos de concurrencia de riesgos típicos y riesgos permitidos ya que será necesario constatar que el resultado es

(6) GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, p. 5. Acerca de su función véase CORCOY BIDASOLO, 2005, pp. 565 ss. Si bien su ubicación no suscita mayores divisiones en la doctrina, la función que cumple no está exenta de polémica. Véase al respecto REYES ALVARADO, 1996, pp. 209 ss.

(7) ROXIN, 2006, p. 391.

la realización de un riesgo típico (8), o como se ha dicho en general por doctrina que la producción de algunos resultados no son reconducibles al riesgo creado por el autor sino que a otros riesgos que por no estar contemplados por la norma no le son imputables al comportamiento imprudente del sujeto (9). De acuerdo con este criterio es en definitiva otro riesgo, no contemplado por la norma, el que se ha materializado en el resultado. Aun cuando ese riesgo provenga del comportamiento del sujeto, al ser un riesgo no que no está abarcado por la prohibición normativa en concreto no le es imputable al sujeto (10). Ya no se trata de si el resultado puede ser atribuido a un comportamiento riesgoso del sujeto que superase lo permitido, que corresponde por lo demás a la estructura general de la imputación objetiva del comportamiento, sino que se trata de que lo producido en concreto sea la realización de un comportamiento desaprobado por la norma penal y que justamente por su desaprobación buscaba evitar a través del mensaje comunicativo que dirige al destinatario de la norma. Recurriendo al criterio anteriormente señalado la AP sostiene que la norma penal del delito de lesiones pretende evitar sólo determinados comportamientos que por su peligrosidad sean idóneos para producir unos resultados que se quieren evitar y cuando el resultado producido en concreto no es uno de los que busca evitar a través de su prohibición por encontrarse fuera del ámbito de protección de la norma debe negarse la imputación de ese resultado al comportamiento del sujeto.

En consideración a esto último puede concluirse *a priori* que para la AP el resultado de contagio del VIH por la rotura de un medio de protección idóneo no es un resultado imputable al comportamiento del sujeto. Es decir, que no sería parte de la finalidad de la norma del delito de lesiones la producción de contagio imputable a cualquier comportamiento peligroso, sino sólo es imputable a determinadas conductas desaprobadas que por superar el riesgo permitido se transforman en un uso prohibido de la libertad de organización de la propia esfera y que para el caso concreto enjuiciado el acusado al mantener contactos sexuales utilizando profilácticos creaba un riesgo que está fuera del ámbito de protección de la norma aun cuando se produjese igualmente el resultado de contagio. El comportamiento del sujeto en

(8) FEJOO SÁNCHEZ, 2002, p. 71.

(9) BACIGALUPO, 1999, p. 281; CUELLO CONTRERAS, 2009, p. 397; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 308; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 261; STRATENWERTH, 2005, p. 137; Crítico respecto al aporte del criterio del fin de protección de la norma FRISCH, 2004, pp. 80 ss. También crítico respecto a la terminología JAKOBS, 1997, p. 274.

(10) MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 261.

el caso de las resoluciones que se comentan no era uno desaprobado ni por lo tanto imputable a juicio de la AP.

En este sentido hasta donde veo lo que en el fondo se deduce de los razonamientos de la AP es que el riesgo que existe al mantener un contacto sexual con un medio de protección idóneo para contener dicho peligro de contagio no es *per se* un comportamiento que busque prohibir la norma a través del delito de lesiones, de hecho cuando la *lex artis* (protocolos médicos en este caso) recomienda al portador de VIH usar el preservativo como medio de contención del riesgo de contagio, su utilización modificaría el comportamiento del sujeto, el cual pasaría a ser un comportamiento que sí cumple con el deber de cuidado (si utiliza el medio de protección) a ser uno que infringe ese deber de cuidado o incluso a ser una conducta con dolo eventual (si no utiliza el medio de protección idóneo para contener el riesgo de contagio).

Evidentemente no se trata de evitar todo contacto social, sino de permitirlos siempre que cada sujeto mantenga su esfera de organización bajo el riesgo permitido. En este sentido el resultado de contagio del VIH cuando se ha utilizado un medio de protección sería consecuencia de un riesgo permitido que acompaña siempre a actividades de por sí peligrosas, como lo son por ejemplo los contactos sexuales con un portador de una enfermedad de transmisión sexual como el VIH. El fin de la norma no es prohibirle a los portadores del VIH cualquier contacto sexual del que resulte un contagio, sino prohibir aquellos contactos que superen un nivel de riesgo tolerado, el cual sólo viene dado, al menos así lo entiende la AP, por el no uso del preservativo como medio de protección idóneo de control del riesgo.

No obstante la solución a la que llega la AP aplicando el criterio del fin de protección de la norma es bastante discutible. Efectivamente no se puede pretender prohibir cualquier clase de comportamiento en determinados contactos sociales que conllevan un cierto peligro inherente, como las relaciones íntimas en que uno de los participantes es portador de un virus que provoca lesiones de significativa relevancia para la salud de otro e incluso la muerte en algunos casos, pero no veo que sea tan claro descartar la imputación objetiva tal como lo hace la AP recurriendo sin más al argumento del fin de protección de la norma ya que justamente el resultado del contagio que finalmente se produjo es prueba clara del riesgo inherente de la acción que realiza el sujeto acusado portador del virus y sobre todo cuando fue el riesgo creado por esa concreta acción el que se materializó en el resultado. En otras

palabras aquí el resultado si bien se produjo de manera no-inmediata sí se produjo de manera directa del riesgo creado por el autor (11). De acuerdo con esto cabe aquí preguntarse si ¿no es el mal uso del preservativo en los contactos sexuales por parte de un portador de VIH una conducta también creadora de un riesgo que efectivamente busca evitar la norma del delito de lesiones? Si un resultado sólo es típico si supone la realización de un riesgo típico, pero no de un «riesgo permitido acompañante» (12) debe uno delimitar si el uso del medio de protección que justamente busca contener ese riesgo, (de entrada al parecer no típico si se trata de un uso correcto de un medio idóneo de control del riesgo), se transforma en un riesgo no permitido por un uso defectuoso. En el sentido de si el uso negligente y reiterado con un previsible contagio del virus es solamente un riesgo permitido acompañante o por el contrario un riesgo típico relevante, previsible e imputable.

Es correcto entonces descartar la imputación de un resultado de contagio cuando el sujeto portador del VIH en su comportamiento no sólo tome los resguardos a través del uso del medio de protección, sino que también que dicho uso no sea negligente. De acuerdo con esto el riesgo de contagio de una enfermedad como el VIH a otra persona sólo se mantiene dentro de lo permitido si junto con la utilización de un medio idóneo de control de dicho riesgo, la concreta utilización es también idónea o adecuada para que el riesgo siga manteniéndose en un nivel permitido pues si no el uso defectuoso del medio de protección hace que el riesgo siga siendo no permitido.

Si para imputar el resultado producido es necesario además de que el riesgo que se realizó en el resultado sea uno de los riesgos que la norma a través del deber objetivo de cuidado busca evitar (13), entonces el solo uso de un medio de protección como el preservativo no es suficiente para afirmar que se cumple con el deber objetivo de cuidado. En otras palabras tanto la no utilización como su negligente uso de manera continuada pueden formar parte de aquellos comportamientos que la norma efectivamente busca evitar por considerar que corresponde a la creación de un riesgo no permitido evitable e imputable.

En opinión del TS la conducta imprudente que es objeto de reproche consiste en el fondo en el comportamiento descuidado del sujeto, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas que son susceptibles de crear un riesgo real y efectivo. Son estas

(11) SILVA SÁNCHEZ, 1998, pp. 64 y 65.

(12) Véase FELJOO SÁNCHEZ, 2002, p. 69.

(13) CORCOY BIDASOLO, 2005, p. 574.

cuatro o cinco roturas del medio de protección para contener el riesgo de contagio del VIH lo que en opinión del Tribunal configuran un comportamiento defectuoso del acusado que da lugar al injusto imprudente por el que se le condena.

Luego de analizar el enfoque del TS cabe preguntarse cómo se hubiese resuelto si se demostrase que el contagio del virus, que es el objeto del análisis en sede de tipicidad, se hubiera producido con el primer contacto sexual en que se rompió el medio de protección que utilizó el sujeto portador del virus. ¿Podría entonces mantenerse la estructura de la imprudencia que sostiene el TS frente a una única y primera rotura que hubiera producido igualmente la lesión típica? En otras palabras ¿cuántas roturas del medio de protección configuran una conducta imprudente penalmente imputable como contagio del virus, dos, tres, cuatro? La cuestión es que el TS parece presumir que el contagio del virus se produjo en la cuarta o quinta ocasión en que se rompió el preservativo y esto es lo que representa la base de su juicio de reproche. Aun así hay que contar con la posibilidad de que este, el medio de protección, se rompa en alguna ocasión ya que incluso con un uso correcto de él es posible que se dé una rotura.

Relacionado con este último punto surgen necesariamente algunas interrogantes de significativa importancia para adscribir la responsabilidad basada en la configuración de un injusto imprudente. Una de ellas es la referida al deber de cuidado exigido a un portador del VIH en sus contactos sexuales, ya que de acuerdo al TS no es suficiente el mero uso de preservativo, para la AP por el contrario sí es suficiente con utilizar dicho medio de protección para asegurar el riesgo que deriva de mantener un contacto sexual con un portador del VIH, entre otros argumentos porque así lo disponen los protocolos médicos que en definitiva establecen el deber de cuidado exigible para este caso. Por último ¿Mantendría el TS la imputación de un delito imprudente si se hubiese roto el medio de protección una sola vez y el resultado del contagio y concepción de la menor también infectada se hubiese dado igualmente? En este sentido parece asomar en el fondo una culpabilidad por la conducción de la vida sexual del acusado, en referencia al conjunto de actos que sumados configuran un comportamiento descuidado del portador del virus.

En el fondo el TS le reprocha al sujeto una falta de diligencia en evitar todas esas roturas que crean un riesgo que con única rotura puede ser en principio un riesgo insignificante, pero que cuando esta defectuosa actuación aislada del sujeto se transforma en una constante, crea un riesgo que deja de ser insignificante y se vuelve rele-

vante para el Derecho ya que aumenta significativamente la probabilidad de contagio.

No obstante y aun cuando no se sabe causalmente en cuál de todos los contactos se produjo el contagio del virus, normativamente sí se sabe con seguridad que la negligente utilización del medio de protección en alguno de ellos da lugar a un riesgo jurídico suficientemente desaprobado imputable al sujeto. En otras palabras, el sujeto que utiliza defectuosamente un medio de protección que tiene por objetivo controlar un riesgo jurídico desaprobado está en el fondo actuando por sobre los límites de su libertad de actuación y justamente porque dicha conducta está desaprobada le es por tanto imputable (14). Siendo además objetivamente previsible que por una utilización defectuosa del medio de protección de manera continuada se cree un riesgo de contagio típico a efecto del delito de lesiones.

6. EL CONTAGIO DE LA HIJA COMO SUPUESTO DE LESIÓN TÍPICA

Sin un mayor análisis estructural de la aplicación de los presupuestos que requiere la imputación objetiva de todo delito, el TS afirma la existencia de unas lesiones imprudentes respecto a la hija del acusado que fruto de las relaciones sexuales con la madre, nace portadora del VIH. La cuestión de la existencia de los requisitos necesarios para afirmar la tipicidad de la conducta respecto a la hija es en principio discutible, sobre todo porque la AP rechaza la imputación al tipo objetivo por faltar el objeto de la acción que consiste en ese «otro» que señala el delito de lesiones.

La norma del 149 del Código Penal señala literalmente que comete un delito «el que lesiona a otro...». Esto quiere decir que se castigará con la pena correspondiente a quien provoque en otro un resultado que afecte a su salud. Resulta que la acción en el caso analizado es el contagio que realiza el padre a la madre, y representa al mismo tiempo para el TS la acción de contagio del delito de lesiones respecto de la menor. Lo singular en este caso es que en el momento de la acción del sujeto (la relación sexual que concibe a la hija y que transmite el virus a la madre) no existe efectivamente ningún sujeto pasivo más que la madre, ya que no se ha producido el nacimiento de la hija para afirmar la existencia de ese «otro» al menos no para la protección penal que brindan los delitos contra la vida humana independiente, pues según

(14) Véase FRISCH/ROBLES PLANAS, 2004, p. 104.

la opinión mayoritaria (15) es con el nacimiento cuando comienza la vida humana independiente que es en el fondo el objeto de tutela penal en los delitos de lesiones.

Para el TS el contagio con la menor está conectado causalmente con la conducta negligente del acusado y ese resultado de contagio a la hija se produce de manera indirecta a través del contagio a la madre y a través de esta última un contagio con motivo del parto (transmisión vertical) conectado siempre causalmente con el acusado. De acuerdo con esto le es imputable al acusado el resultado lesivo de contagio de la menor. Sin embargo la dogmática penal hace ya bastante tiempo que sostiene que no es suficiente sólo el criterio de la causalidad para atribuir responsabilidad penal, sino que debe introducirse además criterios normativos. En este sentido parece bastante claro que existe una conexión causal a modo de «cadena de contagio» desde el sujeto hasta la menor, sobre todo si afirmamos que el portador originario del VIH es el padre y se descarta totalmente la posibilidad que haya sido la madre la única que portaba el virus (16). En realidad se puede decir entonces que el padre «ha causado» el contagio de la menor. Sin embargo, y sin perjuicio de la causalidad, para la imputación normativa lo que debe determinarse si el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente relevante no sólo para la madre sino que también en este caso para la menor y si subjetivamente la creación de ese riesgo típico (de lesiones para nuestro caso) es dolosa o imprudente.

En realidad la imputación al sujeto de las lesiones producidas a la hija por el contagio del virus no es una cuestión aparentemente sencilla como pudiera pensarse al estudiar la resolución del TS. Este supuesto en concreto, forma parte de aquellos casos problemáticos que se ubican en la denominada dimensión temporal de la imputación objetiva, además de presentarse el problema en que se produce un cambio del «status» jurídico-penal del objeto de la acción (17) y que se presentan por cierto en todos los delitos de resultado. En el caso comentado la cuestión radica en el fondo sobre si puede imputarse objetivamente el resultado de la lesión al sujeto que en el momento que realiza la acción (de contagio) el objeto material en que recae esta no existe de manera alguna. De hecho la conducta del sujeto que es

(15) MUÑOZ CONDE, 2010, pp. 32 y 82; FELIP I SABORIT, 2011, p. 30; GÓMEZ MARTÍN, 2011, p. 29; MENDOZA BUERGO, 2005, p. 1604; PEÑARANDA RAMOS, RDPC, p. 228.

(16) En los hechos probados se establece que fue el acusado quien ocasionó el contagio a la madre.

(17) Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, 2001; Recientemente VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 2010, Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra.

enjuiciada por el TS se lleva a cabo antes de la existencia efectiva del feto, produciendo los efectos lesivos de una manera diferida en el tiempo, en el sentido de que el resultado lesivo no alcanza al objeto en el momento mismo de la acción, sino que lo hace muy posteriormente y en un período que abarca casi un año a contar desde la acción que realiza el sujeto, de manera además paralela al desarrollo fisiológico de la menor víctima del contagio del virus.

A primera vista y desde un criterio literalista de interpretación de los tipos penales pareciera que si falta el objeto en que recae la acción, el «otro» para el delito de lesiones, falte un elemento del tipo objetivo y por tanto se deba rechazar toda imputación al comportamiento del sujeto. Sin embargo aquí reside justamente el punto de inflexión, es decir, si debemos partir de la base de afirmar la existencia de un principio de coincidencia temporal entre el comportamiento, la acción del sujeto, y la existencia del objeto material que sufre el efecto lesivo de dicho comportamiento peligroso como sucede por ejemplo en el caso comentado.

Aun cuando para un sector mayoritario siga faltando un elemento de la tipicidad negando por tanto la imputación, otro sector ha negando la necesidad de que al tiempo de la acción deba existir necesariamente el objeto de la acción. En este último sentido se señala que lo único cuya presencia se requiere en el momento de la acción es la pretensión de vigencia del bien jurídico (o de la expectativa), el riesgo penalmente relevante y los elementos de la imputación subjetiva pues la existencia del objeto de la acción es condición de la imputación del resultado lesivo, no de la apreciación de un comportamiento típico respecto al mismo, o en otras palabras, la presencia efectiva del objeto de la acción pertenece al desvalor del resultado, no al desvalor de acción (18). De hecho para aquellos casos de comportamiento típico en que finalmente el objeto de la acción nunca llegue a existir (siempre que *ex ante* su existencia fuera intersubjetivamente probable) se afirma que se tratará de una tentativa inidónea por inidoneidad del objeto (19). En esta línea de análisis y frente a la distinción de dos

(18) SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 762 y 763. En esta misma línea paradigmático resulta el ejemplo de Feinberg acerca de las actuaciones llevadas a cabo incluso antes de la concepción como el de aquel sujeto que oculta en el armario de un jardín de niños una bomba con un mecanismo de tiempo para que esta explote varios años después, de modo que en el momento de la acción los niños que posteriormente resultaron afectados no habían sido ni siquiera concebidos. Y similar es también el caso en que a una mujer se le realiza una transfusión de sangre la cual estaba infectada con sífilis y posteriormente se embaraza y el menor nace contagiado producto del primer contagio a la madre. Al respecto Véase FEINBERG, 1984, p. 97.

(19) SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 763.

niveles que se hace de la imputación objetiva, imputación objetiva del comportamiento por un lado e imputación objetiva del resultado por el otro, el problema de la imputación de las acciones con resultados tardíos halla su correcto tratamiento en estricto rigor en el primer nivel de imputación, es decir, en la imputación objetiva del comportamiento(20).

En base a lo anterior no se observa un problema que haga decaer la imputación objetiva por faltar el objeto de la acción en el momento en que el sujeto realiza la conducta creadora de un riesgo típico como lo afirma al menos la AP, ya que como se ha señalado para un sector de la doctrina lo único preciso que se dé «ex ante» es una conducta de un sujeto que contenga un riesgo jurídico desaprobado que pueda producir el resultado lesivo en el bien jurídico(21). De acuerdo a esto anterior está acertada la solución del TS aunque es bastante cuestionable que este no se halla referido en absoluto a los fundamentos normativos que permiten imputar el delito de lesiones imprudente en que falta el objeto material que recibe la acción lesiva posteriormente al momento en que ella tuvo lugar y por el contrario diera todo lo referente a este último punto por supuesto y solo señalara que existe una pura conexión causal.

Sin embargo la doctrina anterior(22) ha sido objeto de ciertas críticas, sobre todo bajo el argumento que de sostener tal interpretación se llegaría a la conclusión de que toda agresión al feto que no produzca un resultado en el estado prenatal y sí lo haga en un estado postnatal sería entonces calificada como homicidio (si se produce la muerte en estado postnatal) o lesiones personales (si sólo se trata de una afectación a la salud), es decir, supondría «tratar al ser en gestación igual» que al «ya nacido», en «clara contradicción» a la distinción que hace el Derecho positivo. Por ello sería preferible, para esta posición doctrinal, atender al momento en que la conducta del autor llega a «incidir» en el objeto típico, pues lo fundamental para calificar la infracción es que el objeto material y el bien jurídico sean efectivamente afectados(23). En este sentido, y de acuerdo a esta última doctrina, las lesiones, cualquiera sea el momento en que se produzca (antes o después del nacimiento) y que hayan sido consecuencia de acciones que incidieron sólo durante la fase prenatal deben ser calificadas de lesiones al feto(24).

(20) SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 762 ss; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 2010, p. 342.

(21) SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 769.

(22) Véase nota al pie núm. 18.

(23) MENDOZA BUERGO, 2005, pp. 1606 y 1607.

(24) MENDOZA BUERGO, 2005, pp. 1607 y 1608.

De acuerdo a esto último no queda libre de críticas la calificación de lesiones de los artículos 147 y siguientes (contra la vida humana independiente) para los hechos cometidos por el acusado sobre la menor ya que si el TS entiende que es el padre (el acusado) el que lesiona, a través del contagio del virus a la menor, no se entiende por qué no pueda entonces apreciar un delito de lesiones al feto ya que antes del nacimiento, la menor ya portaba el VIH aun cuando no desarrollara o no fueran apreciables todas las manifestaciones o efectos propios de la enfermedad.

Desde la postura dominante tanto en Alemania como en España la doctrina postula que lo decisivo para calificar un comportamiento será justamente la cualidad que tenga el objeto material en el momento en que la acción incida perjudicialmente en él (25), bajo esta posición no se presentarían mayores problemas para afirmar que el comportamiento del acusado en el caso que comentamos, antes de constituir lesiones contra la vida humana independiente era un comportamiento ya típico a la luz de las lesiones al feto en relación con el artículo 158 del Código Penal aun cuando la lesión o la causación de la enfermedad continúe desarrollándose tras el nacimiento. Para ello se ha de sostener como un sector de la doctrina lo hace que el contagio de VIH es una lesión desde el primer momento, pese a que sus diversas manifestaciones externas tengan lugar posteriormente (26). En tal sentido la solución más acorde con el anterior punto de vista sería apreciar unas lesiones al feto imprudentes en virtud del artículo 158 del Código Penal. Cabe señalar por último respecto de las lesiones al feto que la embarazada nunca responde por imprudencia ya que los comportamientos imprudentes que provoquen lesiones al feto son punibles sólo respecto de terceros.

7. CONCLUSIONES

Sobre la condena por un delito imprudente del acusado respecto a la madre de la menor y a la luz de las reflexiones anteriores acerca de la configuración del injusto imprudente me parece correcta la decisión del TS. Creo que el uso defectuoso y reiterado del medio de protección cuya función es justamente la de contención del riesgo de contagio del VIH crea ciertamente un riesgo jurídico desaprobado que sí

(25) Por todos y con amplias referencias al respecto Peñaranda Ramos, RDPC, pp. 228 ss.

(26) RAMÓN RIBAS, 2002, p. 266.

está abarcado por el fin de la norma del delito de lesiones. El resultado de contagio y por tanto la lesión a la salud de la víctima es además absolutamente previsible y evitable por una persona en una situación de normalidad motivacional que conoce que es portadora de un virus de significativa peligrosidad para la salud. Por ello el deber objetivo de cuidado no está cumplido sólo con la voluntad de actuar bajo un riesgo permitido a través del uso de un medio de protección idóneo, sino que exige que en concreto el sujeto realice con ese medio de protección una utilización conforme al cuidado exigido por la norma. En el fondo, el comportamiento del sujeto está normativamente desaprobado por las características de periodicidad y reiteración de su actuar imprudente pues este comportamiento da lugar a la creación de un riesgo intolerable ya que ni siquiera la *lex artis* podría aceptar el uso defectuoso del preservativo como un medio aceptable para la contención del riesgo de contagio del VIH.

Respecto al segundo problema que observo en la sentencia comentada y partiendo de la base de que el contagio del VIH es ya una lesión desde el primer momento, aun cuando sus manifestaciones no se desarrollen hasta más tarde, me parece que se deberían descartar las lesiones de los artículos 147 y siguientes y apreciar unas lesiones al feto. El fin de la norma del delito de lesiones no es evitar una afectación de la salud a un sujeto que se encuentra bajo un estatus jurídico penal de protección de la vida dependiente, la norma del delito de lesiones sólo abarca la protección del sujeto que posee vida independiente cuando dicha la acción del autor incida sobre la víctima y esta se encuentre en un estatus de vida independiente.

Cabe señalar que se debe descartar la tesis que apunte a una impunidad como lo sostuvo la resolución de la AP bajo el argumento de que al momento de la acción el objeto material del delito no existía, ya que como se ha sostenido, las normas penales también brindan protección a objetos inexistentes al momento de la acción pero que se hallarán presentes en el momento en que la acción incida sobre ellos (27). Así, el feto inexistente al momento de la acción del acusado llega a existir con posterioridad y en ese estatus jurídico es objeto de protección de los delitos que afecten a su salud. La diferencia que observo con los casos problemáticos de cambio del estatus jurídico del objeto de la acción es que en el caso aquí comentado la afectación o incidencia del riesgo creado por el comportamiento peligroso del acusado se lleva a cabo antes del cambio de estatus de la víctima. La lesión se produce en todos sus ámbitos antes de que la víctima cambie desde un

(27) FARRE TREPAT, ADPCP, p. 346.

estatus de sujeto con vida dependiente a uno con vida independiente, de este modo el hecho de que continúen los efectos o manifestaciones de la lesión produciendo sus efectos posteriormente no debería por ello modificar el título de imputación.

Puede plantearse que el problema en el caso comentado es que en el fondo la conducta del acusado ha creado un doble riesgo, uno para la salud del feto y otro para la salud del sujeto como persona con vida humana independiente, la cuestión es que el riesgo creado y el resultado producido ya son abarcados por las normas que protegen la salud e integridad del feto antes de la protección que otorgan las lesiones que afecten a la vida humana independiente. Creo que esta es una solución estructuralmente correcta sobre todo dada la existencia en el ordenamiento jurídico penal español de los delitos de lesiones al feto cuya función es justamente la protección de la salud del feto. Si no existieren estas normas que sancionan la afectación de la salud al feto evidentemente sería (desde el punto de vista valorativo) bastante reprochable dejar sin sanción al sujeto que afecte al feto incidiendo en su salud pero cuyas consecuencias lesivas se manifiesten una vez nacido.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.^a ed., B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte general*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2009.
- FARRE TREPAT, «Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1990*, enero-abril, pp. 337-355.
- FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2002.
- FELIP I SABORIT, «El Aborto», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 3.^a ed., Atelier, Barcelona, 2011.
- FEINBERG, *Harm to others*, vol. I, Oxford University Press, New York, 1984.
- FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

- GIMBERNAT ORDEIG, «Fin de protección de la norma e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2008*, Tomo LXI, Fascículo/Mes 1, pp. 5-30.
- GÓMEZ MARTÍN, «Delitos contra la vida humana independiente» en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5.^a ed., traducción española de OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.
- MENDOZA BUERGO, «La delimitación del ámbito de aplicación del delito de lesiones al feto en el sistema de código penal de protección de la salud y la vida», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 18.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PEÑARANDA RAMOS, «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, núm. 11, enero 2003, pp. 165-247, 2003.
- RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Comares, Granada, 2002.
- REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2.^a ed., Temis, Santa fe de Bogotá, 1996.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., t. I, Verlag C.H. Beck, München, 2006.
- SCHÜNEMANN, «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del Sida*, traducción al castellano de Santiago Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, «La dimensión temporal del delito y los cambios de “status” jurídico-penal del objeto de la acción», en QUINTERO/MORALES (coord.), *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, t. I, traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Aranzadi, Navarra, 2005.
- VÁSQUEZ SHIMAJUKO, *La imputación objetiva de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*, Tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra, 2010.