

Commemoración del día mundial del sida

Drogodependencia, vih/sida y prevención. Efectos jurídicos de la falta de prevención

Josefina Alventosa del Río

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Valencia

Presidenta de JURISIDA

Resumen

La mejor estrategia para prevenir la expansión del VIH/SIDA es la prevención. Actualmente son bien conocidas las medidas de prevención, de las que se han realizado una enorme difusión. La transmisión del VIH/SIDA por inaplicación de las medidas de prevención por personas afectadas de modo deliberado y sin comunicación del estado serológico comporta, según diversas sentencias de nuestros Tribunales, sanciones penales o civiles. No obstante, hay que tener en cuenta las circunstancias de las personas en estado de intoxicación por consumo de drogas y alcohol y el consentimiento de la persona que se expone a la transmisión del virus, puesto que podría dar lugar a exoneración o atenuación de responsabilidad criminal o civil.

Palabras Clave

Drogas, alcohol, VIH/SIDA, prevención, transmisión, intoxicación.

Summary

The best strategy to prevent the expansion with the VIH/SIDA is the prevention. At the moment well the measures are known prevention, of which they have been realised an enormous diffusion. The transmission of the VIH/SIDA by inapplicability of the measures of prevention by affected people of deliberate way and without communication of the serologic state bucket, according to diverse sentences of our Courts, penal or civil

— Correspondencia a: _____
josefina.alventosa@uv.es



sanctions. However, it is necessary to consider the circumstances of the people in state of poisoning by consumption of drugs and alcohol and the consent of the person who exposes itself to the transmission of the virus, since she could give rise to exoneration or attenuation of criminal or civil responsibility.

Key Words

Drugs, alcohol, VIH/SIDA, prevention, transmission, poisoning, to put in danger.

I. INTRODUCCIÓN. LA PREVENCIÓN DEL VIH/SIDA

Como es sabido, la adopción de las medidas de prevención en la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) constituye el elemento más eficaz para tratar de evitar la transmisión del SIDA.

El VIH/SIDA solo puede ser transmitido directamente de un sujeto infectado a otras personas cuando un líquido corporal infectado entra en contacto con las mucosas o una piel enferma (herida, lesión, eczema) o cuando penetra directamente en la sangre. Este virus está presente en diversos líquidos orgánicos: la sangre, el líquido seminal, y las secreciones vaginales; aunque también se ha encontrado en menores cantidades en la saliva, la leche materna, las lágrimas y la orina; en cambio, no se ha detectado en el sudor.

Los modos de transmisión conocidos son los siguientes:

A través de *relaciones sexuales*. La infección por VIH es ante todo una enfermedad sexualmente transmisible (EST). La infección ocurre tanto por el esperma como por las secreciones vaginales. Una sola relación sexual con una persona seropositiva puede ser suficiente para infectarlo.

En la *transmisión vertical (de madre a hijo)*, una madre seropositiva puede transmitir el VIH a su hijo durante el embarazo, en el momento del nacimiento o durante la lactancia.

En las *transfusiones sanguíneas y trasplantes de órganos*, a través de la sangre o productos hemoderivados o los órganos infectados que provienen de personas seropositivas.

En el *ámbito sanitario*, el personal médico puede contaminarse por contacto con los fluidos de personas infectadas en el ejercicio de su profesión.

En el ámbito de la *drogodependencia*, al compartir jeringuillas y agujas usadas.

Por último, existen *otros modos de transmisión* que, desde el punto de vista epidemiológico, tienen menor importancia, tales como la transmisión ocurrida a través de tatuajes, mordeduras, mala praxis médica, etc.

Según el momento de actuación, la prevención ante estos modos de transmisión puede consistir en una profilaxis preexposición o una profilaxis postexposición.

La *profilaxis preexposición* consiste en educar con la finalidad de modificar las conductas de riesgo para utilizar las medidas apropiadas para evitar la infección antes de que cualquier sujeto tenga contacto con el virus del VIH/SIDA.



La *profilaxis postexposición* (PEP según sus siglas en inglés) consiste en el uso a corto plazo de antirretrovíricos con el objetivo de prevenir la infección en aquellas personas que han resultado expuestas al virus VIH/SIDA (vgr: trabajadores sanitarios que se han pinchado con una aguja, mujeres que han sido violadas, etc.).

Por lo que se refiere a la profilaxis preexposición, dadas las vías de transmisión conocidas, las medidas de prevención recomendadas por los expertos son las siguientes.

En los casos de posible *transmisión por vía sexual*, las medidas recomendadas (además de la abstinencia sexual o la limitación de parejas) son la utilización de preservativos masculinos o femeninos, combinados con el uso de microbicidas.

En la prevención de la *transmisión vertical*, se aconseja la utilización de medios de reproducción apropiados, un seguimiento del embarazo de la mujer seropositiva, tratamiento adecuado de la mujer y del feto durante el mismo, lactancia no materna, y seguimiento y tratamiento postparto de la madre y el recién nacido.

En los casos de *transfusiones sanguíneas* y *transplantes de órganos*, es obligatorio la aplicación del test de detección del VIH/SIDA tanto en unas como en otras.

En los casos de posible *transmisión nosocomial*, en el *ámbito sanitario*, para evitar la exposición a sangre o fluidos potencialmente contaminados, se deben aplicar las denominadas precauciones universales.

Por último, en la prevención en *usuarios de drogas por vía parenteral* (y excepción hecha de los programas de rehabilitación), en la línea de reducción de daños, se han planteado diversos programas de intercambio de jeringuillas (PIJ), con la combinación de los otros medios de prevención señalados.

En este último caso, hay que tener en cuenta que las drogas y el alcohol alteran el sentido de la realidad y de la responsabilidad personal, reducen la capacidad de juicio y el control de sí mismo. Esto determina que en muchas ocasiones no se verifique el control de las jeringuillas o de las agujas y se mantengan relaciones sexuales irreflexivas y no protegidas.

Por lo que la prevención en este ámbito resulta muy difícil de conseguir. Esta situación se ha puesto de manifiesto en el Registro Nacional de Casos de SIDA, del Centro Nacional de Epidemiología, que en su actualización a 30 de junio de 2008, de un total de 76386 personas infectadas (datos acumulados desde 1981), hay infectadas 47328 personas como usuarios de drogas por vía parenteral (incluidos los homosexuales y bisexuales usuarios de drogas), que resulta, frente a otras vías de transmisión, la práctica de riesgo, con diferencia, que da lugar a mayor número de personas infectadas, concretamente el 62 % del total de infecciones (frente a 10649 homosexuales/bisexuales, 12635 heterosexuales, 933 transmisiones verticales, 382 trasfundidos, 813 por hemoderivados y 3646 infectados por otras causas).

2. REGULACIÓN ESPAÑOLA EN TORNO A LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN

Como se observa, la aplicación de las medidas de prevención depende en gran medida de la actitud o comportamiento individual de las personas.

Conscientes de ello, el Estado Español y las Comunidades Autónomas han venido desa-



rollando una serie de actividades tanto a nivel legislativo como a nivel social para promover la adopción de estas medidas de prevención en el seno de nuestra sociedad.

A **nivel social** destaca la información que se ha tratado de hacer llegar a la población en general y a determinados grupos en particular que, por su actividad laboral o situación social, se encuentran más expuestos a una posible infección; información que se ha realizado a través de la utilización de diferentes sistemas (medios de comunicación, campañas publicitarias, folletos explicativos, oficinas específicas de información, etc.).

En el **ámbito jurídico**, se ha de señalar que la normativa específica relativa al SIDA emanada del Estado Español y de las Comunidades Autónomas se centra casi exclusivamente en establecer medidas de prevención y control de la infección.

Dentro de dicha normativa se podrían distinguir diferentes grupos de normas que abordan la regulación de aspectos concretos de dichas medidas.

Un primer grupo de normas se refieren al establecimiento de las pruebas de detección del virus VIH/SIDA, que se deben realizar obligatoriamente sobre el plasma sanguíneo y productos hemoderivados, sobre las donaciones de sangre, en materia de obtención, extracción y trasplantes de órganos humanos, y en las intervenciones médicas para la obtención, utilización y recepción de semen con fines de reproducción humana. En todas ellas se establece como norma general la destrucción del plasma sanguíneo y de los organismos afectados, salvo para las necesidades de estudio, análisis e investigación, y la confidencialidad de los resultados obtenidos en la realización de dicha prueba.

Un segundo grupo de normas regula la creación de Comisiones y Programas de seguimiento de la epidemia en distintas Comunidades Autónomas y en el Estado español. En 1987 se constituyó la Comisión Nacional de Coordinación y Seguimiento de Programas sobre el SIDA, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, cuya función consiste en la coordinación y seguimiento de los Programas impulsados por las Administraciones públicas sanitarias, siendo su finalidad fundamental el establecimiento de medidas de prevención, control y asistencia de las infecciones producidas por el virus de la inmunodeficiencia humana.

Dentro de los Programas de actividades para la prevención del SIDA, conviene destacar que se han ido firmando distintos convenios entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y las distintas Consejerías de las Comunidades Autónomas específicamente dirigidos a la implantación de un programa de intercambio de jeringuillas de usuarios de drogas por vía parenteral, en los que se establece las tareas de facilitar información, asesoramiento y colaboración, destinar dinero para la adquisición de vehículos de transporte del material, creación de máquinas expendedoras automáticas, acondicionamiento de locales de intercambio, adquisición de material desechable (jeringuillas, preservativos, agua destilada, toallitas), y adquisición de contenedores vacíos.

Por último, cabe hacer referencia también a la regulación concreta de diversas Comunidades Autónomas (Asturias, País Vasco y Aragón), y a la legislación estatal, impuesta a trabajadores de servicios personales no sanitarios (barberos, pedicuros, manicuros, salones de belleza y de tatuajes), en la que se establecen medidas relativas al uso y esterilización de útiles e instrumentos de trabajo.



Nos encontramos, pues, ante una legislación sobre medidas de prevención que, por un lado, se impone en determinados supuestos con carácter obligatorio tanto a los servicios sanitario públicos y privados como a los particulares; y que, por otro lado, en otros supuestos, tan solo facilita los cauces adecuados para que los particulares por sí mismos adopten las correspondientes medidas de prevención.

El incumplimiento de las medidas de prevención impuestas por el Estado o por las Comunidades Autónomas con carácter obligatorio a los servicios sanitarios o a los particulares puede engendrar una responsabilidad de carácter civil o penal, según las circunstancias.

3. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN POR LOS SERVICIOS SANITARIOS

El incumplimiento de las medidas de prevención citadas anteriormente impuestas por el Estado y por las Comunidades Autónomas a los servicios sanitarios determinó en algunos supuestos la responsabilidad jurídica de aquellos servicios o profesionales que incumplieron dichas medidas.

Tales supuestos fueron los casos de infección por el virus VIH/SIDA debido a transfusiones sanguíneas o a suministro de productos hemoderivados contaminados por aquel.

Los Tribunales de justicia españoles ante los numerosos asuntos que se plantearon en distintas jurisdicciones (civil, penal, social y contencioso-administrativa) dieron distintas soluciones atendiendo a los diversos supuestos de hecho. Del examen de las sentencias emitidas por dichos Tribunales parece concluirse que se han distinguido tres períodos de tiempo

tomando como referente la publicación de la legislación relativa a la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH/SIDA en el plasma sanguíneo y productos hemoderivados.

En los contagios producidos en el período de tiempo anterior al año 1985, los Tribunales tuvieron en cuenta que a partir de esta fecha sólo algunos Centros Hospitalarios disponían de las técnicas sanitarias precisas para detectar la existencia del virus del VIH/SIDA en aquellas sustancias. Efectivamente, fue el **Real Decreto 1945/1985, sobre Hemodonación y Bancos de sangre** el que estableció que los Bancos de sangre hospitalarios debían planificar y realizar la hemoterapia del Hospital donde estuviesen situados. Posteriormente este Real Decreto fue complementado por una normativa más amplia y específica que impuso la obligatoriedad del test de detección en las donaciones de sangre y en el suministro de productos hemoderivados. Por lo que, al no ser todavía obligatorias las pruebas de detección del VIH/SIDA en el período de tiempo en que se produjo el contagio denunciado, nuestros Tribunales calificaron tal contagio como caso fortuito, eximiendo de responsabilidad objetiva al INSALUD.

Distinta solución, sin embargo, se adoptó respecto a las personas contagiadas durante el período de tiempo comprendido entre los años 1985 y 1987, puesto que durante ese período ya eran obligatorias las pruebas de detección del virus VIH/SIDA en el plasma sanguíneo y productos hemoderivados y ya se encontraban disponibles algunas técnicas para detectar dicho virus, aunque, al parecer, las autoridades sanitarias retrasaron dos años la aplicación de estas técnicas. A raíz de esto se multiplicó la presentación de demandas por parte de las personas afectadas en diversas jurisdicciones (civil, penal, contencioso-adminis-



trativa, social). Ello determinó que una de las primeras discusiones de la doctrina científica versara sobre la competencia jurisdiccional para conocer en materia de responsabilidad de los servicios sanitarios; la conclusión a la que se llegó fue que el órgano competente era la jurisdicción social por tratarse de un conflicto surgido en materia de Seguridad Social; aunque esta afirmación parecía contradicha por la posterior publicación del *Real Decreto 4291/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobaba el reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial*, que parecía atribuir la responsabilidad patrimonial de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria a la jurisdicción contencioso-administrativa; cuestión que tenía gran trascendencia jurídica por los distintos plazos de prescripción de las acciones que pueden entablar las personas afectadas, pues la *Ley General de la Seguridad social* establece un plazo de cinco años, según el artículo 43,1, y la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* establece un plazo de un año, en virtud de lo dispuesto en su artículo 142, 5. Pero, con independencia de esta cuestión, nuestros Tribunales, en cualquiera de las jurisdicciones donde se plantearon las demandas, reconocieron la responsabilidad del INSALUD en base a la acción protectora que debe cumplir la Seguridad Social. Para paliar el desembolso de las cantidades concedidas a las personas afectadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo, el *Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo*, concedió ayudas a los afectados por el virus VIH/SIDA como consecuencia de las actuaciones realizadas en el sistema sanitario público.

Por último, en cuanto a las personas afectadas a partir del año 1987, entiende la

doctrina que no existe responsabilidad del Estado, sino que esta responsabilidad será de los profesionales sanitarios por su actuación negligente, de manera que, por aplicación del artículo 41 de la *Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado*, el INSALUD responderá ante los Tribunales ordinarios por los daños y perjuicios causados por los profesionales a su servicio, pero luego puede repetirse de dichos profesionales.

4. LA INAPLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN EN LA ESFERA PARTICULAR

En el ámbito privado no hay normas similares que impongan a las personas adoptar medidas de prevención de manera obligatoria, ni a comunicar su estado de seropositividad. Pero esto no quiere decir que las personas afectadas se encuentren exentas de responsabilidad cuando provoquen un contagio sin haber utilizado las medidas mínimas de prevención o sin haber advertido a los terceros, cuando exista riesgo de transmisión, de su infección.

Como se ha señalado, en principio no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que imponga el deber de informar de tal estado a la pareja o a cualquier otra persona. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico existen diversos instrumentos jurídicos que permiten proteger a la persona del daño efectuado por un tercero, ya que el *derecho a la vida y a la integridad física*, en donde se incluye el derecho a la salud física y síquica, son derechos fundamentales de la misma (art. 15 de la CE) y nuestra Constitución consagra, entre otras cosas, el *respeto a los derechos de los demás* como fundamento



del orden político y de la paz social (art. 10 de la CE). En este sentido, tenemos dos textos importantes donde se protege a las personas de los daños efectuados por un tercero. Por un lado, el Código civil establece la responsabilidad patrimonial extracontractual por daños, tanto de carácter físico como moral, realizados a terceros (arts 1901 y ss.). Por otro lado, el Código penal protege a la persona de estos daños a través de la responsabilidad derivada de los delitos contra las personas (arts. 147 y ss.).

4.1. La posición de los Tribunales españoles

Los mencionados preceptos han sido utilizados por nuestros Tribunales en los casos de transmisión del virus del VIH/SIDA presentados ante su jurisdicción.

Así, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, Sala de lo penal, en la sentencia de 20 de enero de 1996, ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 1997, contempló el supuesto de hecho siguiente. El acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, militar de profesión, portador del virus VIH y conocedor de ello tras la práctica de varias pruebas con resultado positivo, se desplazó en 1993 por destino profesional a Santa Cruz de Tenerife. Días después conoció a una mujer, mayor de edad, separada, con la que mantuvo relaciones sexuales sin tomar como medida preventiva el usar preservativo, al menos en varios de tales contactos sexuales, y sin haberle comunicado a aquélla tal padecimiento ni conocerlo la misma. Como consecuencia de dicha relación, la mujer resultó infectada con el virus VIH, afección que le fue diagnosticada tras varias pruebas positivas y siendo comprobado que provenía de la misma cepa del acusado. Más

tarde, también ocultando su situación de afectado por el virus VIH, y aún sabiendo que lo había transmitido a la primera mujer, el acusado mantuvo relaciones sexuales con otra mujer, mayor de edad, quien, sin embargo, no resultó infectada según las pruebas que a tal efecto se le practicaron.

En este supuesto, el Tribunal aplicó, por las fechas en que sucedieron los hechos, el antiguo Código penal. Y declaró que los hechos no eran constitutivos del delito del anterior artículo 348 bis del Código penal que contemplaba el delito de propagación maliciosa de enfermedades contagiosas, que los propios Tribunales durante muchos años no aplicaron por la dificultad de interpretar debidamente el adverbio *maliciosamente* que determinaba la aplicación del tipo, precepto éste que ha sido suprimido en la reforma de aquel Código en 1995. Sin embargo, entiende el Tribunal que ello no quiere decir que la conducta del acusado deba quedar impune pues, conociendo ser portador del virus VIH y que dicho virus se transmite a través de las relaciones sexuales, realiza dichas conductas sin adoptar precaución tan elemental como el empleo de preservativo, representándose y aceptando la trasmisión que, en su caso, pueda ocasionar. Por ello, el Tribunal afirma que los hechos declarados y probados son constitutivos de un **delito de lesiones** del antiguo artículo 420 del Código penal, porque directa y voluntariamente se ha producido un menoscabo, al menos en la salud física de otra persona, a través de relaciones sexuales, transmitiéndole, a sabiendas el virus del SIDA. En opinión del Tribunal, ha existido acción, ha existido resultado, ha existido relación causal entre ambos, siguiendo pautas de causación eficiente o adecuada (y las relaciones sexuales sin preservativo lo son), de tal modo que lo



sucedido ha sido la consecuencia natural del comportamiento del agente. Por lo que para el Tribunal, el acusado resulta responsable criminalmente en concepto de autor por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran, y además lo es también civilmente, siendo condenado a la pena de un año de prisión menor; así como a indemnizar a la víctima o a sus herederos en la suma de un millón y medio de pesetas, que serán de ocho millones y medio de pesetas si la afectada llegara a desarrollar la enfermedad del SIDA.

De la misma opinión que el Tribunal participar nuestra doctrina científica. La doctrina entiende que el contagio del virus VIH/SIDA constituiría un delito de lesiones encuadrado en el vigente artículo 147 del Código penal (y preceptos concordantes), que dispone: "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". No ofrece dudas a la doctrina la inclusión de la transmisión deliberada del virus del VIH/SIDA dentro de la conducta objetivamente típica que recoge este precepto, el cual hay que poner en relación con el artículo 149 que agrava el delito al señalar: "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".

De otro lado, la sentencia de la *Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sala de lo civil, de 14 de septiembre de 2001*, contempla el supuesto de marido seropositivo, que desconocía su estado, pero que realizaba prácticas de riesgo, y que transmitió dicho virus a su mujer; ante lo que ésta interpuso una acción de responsabilidad extracontractual en base al artículo 1902 del Código civil, reclamando la cantidad de diecisiete millones de pesetas. La Audiencia estimó que había habido culpa extracontractual en el marido pues, aunque desconocía su estado de seropositividad, no podía desconocer la realización de prácticas de riesgo de las que no informó a su mujer ni utilizó las adecuadas medidas de prevención, por lo que resultó culpable de dichos daños, aunque en este caso, la indemnización se rebajó a cinco millones de pesetas atendidas las circunstancias en que se encontraba el marido.

Por su parte, la sentencia de la *Audiencia Provincial de Madrid de 2 de enero de 2004*, se refería a una mujer diagnosticada de infección por VIH que transmitió dicha infección a su pareja sin haberle informado de su padecimiento y sin haber utilizado medidas de prevención. Consta en su historial clínico que en el momento del diagnóstico positivo era pareja sexual de portador de la infección VIH, teniendo dos hijos no portadores, y habiendo negado prácticas de riesgo por adicción a drogas por vía parenteral, y que fue informada de la necesidad de cambio de hábitos sexuales hacia hábitos protegidos. En septiembre de 1997 conoció a la pareja a la que transmitió la infección, comenzaron a salir juntos y a partir de agosto o septiembre de 1997 empezaron a mantener relaciones sexuales entre dos y



cuatro veces al mes, inicialmente usando preservativo, y, más tarde sin él, o usándolo sólo a veces, situación que se mantuvo durante 1998 y los primeros meses hasta abril de 1999, sin que la mujer informara a su pareja de que era portadora del VIH, o, al menos, le exigiera el uso del preservativo. En abril de 1999, la mujer puso en conocimiento de su pareja la infección que padecía. Inmediatamente, en el mismo mes de abril, el compañero de la mujer se sometió a pruebas analíticas que dieron por resultado que presentaba serología VIH positiva. El compañero de la mujer, aunque infectado, aún no había desarrollado el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirido; sin embargo, fue medicado para prevenir esos déficits inmunológicos. El tratamiento farmacológico, chocó con el inconveniente de que sufría un trastorno de personalidad de inestabilidad emocional de tipo impulsivo sobre el que se había instaurado un trastorno depresivo grave. Ello dificultó el tratamiento antirretroviral en el doble sentido de que era preciso encontrar fármacos antipsicóticos compatibles con éste y de que la propia patología psiquiátrica hacía más difícil las revisiones y control de su tratamiento.

En este caso, la Audiencia señala que la conducta de la acusada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del dolo eventual de los artículos 147 y 149 del Código penal, 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. La relación sin tomar especiales medidas precautorias se

prolongó durante más de un año, sin informar la procesada a su compañero de su estado serológico o sin imponerle, cuando menos, el uso del preservativo. Esa persistencia en la acción por un lado y en el silencio por otro, unida a la consciencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual.

Asimismo, la Audiencia afirma que el menoscabo de la salud por causación dolosa de una enfermedad ha de calificarse conforme al artículo 147 del Código Penal. Pero si lo causado es una grave enfermedad debe reconducirse la calificación al artículo 149 de la misma ley. 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, la transmisión del VIH supone que 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; y 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, limitaciones o necesidad de técnicas extraordinarias, como lavado de esperma y selección de un espermatozoide sano en caso de desear descendencia, que es preciso buscar mediante técnicas de reproducción asistida, y presencia de un temor continuo más o menos intenso del portador del virus. Añade el Tribunal que 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.

Al mismo tiempo, la Audiencia tiene en cuenta la dificultad psicológica de informar de la presencia de este tipo de enfermedades y el hecho de que las lesiones se hayan causado por dolo eventual y no de propósito, para imponer la pena en su mínima extensión.

La Audiencia falló condenando a la mujer a la pena de seis años de prisión, y a indemnizar al compañero en cien mil euros y al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

Como se observa, en todos estos casos la transmisión del VIH/SIDA se produce a través de las relaciones sexuales no protegidas y con desconocimiento de la pareja del infectado.

En dos de los casos, ambos sujetos conocían su estado de seropositividad; en el tercer caso, sin embargo, el sujeto trasmisor desconocía su estado, pero realizaba prácticas de riesgo.

Las consecuencias jurídicas, no obstante, son las mismas: la persona trasmisora es sancionada (penal y civilmente, o civilmente).

Similares medidas se han aplicado en los Tribunales de Francia e Inglaterra.

Aunque tales decisiones han tenido sus detractores, especialmente por las Asociaciones de personas afectadas, quienes opinan que se produce una criminalización de la enfermedad. ONUSIDA, Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, declara que "a pesar de que los datos sobre

el impacto de la penalización de la transmisión del VIH son escasos, muchos expertos temen que esta práctica tenga un efecto negativo en la salud pública, ya que puede disuadir a las personas de someterse a las pruebas del VIH y de acceder a los servicios de prevención, tratamiento y atención", por lo que dicho organismo solicita que se deroguen todas las leyes que criminalizan la transmisión y exposición al virus, exceptuando la transmisión intencionada.

En España no existen leyes que criminalizan la transmisión del virus; pero sí, como se ha visto, normas que protegen los derechos de las personas ante la realización de un daño deliberado. No se trata de criminalizar a las personas infectadas de VIH/SIDA, a las que por otra parte nuestros Tribunales han otorgado una protección extrema en la defensa de sus derechos fundamentales y ordinarios; sino de sancionar conductas que atentan contra la vida, la integridad y la salud de terceros deliberadamente.

En los supuestos examinados no se ha producido la transmisión del VIH/SIDA a consecuencias de prácticas de riesgo por uso de drogas por vía parenteral. Pero cabe concluir que si una persona infectada en este medio transmite el virus VIH por vía sexual en las mismas condiciones que se describe en las sentencias (deliberadamente y sin poner en conocimiento de la otra parte su estado), la consecuencia jurídica será la misma.

Ahora bien, en el supuesto de que una persona adicta a drogas o al alcohol realizase dichos actos bajo la influencia de dichas drogas, cabría plantearse si se puede aplicar la exención o la atenuante de responsabilidad recogidas en los artículos 20, 2º y 21, 2º, del Código penal, que señalan respectivamente que están exentos de responsabilidad criminal



“El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”, y que es circunstancia atenuante de dicha responsabilidad “La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el núm. 2 del artículo anterior”.

4.2. El consentimiento de los sujetos implicados en la trasmisión del VIH/SIDA

La doctrina científica se ha cuestionado también el valor del consentimiento de las personas en los supuestos de transmisión del VIH/SIDA.

El artículo 155 del Código penal establece que “En los delitos de lesiones, si ha mediado consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.- No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”.

En base a este precepto, algunos autores defienden no solo la atenuación de la pena que señala el citado artículo, sino incluso la atipicidad de las conductas en las que existe la denominada *autopuesta en peligro*, al margen de la teoría del consentimiento, mediante la exclusión de la imputación objetiva del resultado.

Estos casos serían precisamente, y así se citan por dicha doctrina, los del contagio del

SIDA mediante intercambio de jeringuillas entre personas adictas a la droga, o el mantenimiento de relaciones sexuales sin protección consentido con conocimiento del peligro.

5. CONCLUSIONES

Como se ha señalado, existe coincidencia general en que la mejor estrategia para prevenir la expansión del VIH/SIDA es la prevención.

Actualmente son bien conocidas las medidas de prevención, de las que se han realizado una enorme difusión.

Los supuestos de hecho señalados son ejemplos claros de que la adopción de las medidas de prevención, impuestas o no obligatoriamente por la legislación vigente, tiene una gran trascendencia jurídica en cuanto su inaplicación produce consecuencias no sólo en el ámbito de la intimidad del sujeto, en el ámbito social y especialmente en el sanitario, sino también en el ámbito jurídico.

La transmisión del VIH/SIDA por inaplicación de las medidas de prevención por personas afectadas de modo deliberado y sin comunicación del estado serológico comporta, según diversas sentencias de nuestros Tribunales, sanciones penales o civiles.

No obstante, hay que tener en cuenta las circunstancias en que puedan encontrarse las personas en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

También hay que tener en cuenta el consentimiento de la persona que se expone a la transmisión del virus, puesto que podría dar lugar a exoneración o atenuación de responsabilidad criminal o civil.



Por último, cabría señalar que hay que insistir en la realización de programas específicos de prevención dirigidos a estos colectivos concretos.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La incidencia del SIDA en el ámbito jurídico español*, "Revista SEISIDA", abril, 1999.

- *Consecuencias jurídicas de la inaplicación de las medidas de prevención*, en "Revista SEISIDA", vol. 12, núm. 4, abril 2001, págs. 360-362.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas cuestiones jurídicas que plantea en España la enfermedad del Sida*, Revista "Jano" de medicina y humanidades, 29 enero- 4 febrero de 1993, vol. XLIV, núm. 1024, págs. 37-42.

ANDRES, R.; NAJERA, R., *Disposiciones acerca de las donaciones de sangre, hemoderivados, semen y órganos, en relación con el control del VIH*, SEISIDA, vol. 5, núm. 6, junio 1994.

INSUA CERRETANI, P., MONCADA, S., *Estrategias de reducción de riesgos con usuarios de drogas inyectadas: talleres de sexo más seguro*, "Adicciones: Revista de sociodrogalcohol", vol. 14, núm. 4, 2002, págs. 425-441.

MARCH CERDÀ, J.C., OVIEDO JOEKES, E., ROMERO, M., *Uso inconsistente del condón en los usuarios de heroína en situación de exclusión social*, "Gaceta sanitaria: Órgano oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria", vol. 21, núm. 4, 2007, págs. 321-328.

MIR PUIG, S., *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona, 1993.

ROMERO CASABONA, C. M^a., *Responsabilidad médico-sanitaria y SIDA*, "Actualidad penal", núm. 32, septiembre de 1993.

ROMERO RODENAS, M^a. J., *Sida y toxicomanías. Un análisis jurídico-laboral y de seguridad social*, Madrid, 1995.

VARIOS, *Monográfico Drogas y VIH/Sida*, "Revista española de drogodependencias", núm. 3, 2002.