

Número Marginal: PROV\2011\213365

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por la Acusación Particular **Araceli** contra sentencia ( [ARP 2010\841](#)) dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) que absolvió a Gerardo del delito de lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Uroz Moreno; ha comparecido como recurrido Gerardo , representado por la Procuradora Sra. Sánchez Jiménez.

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO** El Juzgado de Instrucción número 21 de Madrid instruyó Sumario con el número 18/2008 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 17 de Junio de 2010 ( [ARP 2010\841](#)) dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " *ÚNICO.- El acusado Gerardo , nacido el 27/06/1972, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, mantuvo con Araceli , nacida el 12/01/1977, una relación de pareja desde el año 1996, cuando Araceli tenía 19 años de edad. En el curso de es relación, y siendo pleno conocedor el acusado al menos desde el año 1994, de que estaba infectado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y era portador de sus anticuerpos, 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, en alguna ocasión el preservativo se rompió, por lo que, en el mes de agosto de dicho año, Araceli quedó embarazada y dio a luz el 21 de mayo de 1997 a la hija de ambos, Macarena , quien en el mes de agosto de 1997 cayó gravemente enferma, ingresando en el Hospital Gregorio Marañón, donde se descubrió que estaba infectada de SIDA, infección por el virus de inmunodeficiencia humana, en estadio C-3. La menor fue contagiada por su madre durante el parto (transmisión vertical). En tal ingreso se diagnosticó a la menor infección por VIH, asociada a neumonía por Pneumocytis carinii que precisó ingreso en UVI. La menor ha seguido desde entonces tratamiento en el Hospital Gregorio Marañón gracias al cual ha mejorado, sin presentar descompensaciones posteriores, encontrándose en la actualidad en estadio A-1.*

*A raíz de tal circunstancia, se realizó un estudio médico familiar. Araceli fue diagnosticada de infección por VIH el 17 de septiembre de 1997, estando desde entonces en tratamiento y control en la Unidad de Microbiología Clínica y Enfermedades Infecciosas del H hospital Gregorio Marañón. Gracias al tratamiento ha mejorado y no hay constancia de la descompensación de la infección por VIH. Araceli fue infectada por el acusado, al mantener con ella relaciones sexuales.*

*Desde el nacimiento de la menor continuaron como pareja Araceli y Gerardo y en 3 de julio de 1999 el acusado y Araceli contrajeron matrimonio. Estando Gerardo en la cárcel Araceli le visitó tanto en visitas ordinarias como íntimas. Con fecha 27 de noviembre de 2003 se dictó sentencia de divorcio por el Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Madrid, y el 5 de enero de 2004 el acusado obtuvo reconocimiento de la paternidad sobre la menor, reclamado un régimen de visitas con la menor.*

*El 17.03.2006 Araceli presentó la querrela contra Gerardo por delito de lesiones dando lugar a la instrucción del procedimiento que desembocó en esta causa. "[sic]*

**SEGUNDO** - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS:** *Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Gerardo de los delitos que venía siendo acusado en esta causa, con todos los pronunciamientos favorables, y declarando las costas de oficio.* "[sic]

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

**CUARTO** - El recurso interpuesto la Acusación Particular Araceli se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Primero y único.-** Por infracción de ley al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no aplicación del artículo 149. 1º del Código Penal, en relación con el artículo 23 del mismo texto legal, aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre de 1995 y doctrina jurisprudencial dictada sobre este extremo.

**QUINTO** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Procurador Sra. Sánchez Jiménez y el Ministerio Fiscal, por escritos de fecha 2 de Octubre y 15 de Noviembre de 2010, respectivamente, lo impugnaron; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 25 de Mayo de 2011.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** El Recurso interpuesto por la Acusación Particular contra la Sentencia de instancia ( [ARP 2010\841](#) ), que absolvía al recurrido de los delitos de lesiones de los que era acusado, insiste, en un Único motivo, en la pretensión de condena de éste por la comisión de sendos delitos del artículo 149.1º (causación de grave enfermedad) del Código Penal ( [RCL 1995\3170](#) y RCL 1996, 777 ), con apoyo en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ( [LEG 1882\16](#) ), por indebida inaplicación del referido precepto.

A la vista de ello, conviene comenzar recordando cómo este cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone tan sólo la comprobación por el Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir, en todo caso, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración fáctica llevada a cabo por el Tribunal de instancia, desde la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara para esta Sala la procedencia del motivo, si bien con la importante matización que más adelante se expondrá, toda vez que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es, a nuestro juicio, sobrada y bastante para afirmar la existencia de sendas infracciones penales.

En efecto, la Audiencia, en una amplísima exhibición de conocimientos dogmáticos y sobre la base de la incuestionable ausencia de intención de lesionar a la recurrente ni a la hija de ambos (dolo directo), por parte del acusado, contagiándolas el virus del VIH que él padecía desde algún tiempo atrás, concluye en la inexistencia igualmente, no sólo de un posible dolo eventual sino, incluso, de una conducta imprudente, al afirmar la ausencia de un verdadero riesgo susceptible de desaprobación, toda vez que Gerardo seguía constante y rigurosamente, en las relaciones sexuales que mantenía con Araceli, las indicaciones médicas, protocolariamente consideradas como suficientes, consistentes en el uso de preservativo.

Y como quiera que ese uso, según las propias declaraciones de la mujer, se mantuvo en todas y cada una de las relaciones mantenidas entre ambos, los Jueces "a quibus" consideran, como ya dijimos, que el riesgo generado y asumido por el acusado era tan mínimo que ni en forma imprudente su conducta ha de ser considerada como penalmente típica.

Es preciso comenzar sentando que el hecho de que no comunicase la grave y contagiosa enfermedad que padecía a su pareja, por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación desde un punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta, que exclusivamente habrá de consistir en el hecho de haber realizado los actos que causalmente provocaron el contagio, con intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado.

Al respecto, tan sólo puede afirmarse "obiter dicta" que, caso de haber comunicado tal circunstancia y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo tales relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de la responsabilidad para Gerardo .

Pero no siendo así, la referida ausencia de comunicación no puede considerarse por sí misma, según parece en algún momento entender la recurrente, como causa eficiente del gravísimo resultado acontecido.

Centrándonos únicamente, por tanto, en el análisis del comportamiento del acusado en tanto que acción causante del contagio, es decir, la realización de numerosos coitos sabedor de que padecía la contagiosa dolencia, es indudable que la utilización de preservativos, como los propios médicos le habían prescrito, no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida

tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1 2º del Código Penal ( [RCL 1995\3170](#) y [RCL 1996, 777](#)) por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida), respecto de la conducta descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por Gerardo , era no sólo evitable sino sin duda también previsible.

Basándonos para una afirmación semejante en la propia literalidad del "factum" de la Resolución de instancia cuando refiere que "*...en alguna ocasión el preservativo se rompió...*" , circunstancia evidente dadas las consecuencias, contagio y embarazo, producidas, que ha de ser complementada con la afirmación, contenida en el Fundamento Jurídico Primero de la recurrida, de que el preservativo se había roto "*...cuatro o cinco veces...*" , conclusión apoyada lógicamente en las pruebas de las que dispuso la Audiencia.

Y todo ello puesto que semejante dato resulta suficientemente revelador de que, por las razones que fuere (descuido en el uso del preservativo, defectuosa utilización del mismo o de su conservación o por la forma de producirse la práctica sexual en la pareja o por razones anatómicas de cualquiera de los miembros de ésta, etc.) lo cierto es que aquello que resulta tan excepcional en la generalidad de los casos, hasta el punto de que los protocolos médicos llegan prácticamente a despreciarlo cuando autorizan la relación sexual a un infectado con el único requisito de hacer uso de ese medio profiláctico, en el concreto caso de las relaciones sexuales entre Gerardo y Araceli se producía con esa frecuencia, relativa pero en modo alguno desdeñable.

Encontrándonos así ante un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas o, en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo, cualquiera que fuere el origen o causa del mismo, que se concretó en los lesivos resultados (constitutivos de "*grave enfermedad somática*" , art. 149.1º CP ( [RCL 1995\3170](#) y [RCL 1996, 777](#)) ) en las personas, primero de la pareja y luego de la hija de ambos, resultados que reúnen, a su vez, los requisitos de previsibilidad y evitabilidad necesarios para completar la configuración del supuesto culposo sancionado en el precepto penal de referencia.

Y todo ello junto con la evidente relación de causalidad entre dichos actos negligentes y los resultados, relación directa en el caso del contagio de la mujer e indirecta, a través del embarazo y con motivo del parto ( "*transmisión vertical*" ), pero en todo caso también causalmente vinculado con aquel, para la niña.

**SEGUNDO** Dicho lo anterior y, por consiguiente, procediendo la estimación del Recurso, siquiera en forma parcial al no considerar los hechos como dolosos, procede ahora la calificación correcta de los mismos, decidiendo si nos hallamos ante un solo

delito, con doble resultado, o dos delitos de lesiones imprudentes y, en este segundo caso, si se trata de un supuesto de concurso real o ideal.

Así, hemos de rechazar desde un inicio la existencia del concurso real, toda vez que al producirse el contagio a la niña a través del sufrido primeramente por la madre, que se encontraba embarazada de ella, resulta evidente que nos hallamos ante una sola y exclusiva acción productora de sendos resultados.

Y a este respecto nos dice la STS de 16 de Abril de 2001 ( [RJ 2001\2981](#) ) :

*"Es cierto que el sistema del crimen «culpa», que mantenía el Código Penal derogado ( [RCL 1973\2255](#) ), considera que el delito imprudente es único y que el resultado sólo importa a efectos de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal. Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc) carece de importancia, dado que todo conforma el «resultado» que será tratado de forma unitaria. En este sistema los supuestos imprudentes son «numerus apertus».*

*Por el contrario, el sistema de los «crimina culposa», que sigue el vigente Código Penal, trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador ha seleccionado aquellas imprudencias que deben incluirse en el ámbito penal. Ahora el resultado no se trata como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. El legislador, al concretar los supuestos imprudentes, sigue un sistema de «numerus clausus».*

*El Código Penal vigente dispone en su artículo 12 que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». De manera que el Código acoge un sistema de «numerus clausus», por lo que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos casos que la propia ley indique. Se ha terminado con el sistema de la cláusula general o «numerus apertus».*

*Entre las diferencias entre un sistema y otro presentan especial interés aquellos supuestos en los que se producen resultados múltiples.*

*Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, con el sistema del crimen «culpa» se consideraba como un conjunto unitario y, en consecuencia, existía un único delito en el que la pluralidad de resultados únicamente se tenía en cuenta para cuantificar la indemnización.*

*Con el Código actual estos casos dan 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 del Código Penal ( [RCL 1995\3170](#) y RCL 1996, 777 ), como tiene reconocido esta Sala -cfr. Sentencia 1550/2000, de 10 de octubre ( [RJ 2000\9259](#) )*

-.

*En el supuesto que examinamos, en el que se han producido pluralidad de resultados, al haberse ocasionado la muerte de uno de los ocupantes del vehículo y heridas graves a otro, como consecuencia del mismo accidente provocado por la negligente conducción del acusado, se ha producido un concurso de infracciones imprudentes, y al haberse presentado en unidad de acción, surge un concurso ideal que deberá sancionarse conforme se previene en el Código Penal, es decir, se impondrá la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior."*

Por lo que hay que concluir en que estamos ante dos diferentes imprudencias del artículo 152.1 2º del Código Penal ( [RCL 1995\3170](#) y RCL 1996, 777) , en concurso ideal (art. 77 CP ), con las consecuencias punitivas que semejante calificación comporta y a las que nos referiremos, junto con lo relativo a los correspondientes pronunciamientos indemnizatorios, en la Segunda Sentencia que, a continuación de ésta, habrá de dictarse.

**TERCERO** A la vista del contenido de la presente Resolución, procede la declaración de oficio de las costas ocasionadas por el Recurso que parcialmente se estima, según lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ( [LEG 1882\16](#) ) .

En consecuencia, vistos los preceptos legales mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos estimar y estimamos, parcialmente, el Recurso de Casación interpuesto por la Representación de la Acusación Particular, ejercida en estas actuaciones por Araceli , contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, el 17 de Junio de 2010 ( [ARP 2010\841](#) ) , por delitos de lesiones, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el Recurso parcialmente estimado.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin **Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 21 de Madrid con el número 18/08 y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid por delito de lesiones, contra **Gerardo** con DNI número NUM000 , nacido el 27 de Junio de 1972, en Madrid, hijo de José y de María de Tiscar, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada

Audiencia con fecha 17 de Junio de 2010 ( [ARP 2010\841](#) ) , que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo* , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

## I. ANTECEDENTES

**ÚNICO** Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia ( [ARP 2010\841](#) ) dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida ( [ARP 2010\841](#) ) , en lo que no se opongan a los primeros.

**SEGUNDO** Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Segundo de los de la Resolución anterior, procede, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 77.1 y 152.1 2º, en relación con el 149.1º, del Código Penal ( [RCL 1995\3170](#) y RCL 1996, 777) , la condena del acusado como autor de sendos delitos de lesiones por imprudencia, en concurso ideal.

Como regla para la determinación de la pena, o penas, a imponer, al tratarse del referido concurso, el mencionado artículo 77, en sus apartados 2 y 3 , dispone que tales ilícitos se castigarán con la pena prevista para el más grave de ellos en su mitad superior, salvo que resultase más favorable para el reo su punición por separado.

En este supuesto, por tanto, siendo ambas infracciones semejantes y, por consiguiente, las penas legalmente previstas para ellas también iguales y consistentes en la prisión de uno a tres años, la mitad superior se extendería de dos años y un día a tres años, en tanto que resultaría posible su sanción separada, a razón de un año de privación de libertad por cada uno de los ilícitos cometidos, penas estas últimas que esta Sala considera adecuadas y proporcionales a la gravedad de los hechos cometidos por Gerardo , dentro de los criterios legalmente previstos para su individualización.

Resultando, así mismo, irrelevante a estos efectos la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP ) también alegada por la Acusación Particular, toda vez que el artículo 66.2 del Código Penal dispone que *"En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior"* y referidas a los diferentes supuestos de presencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**TERCERO** Por otro lado, como quiera que el artículo 116 del Código Penal establece que *"Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios"* y en esta ocasión la Acusadora Particular interesa, para ella y en nombre de su hija menor, la reparación económica de los perjuicios sufridos por ambas, consideramos ajustado a lo razonable, teniendo en cuenta que sólo se está resarcido el daño moral padecido por las víctimas, toda vez que, según el relato de hechos probados de la Audiencia, no cuestionado en este extremo, se afirma que, felizmente, la enfermedad de ambas se encuentra en la

actualidad plenamente "*compensada*", consideramos razonable otorgar, en este concepto, los importes respectivos de 30.000 euros, en el caso de Macarena , y 20.000 euros para Araceli , en lugar de las cantidades de 180.000 y 150.000 euros solicitadas.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado, Gerardo , como autor de sendos delitos de lesiones imprudentes, a las penas de un año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, por cada uno de tales delitos, debiendo indemnizar a Araceli en la cantidad de 20.000 euros y a Macarena en la de 30.000 euros, en concepto de indemnización por sus respectivos perjuicios, imponiéndole así mismo las costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin **Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro**

### PUBLICACIÓN

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