

LA SUPRESION DEL DELITO DE PROPAGACION MALICIOSA DE ENFERMEDADES Y EL DEBATE SOBRE LA POSIBLE INCRIMINACION DE LAS CONDUCTAS QUE COMPORTAN RIESGO DE TRANSMISION DEL SIDA

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El programa eugenésico de los años 30 y el Derecho penal; 3. Razón y fundamento del delito de contagio venéreo; 4. El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible del art. 348 bis del viejo Código penal; 5. La transmisión del Sida como lesiones típicas en el Código penal anterior y en el de 1995; 6. El contagio de enfermedades en los proyectos de reforma penal; 7. Sobre la inconveniencia de castigar conductas que comporten mero riesgo de contagio de sida y el acierto del Código penal de 1995.

1. INTRODUCCIÓN

En 1630, en el Milán de la dominación española bajo nuestro Rey Felipe IV, los jueces de la ciudad, asolada por la peste, quisieron procurar remedio a tan grave mal, y no encontraron más saludable medida que acusar y, tras atroces suplicios, condenar a varios pobres e indefensos ciudadanos con la imputación de haber propagado la peste mediante procedimientos tan necios como siniestros: untando con misteriosa pez las paredes de algunas solitarias callejas. Sobre estos acontecimientos se pronunció como primer crítico nuestro bien conocido Pietro Verri en sus *Observaciones sobre la tortura*, y años más tarde Alessandro MANZONI, nieto de su amigo y rival Cesare de BECCARIA, y padre de las letras italianas, compuso un aleccionador opúsculo al que daba comienzo alegando que los dichos jueces creyeron haber hecho cosa muy digna de memoria, ya que en la misma sentencia, después de añadir a los suplicios y la muerte la demolición de la casa de uno de los condenados, decretaron todavía más: que en aquél lugar se levantara una columna, la cual debería llamarse infame, con una inscripción que llevase a la posteridad la noticia del crimen y la pena. Y, concluye Manzoni en su inicial párrafo, en esto no se engañaron: aquel juicio fue verdaderamente memorable.

La *Storia della Colonna infame* es una buena historia y un excelente libro para presidir una reflexión jurídica y

social sobre la propagación de enfermedades, más aún cuando la que más nos preocupa, la del Sida, reviste en ocasiones las características que atribuyó Boccaccio a la mortífera pestilencia que castigó a Florencia "por obra de los cuerpos celestes o enviada sobre los mortales por la justa ira de Dios para escarmiento de nuestros inicuos actos". Y todo ello porque como bien advierte Leonardo SCIASCIA en su introducción a la versión española de la obra: "los errores y los males del pasado no son nunca pasado, y es preciso vividos y juzgarlos de continuo en el presente", si queremos aprender de la historia para guiar nuestro futuro¹.

Es el Sida lo que ha revitalizado la preocupación por la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general y de las de transmisión sexual en particular. Es por ello por lo que para abordar el examen del delito de propagación maliciosa de enfermedades hemos de tener bien en cuenta, además de la transmisión de enfermedades comunes, la de las sexuales o venéreas. La ley sólo se pue-

¹ Alessandro MANZONI, *Historia de la columna infame*, con una nota de Leonardo Sciascia, Barcelona 1984. La atribución de las epidemias al castigo divino por los pecados de los hombres es una constante de nuestra cultura, así Barrionuevo en sus *A visos* informaba que entre las causas de la peste italiana de 1656 se encontraba la de andar las mujeres descubiertos los pechos, provocando a los hombres a pecar; V. amplias referencias en MARTINEZ GIL, *Muerte y Sociedad en la España de los Austrias*, Madrid 1993, p.132 y ss.

de interpretar con sentido desde los problemas por los que la ley nos preocupa.

Ya el Código de 1822, en el art. 378 previó el castigo, como delito contra la salud pública, a quien introdujere o propagare enfermedades contagiosas o efectos contagiosos, quebrantaren las cuarentenas o se evadieran de los lazaretos. Pero esta cláusula desapareció en los Códigos posteriores. GROIZARD manifestó su preocupación por esta carencia², preocupación que ejemplifica en el caso de quien introduce en casa ajena las ropas de un enfermo de cólera "con el depravado fin de llevar a ella la desolación y la muerte". Estimó que tal carencia obedecía a una ingenua creencia del legislador de que "no había entre los hombres ninguno tan malvado que a tal extremo le condujesen sus desapoderadas pasiones". Pero nada proponía para los supuestos no intencionales. La acción legislativa contra las enfermedades contagiosas comunes solamente fue abordada más tarde y como asunto puramente organizativo, sin más medida de aseguramiento o sancionadora que el aislamiento forzoso del sujeto en periodo de contagio³. La primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al Código la transmisión de enfermedades contagiosas en general, y entre ellas también las venéreas fue obra de FRANCOS RODRIGUEZ en su conferencia y opúsculo de 1920 sobre el delito sanitario⁴.

2. EL PROGRAMA EUGENÉSICO DE LOS AÑOS 30 Y EL DERECHO PENAL

La preocupación desde el Derecho penal por las enfermedades de transmisión específicamente sexual tiene su origen en el pensamiento "eugenésico" que se desarrolla a partir del segundo decenio del presente siglo. JIMÉNEZ DE ASUA fue una vez más pionero y maestro en esta materia en España. El programa eugenésico, programa para lograr un pueblo sano, presentaba en su opinión para el político y para el jurista tres grandes sectores de trabajo: a) El logro de una progenie sana, que implica la lucha contra la prostitución y contra las enfermedades venéreas; b) La consecución de matrimonios eugenésicos; c) y la paternidad y maternidad conscientes, que se extendía a la anticoncepción, la esterilización y el aborto⁵.

Asúa comenzaba su reflexión jurídica sobre las enfermedades venéreas resaltando el sentido específico que tiene la preocupación jurídica por éstas, a diferencia de otras enfermedades infecciosas: aun cuando las tradicionales enfer-

medades han sido derrotadas, existen aún tres enormes plagas que cada año destruyen la vida de miles de seres humanos, la tuberculosis, la sífilis y el cáncer, pero "el flagelo social de la sífilis, a diferencia de los otros dos terribles morbos, tiene su origen directo en un acto fisiológico y necesario para la especie, acto placentero que la poesía ha sembrado de flores, algunas de trazo, *al cantar* al amor. Por ello, la profilaxis de la sífilis y otras enfermedades venéreas no se refiere al puro campo de la higiene y de la medicina... sino que trasvasa ese recinto y entra de lleno en las meditaciones del sociólogo y hasta del jurista". En definitiva, lo que singulariza la preocupación de los juristas por las enfermedades de transmisión sexual frente a otras es que el contagio es plasmación directa de una conducta humana consciente que produce en otro la enfermedad.

La lucha "antivenérea" comprendía cuatro elementos: la educación sexual, el tratamiento médico obligatorio, la abolición de la prostitución reglamentada y la creación del delito de contagio venéreo, en lo que este último aparece como cláusula de cierre de la mencionada política. Numerosos países incorporan a su ordenamiento leyes de profilaxis venérea, Dinamarca 1906, Suecia 1919, Alemania 1927, Argentina 1936, Chile 1931, Venezuela 1941. En España quedó en proyecto una pieza legislativa sistemática elaborada entre otros por Jiménez de Asúa en 1932, sin perjuicio de intervenciones sectoriales que se fueron produciendo con el tiempo.

Los elementos comunes del proyectado sistema legal de lucha antivenérea eran los siguientes: a) tratamiento médico obligatorio para el portador de la infección cuyo incumplimiento se sanciona, deber de denuncia por parte del médico del sujeto infectado, levantando el secreto profesional, sancionando la omisión de denuncia; y b) penalidad del contagio venéreo. Prácticamente todos los países incorporan los dos primeros elementos en la legislación administrativa sanitaria, con un grado de aplicación muy desigual. Menos llevaron la conducta de contagio a la categoría de delito, bien en el Código penal, bien en las leyes especiales. En todo caso, desde que se generalizaron los recursos terapéuticos accesibles y eficaces contra las enfermedades venéreas parecían haber sido vencidas.

En España fue el Código de 1928 el que introdujo el delito de propagación maliciosa de enfermedad en general y, por vez primera, el delito de contagio venéreo. El primero entre los delitos contra la salud pública, y el segundo entre los delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas. En el primero, previsto en el art. 549, se castigaba

"Al que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisibile a las personas". El segundo, en el art. 538 se disponía que "Quien sabiendo que se encuentra atacado de una enfermedad sexual en su periodo contagioso infectare a otro por vía intersexual o de otra manera será castigado con la pena de 2 meses y un día a 1 año de prisión. Si el hecho se realizase entre cónyuges

² El Código penal de 1870 concordado y comentado, IV, Salamanca 1891, p. 30.

³ Decreto de 10 de enero 1919, de disposiciones generales sobre prevención de las enfermedades infecciosas, art. 3.

⁴ FRANCOS RODRIGUEZ, *El delito sanitario*, Madrid, Reus, 1920.

⁵ JIMÉNEZ DE ASUA se ocupó por vez primera

solamente podrá ser perseguido a instancia de parte". Este precepto se complementa con otros tres, dedicados a tipificar un supuesto agravado para el contagio a menores de 16 años y los llamados contagios nutricios, es decir, contagio de nodriza a niño y de quien entrega niño infectado a nodriza sana. Una Real Orden de 26 de julio de 1930 estableció las bases de la lucha antivenérea en la que se regulaba la hospitalización forzosa de quien pudiera "constituir un peligro social" por incumplir el tratamiento, todo ello "sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar", es decir, las penales previstas en el Código de 1928, como expresamente proclama la Base final de la citada disposición.

La vigencia de estos preceptos terminó con el advenimiento de la República que declaró nulo el Código de la Dictadura. El Gobierno republicano preparó un proyecto para la lucha antivenérea en los años 1931 - 1932 cuyo precepto punitivo fundamental era el que sigue: Art. 30, *"El que practique relaciones sexuales sabiéndose afecto de una enfermedad venérea en periodo contagioso será castigado con las penas de presidio menor en su grado mínimo (seis meses a dos años) y multa, a no ser que el Código penal imponga a los hechos sanción más alta. Si el delito se perpetrare por culpa las penas serán de arresto mayor (de un mes a seis) y multa, cuando los hechos no estuvieren castigados más severamente en el Código penal..."* Este precepto se completaba con la incriminación del incumplimiento malicioso del tratamiento obligatorio impuesto, así como de la omisión de cuidado de padres o tutores sobre hijos o pupilos enfermos y de las variantes del contagio nutricional. La omisión de denuncia a la autoridad sanitaria del abandono de tratamiento por parte del enfermo se configuraba como infracción administrativa y se autorizaba la hospitalización forzosa para los refractarios al tratamiento.

3. RAZÓN Y FUNDAMENTO DEL DELITO DE CONTAGIO VENÉREO

Las razones de la intervención penal exclusivamente frente a las enfermedades contagiosas de carácter venéreo y no a las restantes se encuentran en el pensamiento de ASUA antes enunciado: se trata de un modo de transmisión de una enfermedad grave, expresión de un comportamiento humano consciente ante el que no basta la higiene y la medicina.

El contagio venéreo había sido castigado en nuestros Tribunales de Justicia en diversas ocasiones como delito doloso de lesiones, así puede verse en las sentencias siguientes del TS: 4-5-1881, 16-1-1890, 22-4-1903, 6-10-1917, 29-11-1921- 4-11-1925, 26-3-1926. Sin embargo, ya al tiempo del Código de 1928 y de la elaboración de la legislación de la república se apreciaba la limitación del delito de lesiones para afrontar las conductas de contagio. Y así debe advertirse que las conductas violentas, delitos

de violación cometidos por portadores de enfermedades venéreas, lo que representa una limitadísima porción de los responsables de contagio venéreo y, además, un reducido grupo de casos en los que por las características violentas de la acción la prueba del dolo y la de la relación de causalidad no presenta problemas⁶.

ASUA conocía bien las limitaciones del tipo de lesiones para castigar el contagio venéreo y en la superación de estas limitaciones asentaba su propuesta de delito de contagio venéreo contenido en el Proyecto citado: un delito de peligro para la salud pública. La conducta típica consistía en practicar relaciones sexuales a sabiendas ("sabiéndose afecto") de que se adolece de una enfermedad venérea, a lo que se añade una cláusula por la que con menor pena se castiga la misma conducta "perpetrada por culpa", es decir, sin saber que se adolece de la enfermedad, pero debiendo saberlo. Se trata, pues, de un delito de peligro, de acción peligrosa para el bien jurídico de la salud individual de otro y de la colectiva o pública. Expresamente renunciaba a requerir el "contagio", para evitar los azares de la prueba del dolo sobre el contagio así como de la relación de causalidad (6 bis). Interesa añadir por razones de interés posterior que el autor, al examinar la legislación argentina estimaba como delito la fórmula de "propagar la enfermedad", alternativa a la de lesión, que era la elegida por la ley argentina al requerir el contagio.

Tras la guerra civil la reacción legislativa se mantiene en el plano administrativo tanto frente a las enfermedades contagiosas en general como a las venéreas, sin más intervención que el tratamiento obligatorio y el aislamiento de "los más socialmente peligrosos" y de los "indisciplinados" respecto del tratamiento⁷. De este régimen interesa señalar que el legislador de la época ha separado siempre el tratamiento normativo y organizativo de las enfermedades infecciosas en general de las venéreas, para lo que no se dan razones explícitas, pero todo parece indicar que se ha sido bien consciente de las diferencias en los mecanismos sociales de la transmisión.

⁶ De las ocho que se conocen sólo las de 25 de enero 1900 y 4 de noviembre 1925 están exentas de violencia o abuso sexual, o dicho de otra manera, no hay ni *maltrato de obra*.

⁷ Orden de 14 de mayo de 1941, Dice. Ar. 18940, de normas para la lucha antivenérea, arto 3 y 4; Decreto de 26 de julio de 1945, con Reglamento para la lucha contra enfermedades infecciosas, Dice. Ar. 18942, arto 3, 11, y 13, sancionándose además al médico que no denuncia una enfermedad contagiosa de la que tenga conocimiento; Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, Dice. Ar. 27017, base 11^a.

4. EL DELITO DE PROPAGACIÓN MALICIOSA DE ENFERMEDAD TRANSMISIBLE DEL ART. 348 BIS DEL VIEJO CÓDIGO PENAL

La novedad se produce con la reforma del Código por la Ley de 24 de abril de 1958⁸ que introduce como art. 348 bis el delito de propagación maliciosa de enfermedades, novedad que aparece relacionada con la prohibición de la prostitución operada por el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 "sobre abolición de casas de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución". Ambas intervenciones están inspiradas en una misma y doble preocupación: la de la "moral social" y la de las enfermedades venéreas⁹. Sin embargo, ni el texto del art.348 bis ni la exposición de motivos de la Ley reformadora dan indicación alguna al respecto y se proyecta sobre todas las enfermedades transmisibles¹⁰.

El art. 348 bis, al que se ubica como último entre los delitos contra la salud pública y tras la cláusula agravatoria del art. 348, tiene el siguiente tenor: *"El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor (seis meses a seis años). No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare podrá imponer la pena superior inmediata (seis años a doce), sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave"*. No llevaremos a cabo un análisis dogmático minucioso del tipo penal. Me remito para ello a dos cuidadosos trabajos, además de lo manifestado en Manuales y Comentarios, el primero de SAINZ CANTERO y el segundo de BOIX REIG¹¹. Pero ante todo conviene advertir de

dos notas singulares de este precepto del art. 348 bis. La primera es su total inaplicación por los tribunales desde su aparición en 1958, y la segunda su general descalificación doctrinal. Salvo CUELLO CALON - implicado quizás en su redacción- cuantos autores se han manifestado sobre el precepto lo han hecho poniendo de relieve que su defectuosa construcción técnica hace inaplicable el tipo en la vida práctica, defectos que se identifican en la exigencia de "propagación" de la enfermedad y que la propagación sea "maliciosa".

En efecto, en primer lugar el tipo objetivo requiere el efectivo contagio a tercera persona, contagio apto además para propagar la enfermedad ulteriormente y afectar así a la salud pública que es el bien jurídico formalmente objeto de protección, lo que representa tanto, al menos, como requerir la efectiva lesión de la salud de otro, todo lo cual excluye la aplicación del tipo a los supuestos de actuar peligroso por parte del portador de la enfermedad, que es la conducta de interés político-criminal para la tutela de la salud pública, pues la lesión efectiva individual podría resolverse mediante los tipos de lesiones, que no pocos autores consideraban aplicables, a pesar del catálogo cerrado de medios comisivos que presentaban estos delitos hasta la reforma de 1989¹².

En 1977 Javier BOIX publica su citado nuevo examen del art. 348 bis, en el cual propone una ampliación del significado de los términos "propagar una enfermedad transmisible", de tal modo que daría cabida en el tipo a toda extensión de una enfermedad transmisible a otro sin requerir que este tercero quede directamente infectado, pero sí portador de los agentes de la enfermedad, quien a su vez podría infectar a otros. Esta interpretación amplía la tradicional en el sentido de que no requiere el "contagio" o lesión efectiva del tercero, sino la mera transmisión del principio activo de la enfermedad, lo que en relación a determinadas enfermedades puede ser un mecanismo real, pero una vez más criminológicamente irrelevante.

En concreto, no parece que sea éste el mecanismo del virus del Sida. En un primer momento del conocimiento del síndrome se creyó que se podía tener el estatuto permanente de portador del virus sin desarrollar la enfermedad, pero hoy sabemos, desgraciadamente, que el no desarrollo de la enfermedad no es más que el silencio clínico de la misma, que a la postre termina manifestándose con estrépito.

A lo anterior se ha de añadir otro elemento perturbador de la aplicabilidad del tipo penal: La relación de causalidad entre el comportamiento del autor y la efectiva transmisión y contagio de la enfermedad es frecuente-

⁸ La reforma sirvió fundamentalmente a la adecuación del texto punitivo al Concordato con la Santa Sede de 1953, a lo que se añadieron nuevos tipos entre los delitos contra la salud pública, entre los cuales el que comentamos, y otras cuestiones técnicas. Vid. al respecto QUINTANO RIPOLLES, en ADP 1958, p. 67 y ss.

⁹ El Decreto-ley en cuestión, en cuyo art. 10 declara que "velando por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social se declara tráfico ilícito la prostitución" dispone en su art. 60 que "las medidas para la lucha contra las enfermedades venéreas incumbirá a la Dirección General de Sanidad, la cual, conforme a las normas específicas de aquella, actuará en consecuencia". En la exposición de motivos se hace también referencia a la "actuación de índole sanitaria" entre los medios necesarios para el fin de la norma. En la escasa literatura relevante de la época la estrecha relación entre ambas preocupaciones aparece manifiesta, p.ej., en JIMENEZ ASENJO, Abolicionismo y prostitución, Justificación y defensa del Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956. Madrid, Reus, 1963 p.261 Y S.

¹⁰ Sobre el concepto y catálogo de enfermedad transmisible V. PIÉDROLA e. al., *Medicina preventiva y salud pública*, 8ª ed., Barcelona 1989, p. 305 y ss.

¹¹) SAINZ CANTERO, El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas, en *Rev. de Estudios Penitenciarios*, 1967, p.13 y ss.; BOIX REIG, Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal. Propagación maliciosa de enfermedad trans-

misible a las personas, en COBO DEL ROSAL et al., *Delitos contra la salud pública*, Univ. de Valencia 1977, p.97 y ss.

¹² Vid. BERDUGO, en MUÑOZ CONDE e.al., *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989, p. 76 y ss., con referencias

mente imposible o, al menos, dificultosa, quedando cuando menos al azar la efectiva incriminación del comportamiento sexual o de otra clase del sujeto en cuestión.

En cuanto al tipo subjetivo, el requisito de que la propagación sea "maliciosa" ha hecho entender excluida de la tipicidad no solamente la conducta imprudente, sino también la de dolo eventual. Con ello queda fuera de la incriminación la conducta criminológicamente más relevante para el bien jurídico de la salud pública: la de quien sin querer ni pretender la propagación de la enfermedad actúa a pesar de ser plenamente consciente del alto riesgo de que contagiará a otro¹³. Con ello lo que criminológicamente queda en la esfera típica es la conducta del malvado "untador" de la historia de la columna infame, tipo coincidente con el perverso introductor de las ropas del cólerico en morada ajena que tanto preocupara a GROIZARD, un personaje criminológicamente existente pero ajeno a la dañinidad específica de los delitos contra la salud pública y epidemiológicamente irrelevante, cuya conducta y desvalor, además, puede ser alcanzada sobradamente y con una pena más adecuada al grado de lo injusto por los tipos de lesiones, hoy al menos sin discusión alguna.

Como ya había advertido JIMENEZ DE ASUA en su momento, nada podía esperarse político-criminalmente de un precepto construido sobre el contagio o lesión efectiva y la malicia o dolo directo para una lucha más eficaz contra la propagación de las enfermedades transmisibles en general y, particularmente, de las venéreas.

5. LA TRANSMISIÓN DEL SIDA COMO LESIONES TÍPICAS EN EL CÓDIGO PENAL ANTERIOR Y EN EL DE 1995

Aun cuando ya lo hemos ido adelantando en la exposición conviene en este punto manifestar que la transmisión dolosa o imprudente del Sida constituye en la legislación vigente ordinariamente delito de lesiones graves del art. 421, 2º, toda vez que desapareció con la reforma de 1989 toda hipotética limitación de los medios típicos de causación. En caso de transmisión de propósito constituirá lesión muy grave del art. 418. La sentencia del T.S. de 18 de nov. de 1991 (Pon. De Vega Ruiz) confirma esta afirmación sobre la tipicidad, sin que merezca el asunto aquí otra consideración, salvo la de advertir sobre los problemas de la prueba de la relación de causalidad¹⁴ y de la posibilidad teórica de calificar la

conducta en determinados supuestos como homicidio o tentativa de homicidio¹⁵.

Otra advertencia resulta también muy procedente: La lesión típica se produce ya con la transmisión del virus, que es el agente determinante del "menoscabo de la salud" que comporta la inmunodeficiencia. Es decir, la lesión no viene constituida y no comienza sólo con las enfermedades derivadas de dicha inmunodeficiencia y con las que ésta se manifiesta, con independencia de que en términos médicos se conozcan estos síntomas como SIDA, síndrome de inmunodeficiencia adquirida¹⁶.

Lo mismo rige en el Código penal de 1995, en el que las lesiones dolosas graves como las que nos ocupan se castigan con una pena de prisión de seis a doce años, art. 149, y si son imprudentes, de uno a tres años, art. 152, con la accesoria de inhabilitación en el caso de imprudencia profesional, que interesa en nuestro tema para los supuestos de transmisión de sida por parte de personal sanitario.

6. EL CONTAGIO DE ENFERMEDADES EN LOS PROYECTOS DE REFORMA PENAL

Tanto el Proyecto de nuevo Código penal de 1980 como el Anteproyecto de 1983 dejaron de lado la previsión de un delito como el de 348 bis o similar; se vivía todavía en la fase del optimismo terapéutico que había relegado la preocupación por las enfermedades transmisibles, particularmente las sexuales. Tras la irrupción del Sida, el prelegislador no pudo sustraerse a la nueva situación y el Proyecto de 1992, ya en su versión de Anteproyecto, reflejaba la preocupación por el asunto y, si bien no recuperaba el delito de propagación, sí introducía un elemento novedoso en el delito de lesiones. Así, en el artículo 157, en el que se tipifican las lesiones más graves no se satisfacía con la cláusula más abierta para designar los medios típicos -"por cualquier medio", sino que además añadía la indicación de "incluso por contagio": "*El que causare a otro, por cualquier medio, incluso por contagio,... una grave enfermedad somática,... será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años*". Del debate parlamentario puede destacarse que los grupos de Euzkadiko Ezquerria e Izquierda Unida propugnaron la supresión de este inciso (EM. 290 Y 711), mientras el Grupo Popular propuso su inclusión en los demás tipos de lesiones (Enm. 1001 Y 1004).

¹³ Sólo LUZON PEÑA acepta que el término malicia admita el dolo eventual, en Problemas de la transmisión y prevención del sida en Derecho penal español, en *JANO XLIV* (1993), p. 66. Cuestión distinta es la que plantea la tesis general de CEREZO MIR para quien el término malicia comprende todas las clases de dolo, vid. Curso de Derecho penal español, 1, 3ª ed., p. 363 Y 376 Y ss.

¹⁴ Vid. BOTTKE, en SCHÜNEMANN, ob. cit. p. 180, con referencias; LUZON PEÑA, Problemas de la transmisión..., cit., p. 60.

¹⁵ Vid. SCHÜNEMANN, ob. cit. p. 483 Y ss.; LUZON PEÑA, cit., p.61.

¹⁶ Así ROMEO CASABONA, C., Prevención médico-sanitaria de la transmisión del Sida, en *JANO, XLIV* (1993), p. 84, con referencias en nota. Una información básica sobre los aspectos biomédicos del problema con completas referencias puede encontrarse en NAJERA, R., SIDA. De la Biomedicina a la sociedad. Madrid 1992.

La cláusula en cuestión, en términos puramente técnicos, era pura tautología, pues si ya resultaba típica la causación de una enfermedad grave "por cualquier medio", la adición del contagio nada añade a lo anterior, salvo alguna confusión, como la que indujo a creer al Grupo Popular que la hipótesis del contagio estaba excluida en los restantes tipos de lesiones. Sin duda alguna la tautología responde a la preocupación por dar alguna respuesta penal al problema del Sida, y se escogía una respuesta puramente simbólica como era la mencionada.

El Proyecto de 1994 se sustrajo por completo a cualquier tentación y, en consecuencia, el nuevo Código de 1995 carece de alusión al contagio en los delitos contra la vida y contra la salud, así como del delito de contagio contra la salud pública. Sin embargo, es bien probable que el debate esté tan sólo aletargado, por lo que conviene reproducir su esencia, de tal modo que los argumentos se encuentren disponibles cuando cualquier caso de los que producen alarma social despierte las propuestas criminalizadoras.

7. SOBRE LA INCONVENIENCIA DE CASTIGAR CONDUCTAS QUE COMPORTEN MERO RIESGO DE CONTAGIO DE SIDA y EL ACIERTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

La pregunta que se formularon los legisladores fue la siguiente: ¿en la lucha contra el sida resulta de justicia, de necesidad o de conveniencia alguna solución distinta a la que deriva del texto de los delitos de lesiones? o ¿resulta necesario un tipo penal que castigue la conducta que comporte mero riesgo de transmisión del sida? Algunos autores, españoles y extranjeros, han propuesto con diversas variantes la creación de un tipo de puesta en peligro que castigue al portador del Sida y a cualquier persona que ponga a otra en grave peligro de contagio de esta enfermedad. Se trata, en definitiva, de la recuperación de la vieja propuesta del delito de peligro de contagio venéreo, ampliado para captar además de la transmisión por vía sexual las restantes vías de transmisión del Sida hoy reconocidas¹⁷.

La Ciencia del Derecho penal ha desarrollado un complejo argumental teórico para responder razonablemente y no por mera intuición a la cuestión de la justicia y la utilidad del castigo, cuyo principio más general es preci-

samente el postulado de que el castigo penal ha de ser justo y, a la vez, socialmente útil o conveniente¹⁸.

Parece evidente que sería justo, o proporcionado, el castigo de quien olvidando el cuidado debido a la salud de los demás realiza una conducta que es sabido que pone en grave peligro la salud o la vida de otro, como es la del portador del virus del Sida que mantiene con otro relaciones sexuales sin protección y con 'desconocimiento por éste de su infección (I), o la del que proporciona a otro un instrumento contaminado y para un uso adecuado a transmitir el Sida, como el toxicómano seropositivo que cede a otro la jeringuilla por él usada (II), o la del profesional sanitario que interviene a un paciente con instrumentos o sustancias sin asegurar su no contaminación por el virus, o que sabiéndose portador de vrn realiza por sí mismo prácticas invasivas que poseen riesgo de autolesiones originarias de infección (III). Las tres conductas presentan un desvalor y un grado de riesgo para la vida y la salud merecedor de castigo penal, equivalente, al menos, al que conduce su automóvil temerariamente en una carretera de escasa visibilidad. Si la función del Derecho penal se justificara y fundamentara tan sólo en el hacer justicia, en dar a cada cual lo que se merece, podría aceptarse la incriminación de conductas como las mencionadas.

Pero para que sea legítima una incriminación tiene que ser, además de justa, útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la *política general de contención de la extensión del Sida*, que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas a producir contagio y el número de nuevos infectados. Elementos clave de dicha política son: instruir a los portadores conscientes del virus para realizar su vida social con exclusión de prácticas de riesgo; detectar a los portadores no conscientes para que se cercioren de ello y adopten pautas que excluyan las prácticas de riesgo; aleccionar a los no portadores que tienen prácticas de riesgo a que adopten las medidas que permitan neutralizar éste.

Pues bien, en términos sociales, que atienden a la tipología de sujetos y grupos antes catalogados (I, II, III) que se encuentran en las situaciones que se acaban de indicar, no puede estimarse que la incriminación de las prácticas de riesgo comporte un efecto motivador de la renuncia a las mismas. Es más, es altamente probable que dicha incriminación comporte una inmersión de los portadores conscientes y, más aun, de los que no tienen la seguridad de ello, en la "clandestinidad" frente a la terapia, frente a la detección de la enfermedad, en definitiva frente al acceso a la información y a la responsabilidad individual frente a sí mismos y respecto de los demás.

¹⁷ Entre nosotros LUZON PEÑA, MIR PUIG Y SIL V A SANCHEZ, en MIR PUIG (ed.) Problemas jurídico penales del Sida, Bosch, Barcelona 1993; su texto concreto puede verse en p. 173 y ss.

¹⁸ Una buena síntesis sobre la teoría de la legitimación de la incriminación en la actualidad v. en SILVA SANCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992, esp. p. 285 y ss.

Todo ello como consecuencia no sólo de que el peso de la pena *natural* se incrementa con el de la legal, sino sobre todo del efecto estigmatizante y marginador propio de la intervención penal, tremendamente desmoralizador. La suma del castigo a la situación de desesperanza es el camino inverso a la autoresponsabilidad. Esta requiere información, formación y solidaridad.

Con razón afirma Arthur KREUZER que "mientras no haya procedimientos sanitarios o de prevención efectivos, mientras no se pueda excluir el resultado mortal, se buscarán sencillamente cabezas de turco y soluciones sustitutivas y aparentes y se traficará con el tentador activismo de la política criminal"¹⁹. La lucha contra el Sida nada tiene que esperar de medidas penales extraordinarias, distintas de las comunes hoy vigentes con el nuevo Código de 1995 para la protección de la vida y la salud.

Esta es la conclusión a la que llego, y por si fuera necesaria aún alguna justificación más, terminaré con una nueva cita al príncipe renacentista: Tras la célebre descripción de los estragos de la peste en Florencia en 1348, lo que más impresionaba a Boccaccio - como ha sabido ver Fernando SAVATER²⁰ - no eran, con ser terribles, los perjuicios físicos, el súbito brotar de la enfermedad, la dolorosa y acelerada agonía, el hacinamiento de los muertos, la amenaza funesta del contagio... No, lo que le resultaba aterrador era la degradación moral de una ciudad unida por fuertes lazos éticos y de civilización: las fúnebres francachelas de los supervivientes, escalofriantemente entregados al *Carpe diem*, la insolidaridad con los apesadados, los padres huyendo de los hijos, los cónyuges olvidando sus mutuos deberes de asistencia, la inoperancia de toda organización pública... La solidaridad y la responsabilidad son hoy el único instrumento de política social contra la plaga de nuestro tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

BOIX REIG, J., **Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal (Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)**, en AA VV, **Delitos contra la salud pública**. Universidad de Valencia 1977, p. 96 y ss.

FRANCOS RODRIGUEZ, **El delito sanitario**, Madrid 1920.

GÜNTER, A.F., **Die Strafbarkeit des AIDS-Infizierten beim sexuellen Verkehr** Disertación, Kiel 1988.

HORMAZABAL MALARE, H., **Sida y Derecho penal**, en *Cuadernos Jurídicos*, 1, 1992, p.6 y ss.

JIMENEZ DE ASUA, **Libertad de amar y derecho a morir**, Buenos Aires, 7ª ed. 1984 (La última revisión del autor es de 1946).

JIMENEZ ASENJO, **Abolicionismo y prostitución. Justificación y defensa del D.L. de 3 de marzo de 1956**, Madrid 1963.

KREUZER, A., **El Sida y el Derecho penal. Anotaciones de Criminología para la discusión de Derecho penal y Política Criminal**, en "*Papers d'estudis iformació*" n° 6 (1991).

LUZON PEÑA, D.M., **Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español**, en *JANO*, XLIV (1993), p. 59 y ss.

MIR PUIG, S., (Ed.) **Problemas jurídico penales del sida**, Bosch, Barcelona 1993, con contribuciones de LUZON PEÑA, SILVA SANCHEZ, SCHÜNEMAN, HERZBERGER y BURGSTALLER.

NAJERA, R., **SIDA. De la Biomedicina a la sociedad**. Madrid 1992.

PRITTWITZ, **Aids Bekämpfung - Aufgabe oder selbsaufgabe des Strafrechts?**, en *Kritische Justiz*, 1988, p. 304 y ss.

ROMEO CASABONA, C., **Prevención médico-sanitaria de la transmisión del Sida**, en *JANO*, XLIV (1993), p. 83 y ss.

SAINZ CANTERO, **El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas**, en *Rev. de Estudios Penitenciarios*, 1967, p.13 y ss.

SCHEUERL, W., **Aids uns Strafrecht**, Munster y Hamburgo. 1992.

SCHÜNEMANN / PFEIFFER (EdiL). **Die Rechtsprobleme von AIDS**, Nomos, Baden-Baden 1988.

SILVA SANCHEZ, J.M., **El Sida en la cárcel: Algunos problemas de responsabilidad penal**, en *La Ley*, 1-12-1992.

VINCENEAU, M., (Coord.) **Le SIDA. Un défi aux droits**, Bruselas. 1991.

¹⁹ El Sida y el Derecho penal. Anotaciones de criminología para la discusión de Derecho penal y de política criminal, en "*Papers d'estudis iformació*" n° 6 (1991).

²⁰) Vid. Apóstatas razonables, Madrid 1990, p. 50.

