

Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva.
Comentario a la STS 690/2019, de 11 de marzo, por Marta
PANTALEÓN DÍAZ y Manuel CANCIO MELIÁ

Decisiones estratégicas delictivas y *bis in idem* en entramados
empresariales internacionales. Comentario a la STS 710/2021,
de 20 de septiembre, por Raquel MONTANER FERNÁNDEZ

Sobre la justificación de la reacción defensiva de los agentes
de policía. Comentario a la STS 959/2021, de 10 de diciembre,
por Francisco FERNÁNDEZ PERALES

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva*

Comentario a la STS 690/2019, de 11 de marzo

Marta Pantaleón Díaz y Manuel Cancio Meliá
Universidad Autónoma de Madrid
marta.pantaleon@uam.es; manuel.cancio@uam.es

-

1. Introducción

La STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), ponente Pablo Llarena Conde, es el pronunciamiento más reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la posible responsabilidad penal derivada de contagios de VIH producidos como consecuencia de una actividad sexual consentida¹. El interés de la resolución reside a nuestro juicio —amén de su novedad en cuanto al supuesto concreto, como se verá—, en primer lugar, en que se trata, hasta donde alcanzamos, de la primera sentencia en la que la Sala Segunda ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre un supuesto en el que la persona contagiada *conocía* (*rectius*: no se ha probado que no conociera) la condición de seropositiva de su pareja y mantuvo, a pesar de ello, relaciones sexuales con ella sin preservativo. En segundo lugar, en su resolución, el Tribunal Supremo explicita con especial claridad la asunción en su jurisprudencia de la doctrina de la diferenciación entre auto- y heteropuesta en peligro desarrollada por ROXIN, en particular, en lo que se refiere a la posibilidad de equiparación entre ambas. Finalmente, en tercer lugar, la Sala desarrolla su doctrina en relación con la carga de la prueba en relación con elementos de hecho que eliminan el injusto.

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la acusadora particular —una mujer anonimizada como «Clemencia»— contra la SAP Madrid 286/2018, Sección 26^a, de 16 de abril (ECLI:ES:APM:2018:7398), ponente Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias), en la que se absuelve al acusado —un hombre anonimizado como «Luciano»²— del delito de lesiones

* Agradecemos a Jaime Cancio Fernández (*Albert Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau*) su ayuda en la búsqueda de material bibliográfico.

¹ Las resoluciones de la Sala al respecto no han sido precisamente abundantes. Entre las anteriores a la aquí comentada, cabe destacar la STS 528/2011, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3527), ponente José Manuel Maza Martín; y la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7857), ponente Carlos Granados Pérez —ambas citadas por la que aquí comentamos—, a las que nos referiremos más adelante.

² Respectivamente, «Rebeca» y «Leonardo» en la sentencia de instancia.

agravadas (art. 149.1 CP) imputado, entre otros³, por las acusaciones⁴. Los hechos probados de los que parten ambas sentencias son, en esencia, los siguientes: Luciano había sido diagnosticado por infección de VIH desde el 15 de julio de 2004. En el año 2012 inició una relación sentimental con Clemencia, con la que convivió un año y medio en la ciudad de Madrid, hasta el mes de septiembre de 2014. En el mes de septiembre de 2013, se diagnosticó a Clemencia que era portadora del VIH, virus que le había transmitido Luciano, en el curso de las prácticas sexuales que ambos mantenían. No ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía Luciano y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con él sin tener conocimiento de tal extremo.

La fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial es extremadamente parca. La mayor parte de su motivación se centra en justificar la existencia de una duda razonable sobre si Clemencia conocía o no la enfermedad de Luciano, enumerando una serie de elementos de prueba que contradicen la declaración de Clemencia de que ignoraba que Luciano se encontrase infectado. Acto seguido, la Audiencia se limita a afirmar que

«de los diversos hechos en que se funda la acusación el único que se ha sido probado es que la denunciante mantuvo una relación sentimental con el procesado y que a consecuencia de las relaciones sexuales que mantenían se contagió del virus (VIH) del que era portador, aunque sin que se haya establecido que [Clemencia] fuera desconocedora de la patología que padecía su compañero sentimental. Por todo ello, hemos de concluir que los hechos que se han sometido a nuestra consideración, tal y como resultan de la prueba practicada en el acto del juicio, son impunes».

Se asume, por tanto, que la tipicidad de la conducta de Luciano presupondría el desconocimiento de la enfermedad por parte de Clemencia, pero no se explica por qué.

Clemencia recurre la sentencia por infracción de ley, alegando que la Audiencia debería haber considerado a Luciano responsable de un delito de lesiones agravadas, con independencia de que Clemencia conociera o no el riesgo, «sin que el consentimiento que ella pudiera haber prestado tenga otra consecuencia que rebajar en uno o dos grados la pena legalmente prevista para el acto lesivo enjuiciado (art. 155 Código Penal)»⁵. En su sentencia, el Tribunal Supremo admite que la absolución de Luciano, en efecto, no puede basarse en que el consentimiento de Clemencia exima al primero de responsabilidad por una conducta *típica* de lesiones agravadas: si el comportamiento de Luciano fuera típico, el consentimiento de Clemencia solo podría tener eficacia atenuante. No obstante, lo que viene a negar la Sala Segunda —confirmando, así, el criterio (implícito) de la Audiencia Provincial— es precisamente que la conducta de Luciano sea

³ A Luciano se lo acusaba también de un delito de maltrato de obra en el ámbito de la violencia contra la mujer (art. 153.1 y 3 CP), con base en hechos que no llegaron a acreditarse; y de un delito de tenencia de arma prohibida (art. 563 CP), al haber encontrado la policía una navaja de 24 cm. de largo y 22 cm. de filo en el bolsillo de su pantalón. Respecto de esta última acusación, la Audiencia Provincial consideró atípica la conducta de Luciano, argumentando que «la posesión de una navaja en el interior del domicilio, en el bolsillo del pantalón y sin exhibir la misma, no es constitutiva de infracción penal. [...] [C]uando la tenencia no es pública, no representa un peligro potencial e inmediato para la seguridad colectiva» (SAP Madrid 286/2018, Sección 26ª, de 16 de abril (ECLI:ES:APM:2018:7398), FJ 1º).

⁴ El Ministerio Fiscal defendió esta calificación en sus conclusiones definitivas ante la Audiencia, pero después se adhirió al criterio de la primera sentencia, impugnando, junto con Luciano, el recurso de casación interpuesto por Clemencia.

⁵ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º.

típica. El Tribunal identifica correctamente, el objeto de la controversia: el caso no plantea un problema de consentimiento, sino uno de *imputación objetiva*⁶.

A partir de este punto, el razonamiento de la Sala se vuelve algo más difícil de seguir. Comienza por rechazar las posiciones de los sectores doctrinales que, con independencia de que concurra la cooperación a una autopuesta en peligro o una heteropuesta en peligro consentida,

«[c]onsideran que el resultado lesivo es plenamente atribuible al ámbito de responsabilidad de la víctima [...] siempre que: la actividad se organice con ella; la víctima sea autorresponsable; y el tercero no tenga un especial deber de protección respecto de los bienes de la víctima que resulten afectados»⁷.

Por el contrario, para el Tribunal,

«concurren razones que justifican que en los supuestos de heteropuesta en peligro el tercero pueda ser tratado de manera distinta a los supuestos de autolesión, pues por más que en ellos la víctima preste su consentimiento a involucrarse en la actividad finalmente lesiva, es evidente que el lesionado no desencadena por sí mismo el proceso de riesgo que tendrá después un desarrollo imprevisible, ni en la mayor parte de las ocasiones podrá evaluar el riesgo en toda su dimensión, ni tampoco controlarlo o cancelarlo después, de modo que el individuo transfiere al tercero toda la capacidad para dominar o desistir de la situación»⁸.

Acto seguido, la Sala reconoce las dificultades que la aplicación de este criterio supone en casos como el enjuiciado, en la medida en que

«el criterio del dominio del hecho puede ser decisivo para una distinción entre la cooperación con una impune autopuesta en peligro (lesión realizada por propia responsabilidad) y la lesión causada por el comportamiento de riesgo de un tercero, pero en cambio no puede alzarse como elemento diferencial en todos aquellos supuestos en los que existe un *dominio compartido del riesgo* entre el tercero y la persona puesta en peligro»⁹.

El Tribunal termina —por razones que no se explicitan— por calificar la relación sexual de riesgo como una *heteropuesta en peligro consentida*. No obstante, señala que

«[c]omo sostienen relevantes sectores doctrinales, la heteropuesta en peligro consentida comporta una restricción teleológica del tipo de lesiones cuando el peligro equivalga, en su aspecto sustantivo, a una normalmente impune autopuesta en peligro con cooperación de terceros. Una equiparación que precisa de la comunión de los elementos que desdibujan la responsabilidad del autor con la del propio lesionado, concretamente: a) Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo; b) Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor; c) Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y d) Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo. Lo que es plenamente predicable respecto de aquella persona que, conociendo la patología contagiosa de otro, decide voluntaria y

⁶ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º, punto 4. Sobre la diferencia entre ambas perspectivas y la inadecuación de la primera para abordar la resolución de este grupo de casos, véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 147-178.

⁷ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º, punto 4; la fórmula que el TS sintetiza se encuentra en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 286.

⁸ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º, punto 4.

⁹ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º, punto 4 (énfasis en el original).

libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor[a de] que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad»¹⁰.

Así pues, en la medida en que Clemencia conociera la enfermedad de Luciano y consintiera libremente en mantener relaciones sexuales con él de todos modos, habría existido una heteropuesta en peligro consentida *equivalente* a la participación a una autopuesta en peligro y, por tanto, impune. De acuerdo con el Tribunal, al existir una duda razonable sobre si Clemencia sabía o no que Luciano estaba infectado, el principio *in dubio pro reo* impide condenar a este último¹¹.

En lo que sigue, analizaremos algunos de los problemas fundamentales que plantea esta resolución. Comenzaremos por un breve recordatorio de los caminos que ha tomado la reacción del sistema penal a los supuestos de contagio de VIH mediante contactos sexuales (apartado 2). Luego podremos examinar el objeto central de la controversia: la repercusión que la posible conducta autorresponsable de Clemencia tiene sobre la imputación objetiva a Luciano de las lesiones padecidas por la primera, suponiendo (*in dubio pro reo*) que Clemencia hubiera conocido el riesgo al que se exponía manteniendo relaciones sexuales con Luciano (apartado 3). Acto seguido, nos ocuparemos de una cuestión que no llega a plantearse en la sentencia comentada —pero sí en otras sobre hechos similares—, porque su examen solo procedería en caso de que se afirmara la imputación objetiva del delito de lesiones: su imputación subjetiva a Luciano, a título de dolo o de imprudencia (apartado 4). Por último, analizaremos el aspecto procesal del problema que aquí se suscita: ¿ha de beneficiar al reo, como se afirma en la sentencia, la duda razonable sobre la concurrencia de una causa de atipicidad (aquí, el conocimiento de la enfermedad por parte de Clemencia)? (apartado 5). El trabajo finaliza con una breve recapitulación a modo de conclusiones (apartado 6).

2. VIH y responsabilidad penal

Cuando comenzó a plantearse la cuestión de la posible responsabilidad penal por transmisión del VIH, surgió una verdadera explosión de manifestaciones en la bibliografía en la que se discutían, ante todo, dos vías de reacción. Por un lado, ante la alarma generada (y fomentada desde algunos sectores políticos y sociales) por la nueva enfermedad¹², se propuso la opción *de lege ferenda* de establecer normas penales específicas para comportamientos sexuales llevados a cabo por personas infectadas con el VIH, esto es, en la terminología habitual, la creación de delitos de riesgo específicos. Esta opción —frecuentemente de carácter claramente populista-punitivo— ha sido llevada a la legislación positiva en un sorprendentemente alto número de ordenamientos jurídicos¹³, a pesar de que parece y parecía muy claro que no pudo ni puede

¹⁰ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º, punto 4.

¹¹ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 2º.

¹² Desde el principio, hubo quien se manifestó de modo muy crítico frente al protagonismo que asumió en la discusión el tratamiento penal de estos casos; véase solo HERZOG/NESTLER-TREMEL, «Aids und Strafrecht - Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?», *Strafverteidiger*, (8), 1987, pp. 360 ss.; PRITTWITZ, «Aidsbekämpfung - Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts?», *Kritische Justiz*, (21-3), 1988, pp. 304 ss.

¹³ Compárese la información sobre diversos Estados en Europa del Este, en África Occidental y 24 Estados de los EE.UU. reunida en PÄRLI/MÖSCH PAYOT, «Der strafrechtliche Umgang mit HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen. Teil 2: Rechtsvergleich, menschenrechtlicher Kontext und präventionspolitische Aspekte», *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle*, (10), 2009, pp. 1290 ss. Sobre la situación en el Reino Unido, que aplica también una disposición específica para la transmisión de enfermedades del s. XIX, véase el análisis crítico de WEAIT, «Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: *R. v. Dica*», *The Modern Law Review*, (68-1), 2005, pp. 121 ss. Respecto de Suiza

contribuir a contener la expansión del patógeno, sino que, al contrario, más allá de la estigmatización de las personas portadoras, incluso puede ser un factor que contribuya a la difusión del virus¹⁴. Por otro lado, en otras jurisdicciones —como España o Alemania— no se dio tal paso¹⁵, pero también se generó un muy amplio debate en torno al papel del Derecho penal en el ámbito del contagio del VIH mediante contactos sexuales, referido aquí al papel de los delitos de lesión (homicidio y lesiones) ya existentes. Teniendo en cuenta que, en los primeros años, la infección con VIH conducía tarde o temprano al desarrollo del síndrome de inmunodeficiencia, y, con ello, a medio o (sobre todo) largo plazo, a la muerte de la persona infectada, se debatió ampliamente, en Alemania y en España, sobre los problemas de imputación que se generaban respecto de la producción de la muerte, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo. Al principio se trataba de una discusión técnicamente muy especulativa —y socio-políticamente extraordinariamente intensa, debido al enorme impacto que tuvo al principio la aparición del virus—, puesto que los medios de prueba sobre el curso (y origen) de la infección eran muy limitados, y los plazos de producción de la muerte, extraordinariamente largos en la mayoría de los supuestos.

El desarrollo de la ciencia médica cambió en los años siguientes, como es sabido, la situación para el análisis jurídico-penal: aunque aún no existe una vacuna para el VIH, en primer lugar, los análisis genéticos del virus permiten ahora generar prueba forense de un determinado curso del contagio, esto es, identificar claramente quién contagió a quién. En segundo lugar, el desarrollo de terapias cada vez más efectivas para el control del virus después de la infección (accesibles a la ciudadanía con carácter general en los llamados *países desarrollados*, aunque no en muchos otros), impidiendo así el surgimiento del síndrome de inmunodeficiencia, han convertido al hecho de resultar contagiado en una especie de latencia crónica controlable mediante el tratamiento antivírico. Dos fueron las consecuencias de esta evolución para el tratamiento jurídico-penal: por un lado, pudieron plantearse procesos penales por supuestos de contagio que no se enfrentaran a dificultades insuperables de prueba. Por otro, la calificación de la conducta de contagio se trasladó, en los ordenamientos sin normas específicas, esto es, para las infracciones de resultado contra vida y salud, a los delitos de lesiones corporales en lugar de la discusión en torno al homicidio y los resultados tardíos. En el caso de España (y en Alemania¹⁶),

(donde existe en el art. 231 del Código Penal un delito de “propagación de una enfermedad humana peligrosa”), véase PÄRLI/MÖSCH PAYOT, *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle*, (10), 2009, pp. 1262 ss. En cuanto a otros países de Europa Occidental compárense los datos *ibidem*, pp. 1290 ss.

¹⁴ Véase, por ejemplo, desde la perspectiva médica la crítica de BURRIS/CAMERON, «The case against criminalization of HIV transmission», *Journal of the American Medical Association*, (300), 2008, pp. 578 ss. En Alemania se manifestó en el mismo sentido el Consejo Asesor Nacional para el SIDA en el Ministerio Federal de Salud, véase «Der Nationale AIDS-Beirat äußert sich zur Frage einer strafrechtlichen Bewertung einer HIV-Übertragung bei einvernehmlichen Sexualverkehr», *MedizinrechtR*, (31-6), 2013, p. 362; también LOUTFY/TYNDALL/BARIL et al., «Canadian consensus statement on HIV and its transmission in the context of criminal law», *Canadian Journal of Infectious Diseases and Medical Microbiology*, (23-3), 2014, pp. 135 ss. Valorando la introducción de normas específicas como política pública contraproducente y recomendando usar las normas penales ya existentes para los casos más graves de transmisión maliciosa, JÜRGENS/COHEN/CAMERON et al., «Ten reasons to oppose the criminalization of HIV exposure or transmission», *Reproductive Health Matters*, (17-34), 2009, pp. 163 ss.

¹⁵ Aunque hubo posiciones favorables a hacerlo; véase por ejemplo la posición de LUZÓN PEÑA/MIR PUIG/SILVA SÁNCHEZ, «Propuesta de un precepto contra la transmisión del SIDA», en MIR PUIG (dir.), *Problemas jurídico-penales del SIDA*, 1993 pp. 175 ss.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991, pp. 243 ss.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la resolución comentada por JAHN, «Ungeschützter Geschlechtsverkehr eines HIV-Positiven als gefährliche Körperverletzung», *Juristische Schulung*, (8), 2007, pp. 772 ss. La calificación a la que se recurre por parte de los tribunales alemanes es la del delito lesiones corporales peligrosas (§§ 223 párr. 1, 224 párr. 1 n° 5 StGB; véase SCHNEIDER, «§ 212», *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed., 2021, nms. 57 ss.; TEUMER, «Neues zum Thema Aids und Strafrecht», *Medizinrecht*, [28-1], 2010, pp. 11 ss.). Respecto de la situación en Canadá y Brasil, países que tampoco han introducido infracciones específicas para el contagio del VIH, DEJ/KILTY, «“Criminalization Creep”:

como es sabido, esta ha sido la opción acogida: la de considerar que aún el mero hecho de portar el virus, esto es, la latencia de la enfermedad, puede ser calificada, en el sentido del art. 149 CP, como una lesión agravada en la modalidad de una “grave enfermedad” somática, ya que aun con la significativa mejora en la calidad de vida de las personas portadoras por el desarrollo de la moderna terapia antivírica, lo cierto es que no carece de efectos secundarios, y el mero hecho de ser portador afecta, como es obvio, de modo muy significativo a la vida sexual de la persona, de modo que cabe sostener que la afectación permanente a la salud que pretende aprehender el delito de lesiones agravadas por el resultado se ubica en las mismas dimensiones de gravedad que otras previsiones legales que dan lugar a la cualificación¹⁷.

3. Imputación objetiva: autorresponsabilidad y fenomenología

Como antes se ha indicado, el Tribunal Supremo usa —al igual que, como es sabido, ha hecho en otras ocasiones— la doctrina de la diferenciación entre auto- y heteropuesta en peligro, específicamente en la versión desarrollada por su creador, ROXIN. A continuación, en primer lugar, han de exponerse sintéticamente los contenidos de esta aproximación, para mostrar que, efectivamente, la resolución comentada sigue fielmente el planteamiento de este autor, y, en particular, en cuanto a los requisitos de la equiparación entre auto- y heteropuesta en peligro. En segundo lugar, se formulan —igualmente, de modo muy breve— las críticas que desde el punto de vista aquí asumido cabe formular frente a esta construcción doctrinal. Finalmente, en tercer lugar, podrá proponerse una sintética valoración de la solución concreta ofrecida por la sentencia para resolver la cuestión central de la tipicidad objetiva en el supuesto de hecho objeto de juicio.

3.1. La construcción de ROXIN y su aplicación a los supuestos transmisión de VIH en relaciones sexuales

Como es generalmente conocido, una de las (muchas) aportaciones relevantes a la dogmática jurídico-penal de ROXIN está en la teoría de la imputación objetiva, fundada y desarrollada por él en la forma que hoy tiene desde los años setenta partiendo del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁸. Respecto de la ulterior evolución de esta doctrina (tanto por parte de su creador y de muchos otros autores como en la *praxis* judicial de distintas jurisdicciones), cabe afirmar que el problema concreto a tratar aquí, esto es, la cuestión de cuáles deben ser las

A Brief Discussion of the Criminalization of HIV/AIDS Non-disclosure in Canada», *Canadian Journal of Law and Society*, (27), 2012, pp. 55 ss.; MARTINS/KEHL MALUF, «Contaminação dolosa da SIDA por meio de relações sexuais: legitimidade da tutela jurídica e limite de intervenção em face dos princípios constitucionais e da dignidade da pessoa humana», *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, (10-18), 2018, pp. 133 ss.

¹⁷ Véase solo CANCIO MELIÁ, «Lesiones», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2021*, 2020, nms. 7362, 7424 ss., 7435.

¹⁸ Véase la teoría en su conjunto en ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 11. Respecto del ulterior desarrollo de la doctrina por GRECO en la quinta edición del manual ahora de ROXIN/GRECO (2020), compárese por todos JAKOBS, «Buchbesprechung: Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Aufl., 2020», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-1), 2021, pp. 53, 54 s. Sobre la influencia de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de diversos países en casos de intervención de la posible víctima, véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 376 ss. Acerca del impacto en América Latina de la doctrina de la imputación objetiva en su conjunto, véase CANCIO MELIÁ, «La teoría de la imputación objetiva, Claus Roxin y América Latina: presente y futuro», *Libertas*, (5), 2016, pp. 17 ss. En cuanto a la fundamentación —en la aproximación de la doctrina dominante— de la teoría con base en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, véase por todos ROXIN, «Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-12), 2011, pp. 678, 681 s. Sobre génesis y desarrollo dogmático de la doctrina, antes y después de ROXIN, véase solo CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 2001, pp. 28 ss.

consecuencias a extraer del hecho de que el titular (responsable) de un bien jurídico —la posible “víctima”— haya intervenido en un contexto de riesgo junto con otra persona —el posible “autor”— para la tipicidad de la conducta de este último (mediante la exclusión de la imputación objetiva) es el grupo de casos —esto parece evidente incluso sin un análisis cuantitativo— que mayor espacio ha ocupado en doctrina y jurisprudencia¹⁹, y también el ámbito en el que se ha generado mayor interés fuera del análisis técnico-jurídico por la teoría de la imputación objetiva.

La solución diseñada por ROXIN para el problema de la intervención de la “víctima” junto con otro sujeto en el contexto de riesgo que acaba lesionándola parte de la idea de que de lo que se trata —por decirlo de un modo muy genérico, de momento— es de discernir cuándo la persona lesionada ocupa una posición central en lo que acontece (en tal caso, se trataría de una “participación en una autopuesta en peligro”, en principio, impune, ya que la conducta del otro interviniente sería atípica por no resultar objetivamente imputable), y cuándo es otro agente en el suceso quien debe ser considerado como ese agente central (y entonces, la conducta del sujeto no lesionado sería una “heteropuesta en peligro consentida”, en principio, punible, al resultar objetivamente imputable, típica)²⁰. Esta tesis comenzó a construirse en uno de los trabajos que mayor impulso dieron a la teoría de la imputación objetiva²¹. En el marco de su análisis de diversas cuestiones de la imputación del resultado, ROXIN fundamenta la fórmula dogmática que propone en el despliegue de la idea del fin de protección de la norma como principio metodológico rector²², en un primer paso, con base en el hecho de que, en Derecho penal alemán, la mera participación en un suicidio ajeno no es punible. En este sentido, rechaza aproximaciones anteriores al problema que hacían uso de una concepción estática de la prohibición de regreso u otros mecanismos de “interrupción” de la relación causal, puesto que, en su opinión, los esquemas aplicados para delimitar autoría y participación en el delito doloso no podrían ser de aplicación en el caso de un hecho imprudente²³. Llega a la conclusión de la impunidad para estos supuestos por otra vía: sobre la base de la reflexión de que el fin de protección de la norma del delito imprudente no abarca los supuestos de un mero fomento, de una intervención secundaria en una autopuesta en peligro²⁴. Pues si en Derecho alemán es impune la participación en una autolesión cuasidolosa (para la “víctima”), esto es, la intervención causal en un suicidio ajeno no es abarcada por el fin de protección de la norma de un delito de homicidio, mucho menos podría ser el caso tratándose de la participación en una mera autopuesta en peligro, que por regla general sólo daría lugar respecto de la lesión del bien jurídico a imprudencia²⁵. En su opinión, es necesario deslindar estos supuestos de los casos —en principio punibles— de heteropuesta en peligro, en los que el titular del bien jurídico se expone con pleno conocimiento de la situación fáctica a un riesgo creado por otra persona²⁶.

¹⁹ Así, ROXIN afirma que aquí estaría «el mayor éxito que hasta el momento ha podido alcanzar la teoría de la imputación objetiva en la *praxis* jurídica alemana» (ROXIN, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *Chengchi Law Review*, [50], 1994, p. 225).

²⁰ Compárese al respecto últimamente, por todos, FRISCH, «Das Opfer in der Straftatdogmatik. Gedanken zu Einwilligung, Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-2), 2021, pp. 65 ss., 78 ss., 83 ss.

²¹ ROXIN, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en LACKNER (ed.), *FS-Gallas*, 1973, pp. 243 ss.

²² ROXIN, en *FS-Gallas*, p. 251.

²³ ROXIN, en *FS-Gallas*, pp. 245 ss.

²⁴ ROXIN, en *FS-Gallas*, p. 246.

²⁵ ROXIN, en *FS-Gallas*, p. 246.

²⁶ ROXIN, en *FS-Gallas*, pp. 249 ss.; últimamente EL MISMO, «Die einverständliche Fremdgefährdung - eine Diskussion ohne Ende?», *Goltdammer's Archiv für StrafrechtA*, (165-5), 2018, pp. 250 ss.

De acuerdo con la posición de ROXIN, son casos de autopuesta en peligro los supuestos de hecho en los que hay una competición irregular entre dos conductores de motocicletas (en cuanto a los participantes, claro)²⁷ o de la entrega de estupefacientes²⁸, mientras que lo son de heteropuesta en peligro supuestos como el del cruce del río Memel (en el que se trataba de una travesía muy peligrosa por las condiciones climáticas, habiendo insistido los pasajeros al barquero en emprender el cruce)²⁹ o el del copiloto en un trayecto peligroso³⁰. En estos casos, como se ha anticipado, para ROXIN en principio la solución debe ser distinta que en los casos de autopuesta en peligro, siendo la conducta de quien pone en riesgo al otro sujeto objetivamente imputable y típica, porque desde una perspectiva político-criminal, resultaría inadecuada una impunidad general de la heteropuesta en peligro consentida³¹.

Sin embargo, desde el principio, ROXIN abrió la posibilidad de que haya casos de heteropuesta en peligro en los que debe excluirse la imputación objetiva: como sintetiza la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia objeto de análisis³², en los supuestos en los que la “víctima” aprehende el riesgo del mismo modo que quien lo crea, el daño sufrido deriva del riesgo asumido por ella y el lesionado tiene la misma responsabilidad respecto del riesgo que el otro interviniente³³. Por lo tanto, la clasificación del material de casos en las dos categorías de auto- y heteropuesta en peligro no es más que un primer paso en la solución de los casos problemáticos: en el marco del tercer nivel de su concepción de la teoría de la imputación objetiva (creación de un riesgo típico, realización del riesgo, alcance del tipo), el nivel de análisis del “alcance del tipo”³⁴, se introducen otros muchos criterios, con base en la enorme riqueza del material de casos que ofrece la *praxis*, para argumentar a favor o en contra de la tipicidad del comportamiento³⁵.

Como antes se ha destacado, hay un peculiar *punto ciego* en la resolución aquí comentada: el Tribunal Supremo asume tácitamente que los supuestos en los que la actividad de riesgo conjunta consiste en un contacto sexual deben ser clasificados como supuestos de heteropuesta en peligro. Sin embargo, precisamente en este ámbito —como reconocen desde el principio tanto el propio

²⁷ Como, por ejemplo, en BGHSt 7, pp. 112 ss.; compárese al respecto ROXIN, *ATI*, § 11/87. Véase un supuesto similar en la jurisprudencia española en STS 1149/1986, Penal, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:1986:4934), ponente Francisco Soto Nieto.

²⁸ Como, por ejemplo, en BGH NStZ 1984, pp. 452 ss.; compárese ROXIN, *ATI*, § 11/89. Véase un supuesto igual en STS 529/1993, Penal, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:1993:14989), ponente Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.

²⁹ Véase RGSt 57, pp. 172 ss.; compárese ROXIN, *ATI*, § 11/98; EL MISMO, «Zur einverständlichen Selbstgefährdung», *Juristen Zeitung*, 2009, pp. 399, 401.

³⁰ Por ejemplo, en RG JW 1925, pp. 2251 ss. Véase también STS de 23 de diciembre de 1963 (JC 1542).

³¹ ROXIN, *ATI*, § 11/121 ss., § 11/136; EL MISMO, «Besprechung von BGH NStZ 1984, p. 410 [= BGHSt 32, 262]», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 412. Compárese La argumentación paralela respecto de los casos de autolesión en EL MISMO, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed., 1994, pp. 633 ss.

³² Véase *supra* 1., cita correspondiente a STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º, punto 4.

³³ ROXIN, en *FS-Gallas*, p. 252; EL MISMO, *NStZ* 1984, p. 412; EL MISMO, *ATI*, § 11/124. Véase también EL MISMO, «Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (159-11), 2012, pp. 665, 668; EL MISMO, *GA*, (165-5), 2018, pp. 250, 262 s., con ulteriores referencias.

³⁴ Que, desde el punto de vista aquí asumido, muestra con especial claridad que en este paso de análisis materialmente no se trata en absoluto de la explicación de cursos causales, sino de determinar el significado del comportamiento; compárese CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 61 ss., 81 ss.

³⁵ ROXIN, *ATI*, § 11/106-136; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 183 ss. Véase el inventario y la clasificación hechos por GOECKENJAN, *Revision von der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2017, pp. 109 ss., 155 ss., 183 ss.

ROXIN como la sentencia que aquí interesa³⁶—, queda claro que, al margen de las cuestiones de fondo, que abordamos a continuación, ya en el plano de la aplicación, resulta realmente difícil deslindar los dos grupos de casos de auto- y heteropuesta en peligro; esto es, en aquellos casos en los que hay una interacción densa (en palabras de la Sala: “dominio compartido del riesgo”). Y como —con independencia de las circunstancias del caso concreto— difícilmente cabe imaginar una interacción más densa que las relaciones sexuales, de hecho, la doctrina de la diferenciación entre auto- y heteropuesta en peligro ha dado lugar a clasificaciones de lo más variado respecto de los casos que aquí interesan³⁷. Sin embargo, como sucede siempre en el ámbito de las ciencias sociales, que una clasificación sea difícil de llevar a la práctica —aquí: a su utilización en el sistema de imputación jurídico-penal—, desde luego, no significa que sea errónea. Lo que hay que verificar es si materialmente tiene sentido.

3.2. ¿Protección de bienes jurídicos y fenomenología del hecho o autorresponsabilidad?

A la hora de valorar materialmente la propuesta de ROXIN (y la jurisprudencia española que lo sigue tan fielmente en este punto), lo primero, por supuesto, es subrayar que, especialmente fuera de Alemania, la decisión del legislador del Derecho Común para los Territorios Prusianos (*preussisches Allgemeines Landrecht*), hoy contenida aún en el § 216 StGB, de dejar fuera del ámbito de lo criminalizado todos los supuestos de auxilio al suicidio, nada puede aportar —tampoco en Alemania— a la solución del problema. Está claro que el apabullante éxito de la construcción discutida no deriva de su deducción de esa peculiar norma positiva alemana. De hecho, desde el punto de vista aquí asumido, esta vía de fundamentación para la diferenciación tampoco resulta relevante en el ordenamiento alemán, pues este tipo de argumentación —un argumento *a maiore ad minus*— presupone una proximidad material de ambos supuestos (auxilio al suicidio y participación en una autopuesta en peligro) que en realidad no existe: la decisión (particular) de no criminalizar el auxilio al suicidio (o sea, a una *destrucción* del bien jurídico) no forma parte del contexto (general) de un *empleo* arriesgado de bienes jurídicos cuyas consecuencias deba asumir el titular del bien jurídico. Se trata de magnitudes diferentes, no de elementos situados en una relación de gradación³⁸.

Tampoco resulta convincente, a nuestro juicio, el recurso analógico directo a la teoría de autoría y participación —o sea, más allá del argumento ligado al Derecho positivo alemán— para este contexto³⁹: no es que haya una conducta/resultado típicos (frente a un tercero-víctima), ya calificados, y deba determinarse cómo distribuir la responsabilidad entre los intervinientes en el suceso, sino que en los casos de relevancia de la conducta de la víctima intervienen dos sujetos que se hallan en planos normativamente diferentes (titular del bien y tercero), de modo que lo que hay que decidir es si siquiera hay un comportamiento típico por parte del interviniente no lesionado, esto es, si es que hay “víctima” y “autor” en el supuesto de hecho. En este sentido, el defecto realmente decisivo de la construcción está en que la diferenciación —aunque permite, mediante el mecanismo de cierre de la equiparación, llegar a soluciones plenamente adecuadas en cuanto a su resultado, como hace el Tribunal Supremo en el presente caso a nuestro juicio—

³⁶ Véase ROXIN, en *FS-Gallas*, p. 250, n. 28. En cuanto a la resolución comentada, véase *supra* 1., cita correspondiente a la STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 1º, punto 4.

³⁷ Véanse las referencias en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 211 s.

³⁸ Véase CANCIO MELIÁ, «Opferverhalten und objektive Zurechnung», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (111-2), 1999, pp. 257 ss., 369; EL MISMO, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 190 ss., con ulteriores referencias.

³⁹ Como hizo en la doctrina de habla española, en particular, LUZÓN PEÑA; compárese CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 202 ss.

no identifica la razón normativa de la exclusión o no exclusión de la responsabilidad con base en el comportamiento de la persona que resulta lesionada. El pensamiento del bien jurídico, identificado por ROXIN como base material de la teoría de la imputación objetiva —incluyendo estos supuestos— no ofrece con su ímpetu expansivo (si de lo que se trata es de eso, de proteger bienes jurídicos en términos fácticos, ¿por qué no optar por el paternalismo *tout court*, por qué no proteger siempre los bienes de la víctima “descuidada”, como se hacía en la jurisprudencia tradicional?) explicación alguna para la negación de la tipicidad en este ámbito. Concretamente, no explica por qué y en qué casos el comportamiento del otro sujeto precisamente no supone una irrupción en el ámbito de organización de la “víctima”, debiéndose negar la imputación objetiva del comportamiento.

Lo que sucede es que es necesario identificar el fundamento (social) para esta delimitación: la profundización del foco de las sociedades occidentales hacia el universo del individuo y de sus peculiaridades personales, como indica el art. 10 CE cuando proclama el “libre desarrollo de la personalidad” de todo ciudadano como fundamento del orden político. Esta decisión fundamental del sistema jurídico-político debe manifestarse en el sistema de imputación, y lo hace a través del sinalagma entre la libertad de organización arriesgada y la atribución de las consecuencias de tal ejercicio de libertad al ámbito preferente de responsabilidad del titular del bien: principio de autorresponsabilidad⁴⁰.

En este sentido, el triunfo de la doctrina de la autopuesta en peligro desarrollada por ROXIN y su asunción por nuestro Tribunal supremo se explica porque esta apprehendió correctamente —en la terminología de HEGEL, o, de modo secularizado, de JAKOBS— el *espíritu del tiempo*⁴¹ en esta materia y lo tradujo a reglas dogmáticas de imputación. Pero las alforjas de la fenomenología (auto-/heteropuesta en peligro) no son necesarias para este viaje (como muestra la cláusula de la equiparación): hay supuestos de dominio fenomenológico del hecho por la “víctima” en los que el otro sujeto es responsable, y casos en los que, habiendo control de la fuente de riesgo por el “autor”, sigue tratándose de un suceso atribuible al ámbito de responsabilidad del titular del bien.

3.3. La solución del caso

Con lo dicho hasta ahora queda claro que desde el punto de vista aquí asumido, la solución contenida en la sentencia aquí comentada parece plenamente adecuada en el fondo: aunque quepa sostener que, al menos en una relación de pareja, existe un pacto implícito cualificado de *non laedere*, esto es, una garantía de que se advertirá al compañero cuando se conozca un riesgo grave que lo amenaza (como la posibilidad de contagio cualificada que deriva de la condición de portador de un virus como el VIH), no puede haber, entre personas autorresponsables y en Derecho, un deber tuitivo que vaya más allá. Si Clemencia sabía que Luciano era portador, mantener relaciones sexuales sin preservativo supone que ella (por mucho que hubiera algún mecanismo de autoengaño por su parte: no estamos en el mundo del consentimiento) asumió el riesgo que implicaba, y el comportamiento de Luciano no resulta objetivamente imputable. Pero para ello no es necesario entrar en disquisiciones —que aquí el Tribunal Supremo elude— en torno a quién participa —¡en un coito!— en la conducta de quién, de quién es la “persona

⁴⁰ Véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 261 ss.

⁴¹ Compárese CANCIO MELIÁ, «Non licet? Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jakobs», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019, pp. 697 ss., 702 ss.

principal” o (cuasi-)autor(a). De hecho, en supuestos de hecho como el que es objeto de este comentario, el patrón fenomenológico que se observa no es de autoría única ni de participación, sino más bien de (cuasi)coautoría entre “autor” y “víctima”⁴². Sin un criterio rector normativo como el principio de autorresponsabilidad resulta difícil fundamentar que la calificación que deba primar para *ambos* intervinientes en el hecho sea la que correspondería a la “víctima” (atipicidad) y no la que, en principio, podría atribuirse al otro “coautor”.

4. Imputación subjetiva: dolo

Analizado ya el problema que cabe considerar nuclear planteado en la sentencia comentada, en lo que sigue —como anticipábamos— nos centraremos en dos aspectos, ciertamente más tangenciales, que sin embargo revisten, a nuestro juicio, un notable interés. El primero, como decíamos, ni siquiera figura en los razonamientos jurídicos de la sentencia: se trata de la pregunta por el título de imputación subjetiva (dolo o imprudencia) que habría resultado procedente en caso de haberse afirmado la tipicidad de la conducta de Luciano⁴³. A este problema dedicaremos el presente apartado. En el siguiente, examinaremos la cuestión procesal objeto del FD 2º de la sentencia, relativa a la carga y el estándar probatorio aplicables respecto de las causas de atipicidad (aquí, el conocimiento por parte de Clemencia de la enfermedad de Luciano).

A diferencia de la que aquí se comenta, las sentencias anteriores dictadas por el Tribunal Supremo en relación con contagios de VIH por vía sexual — la STS 528/2011, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3527); y la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7857)⁴⁴— tienen en común el referirse a supuestos de hecho en los que la persona contagiada *desconocía* la enfermedad padecida por su pareja. Ello conduce a la Sala Segunda a afirmar sin demasiados miramientos la tipicidad objetiva de la conducta de la persona originalmente infectada⁴⁵, convirtiendo la imputación subjetiva en el objeto fundamental de sus razonamientos⁴⁶. Tratándose de supuestos en los que el autor *se sabe seropositivo* (y conoce, por

⁴² Véase PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual: una dogmática comparada* (en prensa), capítulo 3, n. 236.

⁴³ En lo que se alcanza a ver, tanto en Alemania como en España, siempre se han enjuiciado casos en los que el agente sabía que era portador del virus; en Suiza, en cambio, hay una condena por conducta imprudente en un caso en el que el sujeto activo, ignorante de su condición de portador, a juicio del Tribunal Federal, tenía suficientes “elementos de sospecha” (había tenido diversas parejas sexuales con las que había practicado sexo sin barrera, y de ellas le había informado de que había adquirido el virus) y, a pesar de ello, mantuvo relaciones sexuales sin protección con otra pareja a la que contagió (véase sentencia de 13.6.2008 – 6 B 235/2007).

⁴⁴ Dejamos al margen la STS 3643/1991, Penal, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:1991:6354), ponente José Augusto de Vega Ruiz, pues en ella no se trata de un contagio del virus por vía sexual, sino a través de transfusiones de sangre contaminada sobre la que los acusados no habían llevado a cabo las oportunas pruebas de detección. Fueron condenados por lesiones imprudentes agravadas.

⁴⁵ De acuerdo con la argumentación que acabamos de someter a crítica (como se ha visto, *rectius*: de lo que parece ser la posición mayoritaria de quienes asumen la diferenciación), aquí se trataría de una heteropuesta en peligro consentida, que, al faltar el conocimiento del riesgo por parte de la víctima, no podría equipararse a la simple participación en una autopuesta en peligro.

⁴⁶ Este es también el caso de las resoluciones SAP Santa Cruz de Tenerife 26/1996, Sección 2ª, de 20 de enero (ARP/1996\28), ponente Óscar Torres Berriel; SAP Madrid 1/2004, Sección 5ª, de 2 de enero (ECLI:ES:APM:2004:14), ponente Arturo Beltrán Núñez; SAP Zaragoza 325/2016, Sección 1ª, de 19 de octubre (ECLI:ES:APZ:2016:1738), ponente Francisco Javier Cantero Aríztegui; y SAP Madrid 17/2011, Sección 27ª, de 27 de junio (ECLI:ES:APM:2011:18599), ponente Lourdes Casado López. La cuestión llamó la atención de la doctrina desde el principio de la discusión provocada por la irrupción del virus en cuanto al posible dolo de homicidio: véase solo OTTO, «Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung», en JESCHECK/VOGLER (eds.), *FS-Tröndle*, 1989, pp. 166 ss.; FRISCH, «Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat - BGHSt 36, 1», *Juristische Schulung*, (5), 1990, pp. 366 ss.

ende, el riesgo de transmitir la enfermedad por vía sexual), pero no tiene la intención de contagiar a su pareja, ni certeza sobre la producción de este resultado, el problema que aquí se plantea es el de la difícil delimitación entre imprudencia consciente y dolo eventual. Y cabe suponer —de ahí nuestro interés en analizar este punto— que el mismo problema se habría planteado en la STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806) de haberse acreditado suficientemente que Clemencia desconocía la enfermedad de Luciano.

La distinción entre imprudencia consciente y dolo eventual es una de las cuestiones que han hecho correr más ríos de tinta en la doctrina a lo largo de (como mínimo) el último siglo, hasta el punto de que en uno de los más célebres tratados alemanes de Derecho penal de nuestro tiempo llegan a considerarse hasta *doce teorías diferentes* —trece, si se incluye la defendida por los propios autores de la obra— sobre el criterio correcto para llevar a cabo dicha delimitación⁴⁷. En las exposiciones al uso, sobre todo en nuestra lengua, esta enorme variedad tiende a simplificarse, clasificando las posiciones en dos grandes grupos: las teorías “cognoscitivas” y las teorías “volitivas”⁴⁸.

En apretada síntesis, las primeras teorías consideran suficiente para apreciar la existencia de dolo eventual⁴⁹ que el autor se represente la concurrencia de los elementos del tipo objetivo; en concreto (en lo que aquí interesa), que se represente la producción del resultado típico como una consecuencia probable de su conducta. Por el contrario, las teorías volitivas exigen, además de esta representación, la existencia de una cierta *actitud* del autor hacia la producción del resultado: una de consentimiento, asentimiento, asunción, conformidad, aceptación o, al menos, resignación, indiferencia, o desprecio por el bien jurídico afectado.

Como es sabido, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre esta materia se ha mantenido relativamente constante desde su sentencia sobre el famoso “caso del aceite de colza”⁵⁰. La STS 69/2010, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902), ponente Alberto Jorge Barreiro —citada literalmente por muchas posteriores⁵¹— ofrece una buena síntesis de esta doctrina en su versión más actual⁵²:

«[E]sta Sala [...] ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar

⁴⁷ ROXIN/GRECO, *AT I*, 5ª ed., 2020, § 12/21-74a. En palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, «[l]o que convierte a la polémica en tan desalentadora es la percepción de que, por mucho que se refinen las propuestas, no parece posible alcanzar una solución, porque todos los elementos relevantes ya han sido tomados en consideración y se los ha combinado en todas las variantes posibles» (MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en JORGE BARREIRO (coord.), *LH Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 692).

⁴⁸ Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, pp. 234-242; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 271-276.

⁴⁹ Llegando algunos autores a negar que exista algo así como dolo “eventual”; véase solo FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 25, 29, 473 ss., 496 ss.; compárese al respecto CANCIO MELIÁ, «Überlegungen zu Wolfgang Frischs Beiträgen zur Unrechtsdogmatik», en FREUND/MURMANN (eds.), *Siebzig Jahre Wolfgang Frisch*, 2014, pp. 23 ss., 25 ss. La propuesta de normativización más relevante en la doctrina de habla española se encuentra en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, *passim*: la determinación del dolo se halla indisolublemente unida a las correspondientes reglas de prueba, pp. 18, 357 ss.; en lo que se refiere al concepto de dolo, pp. 25 ss.

⁵⁰ STS /1996, Penal, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:1992:20999), ponente Enrique Bacigalupo Zapater, FD 3º.

⁵¹ Sirvan como ejemplos recientes la STS 166/2017, Penal, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1033), ponente Alberto Jorge Barreiro; y la STS 44/2019, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:269), ponente Antonio del Moral García.

⁵² Sobre su evolución, véase, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, «Dolo, imprudencia y error», en EL MISMO (coord.), *Memento Penal 2021*, 2020, nm. 2448.

que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. [...]

Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues ésta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que *ex ante* conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables»⁵³.

En definitiva, de acuerdo con el criterio defendido por la Sala, hay dolo eventual cuando el autor se representa la producción del resultado típico *con una probabilidad tan alta* que puede considerarse, según máximas de la experiencia, que lo asume, lo acepta, se conforma con él o, al menos, le resulta indiferente. En cuanto se acredita el primero de los elementos (el intelectual), el segundo (el volitivo) no ha de ser en sí mismo objeto de prueba, sino que su concurrencia se *presume* con base en la del primero sin apenas posibilidad de prueba en contrario. De ahí que esta autodenominada teoría “normativa” del dolo funcione, en la práctica, como una teoría puramente cognoscitiva.

Esbozadas en sus líneas más generales la polémica doctrinal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, veamos cómo ha aplicado la Sala Segunda su criterio de diferenciación entre dolo eventual e imprudencia consciente al grupo de casos que aquí interesa. Como decíamos, esto ha ocurrido únicamente en dos ocasiones: la STS 528/2011, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3527) y la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7857).

En el primero de los casos, el acusado, infectado de VIH, había mantenido relaciones sexuales con su pareja durante aproximadamente un año, ocultándole la enfermedad, pero usando

⁵³ STS 69/2010, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902), FD 3º, punto 4.

preservativo como medio de protección. Sin embargo, el preservativo se rompió “en alguna ocasión” —cuatro o cinco veces, si se tienen en cuenta afirmaciones de la sentencia de instancia no contenidas en los hechos probados— dando lugar al contagio de su pareja por vía sexual, su embarazo y el contagio vertical de la hija que tuvieron en común. La Audiencia Provincial de Madrid había absuelto al acusado de los delitos de lesiones que se le imputaban, por entender que el uso del preservativo permitía descartar, no solo el dolo (directo o eventual), sino también la imprudencia de su conducta, estimando que se trataba de un riesgo permitido. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y dictó una nueva, en la que condenaba al acusado por dos delitos de lesiones agravadas por imprudencia grave (art. 152.1.2.º CP) en concurso ideal (art. 77 CP).

El razonamiento de la Sala Segunda se basa en que, aunque «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»,

«No ocurre lo mismo [...] en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave [...] 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. [...]

[...] [P]or 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* [scil. la rotura del preservativo], 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 [...] frecuencia, relativa pero en modo alguno desdeñable*»⁵⁴.

Por su parte, la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7857) versa sobre un supuesto en el que el acusado, infectado de VIH, había mantenido relaciones sexuales con su pareja durante aproximadamente un mes, ocultándole su enfermedad, pero esta vez no usando ninguna clase de profilaxis para prevenir el contagio en dos de tales ocasiones. La mujer resultó contagiada y la Audiencia Provincial de Madrid condenó al acusado por un delito de lesiones agravadas por imprudencia grave (art. 152.1.2.º CP). Nuevamente, el Tribunal Supremo casó la sentencia de instancia y dictó una nueva, en la que calificó la conducta como delito de lesiones agravadas dolosas (art. 149 CP). Tras hacer referencia a la citada STS 528/2011, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3527) y repasar la jurisprudencia de la Sala Segunda en relación con el dolo eventual, el Tribunal consideró que

«En el supuesto que examinamos, como se declara en los hechos probados, el acusado, portador del virus (VIH), tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativos. El dolo eventual fluye sin dificultad de los hechos descritos, que impiden la apreciación de una culpa consciente cuyo campo se ve desbordado por el alto grado de probabilidad de que se produjera el

⁵⁴ STS 528/2011, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3527), FD 1º (énfasis añadido).

contagio cuya representación resultaba obligada para su agresor, como lo evidencia el hecho de que conscientemente, y para seguir manteniendo esas relaciones, omitió informar a su víctima de que era portador de una enfermedad que se contagia con ese tipo de relaciones, como así sucedió»⁵⁵.

Así pues, el panorama que parece perfilarse si se combinan las sentencias que acaban de presentarse con la que es objeto de este comentario parece ser el siguiente: una persona infectada de VIH puede tener lícitamente relaciones sexuales con otras personas, bien informándolas del riesgo de contagio (en cuyo caso, las relaciones pueden mantenerse sin protección), bien haciendo un uso *correcto* del preservativo⁵⁶. Si no hace ninguna de las dos cosas, su conducta será constitutiva de un delito de lesiones agravadas, imputables subjetivamente a título de imprudencia grave si usa *incorrectamente* el preservativo (por ejemplo, por una deficiente conservación o colocación) y a título de dolo eventual si no emplea protección alguna para evitar el contagio.

¿Qué habría ocurrido, entonces, si, en el caso que aquí nos ocupa, se hubiera probado más allá de toda duda razonable que Clemencia desconocía la enfermedad de Luciano? Lo cierto es que en los hechos probados de la STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806) no se indica nada en relación con el uso del preservativo por parte de este; solo se dice que Clemencia y Luciano convivieron durante año y medio, y que ella resultó contagiada «en el curso de las prácticas sexuales que como pareja, ambos mantenían». Algunos elementos del punto 3º del relato de hechos parecen apuntar a que al menos algunas de las relaciones sexuales se llevaron a cabo sin protección⁵⁷ —y ciertamente la Sala Segunda parece partir implícitamente de esta premisa en su argumentación⁵⁸— pero no se afirma en ningún momento de forma concluyente que *en el concreto contacto sexual que produjo el contagio* no se usara preservativo o este se usara incorrectamente.

Al no constar este extremo en los hechos probados, ni poder alterar el relato el Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación por infracción de ley, consideramos que aun de haberse acreditado el desconocimiento del riesgo por parte de Clemencia el resultado del recurso debería haber sido el mismo: la conclusión debería haber seguido siendo (*in dubio pro reo*) la atipicidad de la conducta de Luciano. No obstante, si la Sala Segunda hubiera partido como hecho probado de que el contagio se produjo a través de una relación sexual *sin preservativo*, probablemente habría imputado subjetivamente las lesiones —como en la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7857)— a título de dolo eventual.

⁵⁵ STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7857). Esta misma línea siguen la SAP Madrid 1/2004, Sección 5ª, de 2 de enero (ECLI:ES:APM:2004:14); la SAP Zaragoza 325/2016, Sección 1ª, de 19 de octubre (ECLI:ES:APZ:2016:1738); y la SAP Madrid 17/2011, Sección 27ª, de 27 de junio (ECLI:ES:APM:2011:18599), sobre supuestos de hecho similares en los que el autor no había usado preservativo. También, en la doctrina, LUZÓN PEÑA, «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», en MIR PUIG (dir.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, 1993, p. 20.

⁵⁶ De esta misma opinión ya BURGSTALLER, «SIDA y Derecho penal. La situación en Austria», en MIR PUIG (dir.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 160; HERZBERG, «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88)», en MIR PUIG (dir.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, 1993, p. 135. En contra, LUZÓN PEÑA, en *Problemas jurídico penales del SIDA*, p. 19, que afirma la tipicidad también en estos casos, siempre que el autor haya ocultado a su pareja el riesgo de contagio.

⁵⁷ Se hace referencia a que Clemencia declaró que «Luciano nunca le reconoció ser portador del VIH y que de conocer tal extremo no hubiera mantenido relaciones sexuales “sin protección” con el mismo», y a que la hermana de Luciano le había advertido que se «protegiera... que tomara medidas...».

⁵⁸ Sobre todo, en el FJ 2º.

Sin ánimo de terciar aquí en la polémica sobre el contenido que haya de darse a esta última categoría dogmática, no queremos dejar de señalar lo sorprendente que, a nuestro juicio, resulta *partiendo de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo*, la apreciación de dolo eventual en esta clase de casos. Y es que la probabilidad de contagio del VIH a través de un solo contacto sexual resulta *extremadamente baja*. Según los datos publicados por la compañía farmacéutica Janssen en la web «InfoSIDA», el riesgo de ser contagiado por un seropositivo a través de las relaciones sexuales sin preservativo oscila entre el 0,8 y el 3% para el sexo anal receptivo con eyaculación, entre el 0,05 y el 0,8% para el sexo anal receptivo sin eyaculación, el sexo anal insertivo y cualquier modalidad de sexo vaginal, y resulta todavía más baja para el sexo oral⁵⁹.

Ante esta evidencia, parecen claramente exageradas las afirmaciones de la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7857) sobre la «alta probabilidad» de que se produjera un contagio como consecuencia de las relaciones sexuales sin protección que el acusado mantuvo con su pareja. Si de cada cien relaciones sexuales que se mantienen sin preservativo el VIH solo se transmite —en el peor de los casos— en *ocho* de ellas (sexo anal receptivo con eyaculación), no puede hablarse de un *riesgo tan elevado* como para asumir que el autor acepta el resultado lesivo, se conforma con él o, al menos, le resulta indiferente⁶⁰.

El único tribunal que —hasta donde alcanzamos— se ha hecho cargo de esta realidad y ha tratado, aun así, de defender la existencia de dolo eventual en este grupo de casos ha sido la Audiencia Provincial de Madrid. Y lo ha hecho empleando el siguiente argumento:

«[L]a posibilidad de contagio es baja en caso de un solo encuentro sexual, pero [...] esa probabilidad *crece con el número de contactos sexuales*, conclusión que no precisa de especiales conocimientos científicos, pues es propia del sentido común. La relación sin tomar especiales medidas precautorias se prolongó durante más de un año, esto es, fueron decenas las veces en que se mantuvieron relaciones sexuales [...]. Esa persistencia en la acción [...], unida a la consciencia de la probabilidad de contagio *progresivamente más alta*, da lugar a la aparición del dolo eventual»⁶¹.

El razonamiento resulta aparentemente muy convincente, pues se basa en algo que es verdadero: la probabilidad de contagiar el VIH a través de cincuenta contactos sexuales es, en efecto, mayor que la probabilidad de contagiarlo con un solo contacto sexual. Partiendo, por ejemplo, del sexo vaginal, mientras que la segunda de estas probabilidades oscila, como hemos visto, entre 0,05 y el 0,8%, la primera asciende a un intervalo de entre el 2 y el 33%⁶². Sin embargo, se mantengan una, diez o cincuenta relaciones sexuales, la probabilidad *individual* de contagio de cada contacto es siempre la misma: entre 0,05 y 0,8%. El intervalo de entre el 2 y el 33% no corresponde a la probabilidad de contagio del contacto sexual número cincuenta —esta, como la de cualquiera, oscila entre el 0,05 y el 0,8%—, sino a la probabilidad *agregada* de los cincuenta contactos sexuales mantenidos.

⁵⁹ Datos obtenidos de <<https://www.infosida.es/crees-puedes-vih>>.

⁶⁰ GIMBERNAT ORDEIG, «La transmisión del SIDA por vía sexual», *El Mundo*, 21.09.2010.

⁶¹ SAP Madrid 1/2004, Sección 5ª, de 2 de enero (ECLI:ES:APM:2004:14), FD 3º (énfasis añadido). En idéntico sentido SAP Madrid 17/2011, Sección 27ª, de 27 de junio (ECLI:ES:APM:2011:18599), FD 3º.

⁶² Si la probabilidad de *no* contagiar a la pareja con un solo contacto es del 99,95%, la de no contagiarla con dos contactos es de 0,9995², la de no contagiarla con tres contactos es de 0,9995³... Y la de no contagiarla con cincuenta contactos es de 0,9995⁵⁰ = 0,98 (98%), lo que deja una probabilidad de contagio del 2%. Si se hace el mismo cálculo con la probabilidad mínima de no contagiar (99,2%) se obtiene una cifra del 33%.

Al menos cuando se trata de delitos de resultado como el de lesiones, lo que se enjuicia en un proceso penal sobre hechos de esta clase no es el *conjunto* de conductas sexuales de riesgo llevadas a cabo por el autor —como si se tratase de una suerte de «unidad de acción»— sino que ha de analizarse la posible tipicidad de *cada una* de ellas. En cada una de las relaciones sexuales sin preservativo el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado de lesionar a su pareja; riesgo que, en *uno* de los casos, se realiza en el resultado de lesiones si el contagio llega a producirse. A los efectos de la imputación subjetiva, habrá de tenerse en cuenta la probabilidad (conocida por el autor) de que dicho contagio se produjera, pero la probabilidad que aquí interesa es la individual, que se mantiene *constante* con independencia del número de relaciones sexuales que se mantengan. Si el riesgo de *cada* contacto es insuficiente para apreciar dolo eventual, el riesgo (naturalmente superior) del *conjunto* de contactos no puede alterar esta conclusión⁶⁵.

De ahí que el argumento «acumulativo» de la Audiencia Provincial de Madrid no pueda convencer. Y de ahí también que la apreciación de dolo eventual en esta clase de casos sea, a la postre, inconsistente con las propias condenas que se imponen⁶⁴: si realmente existiera el dolo, no solo habría que condenar al autor por tantos delitos *consumados* de lesiones agravadas como contagios se produjeran, sino también por tantas *tentativas* como relaciones sexuales de riesgo sin contagio se llevaran a cabo⁶⁵; delitos que, por lo demás, se encontrarían entre sí en una relación de concurso real (art. 73 CP). Que ningún tribunal español haya llegado nunca a una conclusión semejante⁶⁶ es, probablemente, una buena muestra de lo poco razonable que resulta, a la postre, considerar que concurre dolo eventual en casos como el que aquí se analiza.

5. *In dubio pro reo* y causas de atipicidad

Queda por examinar un último punto, relativo a la vertiente *procesal* del problema que plantea la sentencia comentada. Como se recordará, de acuerdo con el razonamiento seguido por el Tribunal en el FD 1º, la conducta de Luciano al mantener relaciones sexuales de riesgo con Clemencia constituye una heteropuesta en peligro consentida, en principio típica, salvo que concurren los requisitos para su *equiparación* a una participación en autopuesta en peligro. El primero de tales requisitos es, precisamente, según la Sala, «que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo»; conocimiento que, por tanto, funciona aquí como causa de *atipicidad*.

De acuerdo con el relato de hechos probados de la sentencia, «[n]o ha quedado acreditado, fuera de toda duda, que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo». La valoración de la prueba por parte de la Audiencia Provincial de Madrid terminó, pues, con una *duda razonable* sobre el conocimiento del riesgo por parte de Clemencia. La pregunta que se plantea es: ¿a quién ha de beneficiar esta duda sobre la concurrencia de una causa de atipicidad? ¿Opera aquí el principio *in dubio pro reo*?

En el FD 2º de la STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), la Sala Segunda del Tribunal Supremo concluye que sí. Confirma, de este modo, el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Madrid, que había argumentado al respecto que

⁶³ Así, GIMBERNAT ORDEIG, «La transmisión del SIDA por vía sexual», *El Mundo*, 21.09.2010.

⁶⁴ Volvemos a coincidir con GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 21.09.2010.

⁶⁵ Actualmente es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que cabe la tentativa con dolo eventual. Al respecto, véase, por ejemplo, la STS 44/2019, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:269) antes citada (FD 5º).

⁶⁶ Sí lo han hecho los alemanes: por ejemplo, BGHSt 36, pp. 1 ss.; véase GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 21.09.2010.

«subsiste a favor del procesado un margen de duda que es determinante de su absolución. [...] En efecto, una de las garantías que incorpora el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) consiste en que la culpabilidad del encausado ha de ser demostrada más allá de toda duda razonable y lo cierto es que, en este caso, de los diversos hechos en que se funda la acusación el único que se ha sido probado es que la denunciante mantuvo una relación sentimental con el procesado y que consecuencia de las relaciones sexuales que mantenían se contagió del virus (VIH) del que era portador, aunque sin que se haya establecido que Rebeca fuera desconocedora de la patología que padecía su compañero sentimental»⁶⁷.

La Sala Segunda no deja de percibir, sin embargo, la tensión existente entre este planteamiento y la tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo —avalada por el Tribunal Constitucional⁶⁸— de acuerdo con la que el principio *in dubio pro reo* no se extiende a las eximentes, atenuantes y demás circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal, que han de estar “tan acreditadas como el hecho mismo” para poder ser apreciadas⁶⁹. Conforme a esta doctrina, a la defensa no le bastaría, para lograr una absolución, con aportar elementos de prueba generadores de una *duda razonable* sobre —por ejemplo— la concurrencia de legítima defensa o de una causa de inimputabilidad, sino que esta solo se apreciaría en caso de que se probase *más allá de toda duda razonable*. Aplicada al caso aquí enjuiciado, esta jurisprudencia implicaría que, para haber conseguido la absolución de Luciano, su defensa tendría que haber probado más allá de toda duda que Clemencia *conocía* su enfermedad cuando mantuvo relaciones sexuales con él; sin que hubiera bastado, a estos efectos, la duda razonable sobre este extremo.

La contradicción de la sentencia comentada con la jurisprudencia tradicional de la Sala Segunda es, en este sentido, patente⁷⁰. Y la Sala, lejos de soslayarla, acoge abiertamente una solución distinta:

«lo que la sentencia [de la Audiencia Provincial] está proclamando es la transcendencia del principio del *in dubio pro reo* al ámbito de las circunstancias excluyentes de la antijuridicidad de una conducta, contradiciendo así la inicial doctrina de esta Sala que considera que si bien los elementos constitutivos del delito deben ser probados por la acusación, las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de su prueba corresponde a quien opone su concurrencia [...]. No obstante esta doctrina, la jurisprudencia de esta Sala ha ido anunciando en diversas ocasiones (SSTS 639/2016, de 19 de julio; o 335/2017, de 11 de mayo) la conveniencia de revisar la inflexibilidad del presupuesto, habiendo llegado a apreciar la operatividad del principio *in dubio pro reo* cuando existen indicios fundados y estables de ausencia de antijuridicidad material de la conducta (STS 802/2016, de 26 de octubre), lo que pasa por que la alegación no haya sido sorpresiva y se ofrezca a la acusación la oportunidad de rebatirlo en debate contradictorio. Si en tales circunstancias surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio *in dubio pro*

⁶⁷ SAP Madrid 286/2018, Sección 26ª, de 16 de abril (ECLI:ES:APM:2018:7398), FJ 1º.

⁶⁸ Por todas, STC 36/1996, de 11 de marzo (BOE núm. 93, de 17 de abril de 1996), ponente Fernando García-Mon y González Regueral; y STC 87/2001, de 2 de abril (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2001), ponente María Emilia Casas Baamonde, FJ 10º.

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, las STS 489/2004, Penal, de 19 de abril de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:2541), ponente Joaquín Giménez García, FD 3º; y STS 415/2016, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2216), ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, FD 1º.

⁷⁰ Así, PEÑARANDA RAMOS, «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal 2021*, 2020, nm. 1417.

reo, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia»⁷¹.

Esta “flexibilización” —más bien, derecho abandono— de la doctrina de acuerdo con que las circunstancias eximentes, excluyentes o atenuantes de la responsabilidad penal solo pueden apreciarse si se acredita su concurrencia más allá de toda duda razonable ha de ser bienvenida sin reservas. La doctrina llevaba tiempo reclamándola con muy buenas razones⁷²: lo que exige el principio *in dubio pro reo* no es que todos los hechos relevantes para la responsabilidad penal del acusado se prueben más allá de toda duda razonable, sino que toda duda razonable sobre los hechos *beneficie al reo*.

Lo que esto debería significar es que, entre todos los hechos relevantes para la responsabilidad del reo, los *desfavorables* para él —elementos constitutivos del tipo, agravantes, etc.— solo se tuvieran por probados cuando el tribunal estuviera convencido sobre ellos más allá de toda duda razonable; pero que, para considerar acreditados los hechos *favorables* para el reo —eximentes, atenuantes, etc.—, bastase una duda razonable sobre su concurrencia. Así, para conseguir una condena, la acusación debería *probar* más allá de toda duda razonable los hechos que la fundamentan y *despejar* cualquier duda razonable sobre la posible concurrencia de circunstancias favorables para el reo⁷³. Para la absolución, a la defensa le bastará, por el contrario, con *crear* dudas razonables sobre la concurrencia de los hechos que se discuten, ya sean desfavorables al reo (pues entonces deberán considerarse no probados) o favorables al reo (pues entonces deberán considerarse probados).

La sentencia aquí comentada es un modelo de esta clase de razonamiento probatorio. La acusación acredita más allá de toda duda razonable que Luciano contagió el VIH a Clemencia en el curso de las relaciones sexuales que ambos mantuvieron. Clemencia declara que desconocía la enfermedad de Luciano, pero la defensa de este aporta elementos de prueba destinados a desmentir tal afirmación. Ante la duda razonable sobre este hecho relevante para decidir sobre la responsabilidad penal de Luciano —y con total independencia de la calificación del desconocimiento de la enfermedad por parte de Clemencia como un elemento *constitutivo* del tipo, o de su conocimiento como una *causa de atipicidad*⁷⁴—, el tribunal absuelve. *In dubio, pro reo*.

⁷¹ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:806), FD 2º.

⁷² Por todos, CUERDA RIEZU, «La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?», *InDret*, (2) 2014, pp. 9-11, 12; LÓPEZ PINILLA, «Estándar de prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español», *Revista Nuevo Foro Penal*, (86-12), 2016, pp. 181-185, 189-190; BAYÓN MOHÍNO, «Presunción de inocencia y carga de la prueba», en CANCIO MELIÁ et al. (ed.), *LH Jorge Barreiro*, Vol. 1, 2019, pp. 79-75; o RAMÍREZ ORTIZ, «Cargas probatorias y circunstancias eximentes y atenuantes. El caso de las causas de inimputabilidad», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, (2), 2019, pp. 92-95, 97, 105.

⁷³ Sin perjuicio de que, como sostienen CUERDA RIEZU, *InDret*, (2) 2014, pp. 11-12; LÓPEZ PINILLA, *Revista Nuevo Foro Penal*, (86-12), 2016, pp. 171, 185-188, 189-190; o RAMÍREZ ORTIZ, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, (2), 2019, pp. 95-97, correspondiera a la defensa carga de *alegar* la concurrencia de tales circunstancias o, incluso, como propone BAYÓN MOHÍNO, en *LH Jorge Barreiro*, Vol. 1, pp. 72-75, la defensa tuviera lo que en los sistemas anglosajones se conoce como “*evidential burden*”: la carga de generar una duda razonable sobre los hechos favorables al acusado; en una línea similar, DEL MORAL GARCÍA, «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal», *Revista de Jurisprudencia* (Lefebvre), 2017, apartado VIII (también disponible en <<https://elderecho.com/vueltas-los-programas-cumplimiento-trascendencia-penal>>).

⁷⁴ De este —si se nos permite— “capricho dogmático” habría dependido la solución del caso de haberse seguido la jurisprudencia tradicional. Y una muestra bien elocuente de ello es que el núcleo del debate sobre a quién debían beneficiar, en los procesos de responsabilidad penal de personas jurídicas, las dudas razonables sobre la existencia de un programa de cumplimiento acorde con los requisitos enumerados en el art. 31 bis CP girara en torno a si su *ausencia* era un elemento «constitutivo» de la responsabilidad penal de la persona jurídica —como acabó

6. Conclusiones

La resolución comentada aborda una constelación hasta ahora no tratada por los tribunales españoles en relación con la transmisión sexual del VIH: un caso en el que se da por probado que la persona que resulta contagiada conocía la condición de portador de su pareja (sexual).

La sentencia recurre explícitamente a la diferenciación entre auto- y heteropuesta en peligro, haciendo uso de la cláusula de equiparación que el creador de esta doctrina, ROXIN, incorporó a la diferenciación. A pesar de que se alcanza una solución que materialmente parece la correcta (absolver excluyendo la tipicidad de la conducta del sujeto portador por falta de imputación objetiva del comportamiento; lo contrario implicaría una criminalización excesiva por paternalista), también en este caso, la doctrina de la diferenciación no resulta convincente, pues se enreda en cuestiones fenomenológicas (en particular, la resolución elude la cuestión de por qué el contacto sexual se ha de calificar como heteropuesta en peligro) sin identificar la razón material de la solución: el principio de autorresponsabilidad de la “víctima”.

En lo que se refiere a la imputación subjetiva —cuestión en la que habría que haber entrado de no excluir la tipicidad objetiva—, una serena consideración de las características del contacto sexual como conducta de riesgo llevaría a excluir a nuestro juicio la concurrencia de dolo (eventual) en este tipo de supuestos.

En cuanto a la prueba de elementos que eliminan la tipicidad, también acierta el Tribunal Supremo al matizar la doctrina jurisprudencial tradicional conforme a la cual la carga de la prueba corresponde a la defensa en determinados hechos que dan lugar a la exención del acusado a la defensa (causas de justificación), pero no en cuanto a los elementos del tipo. Por el contrario, lo que compete a la defensa es alegar los elementos que excluirían o atenuarían la responsabilidad penal del acusado, y generar una duda razonable de que, en caso de apreciarse —como en este supuesto— deben conducir a la absolución *in dubio pro reo*.

afirmandose, entre otras, en la STS 154/2016, Penal, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613), ponente José Manuel Maza Martín, FD 8º; la STS 221/2016, Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:966), ponente Manuel Marchena Gómez, FD 5º; o la STS 668/2017, Penal, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3544), ponente Manuel Marchena Gómez, FD 1º, punto 1.2.3—, o si su *existencia* era una circunstancia eximente de responsabilidad. En sentido similar (aunque defensor de un estándar probatorio más laxo para las “defensas afirmativas”), SILVA SANCHEZ, «El debate sobre la prueba del modelo de compliance: Una breve contribución», *InDret*, (1), 2020, pp. iii-v. Crítico al respecto (con razón), DEL MORAL GARCÍA, *Revista de Jurisprudencia*, 2017, apartado VIII.