

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

POLÍTICA CRIMINAL Y SIDA

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

SUMARIO: I. Introducción – II. Política criminal y transmisión del VIH: 1. Consideraciones previas; 2. Los argumentos de la llamada "línea blanda"; 3. Las razones de la llamada "línea dura"; 4. Un intento de balance – III. Política criminal y conductas de prevención de la transmisión del VIH.

I. Introducción

La determinación de si debe haber una Política criminal –y no sólo una política sanitaria o social, en sentido amplio– para hacer frente a los problemas que plantea la transmisión del Virus de Inmunodeficiencia Humana y de la enfermedad del SIDA es algo que depende –entre otros factores– del concepto de Política criminal que cada uno mantenga. Asimismo, depende de tal concepción inicial la determinación subsiguiente de qué Política criminal habrá de ser ésta. Por ello, antes de entrar en el objeto que nos ocupará en lo que sigue, conviene tomar posición al respecto, para afirmar que en la disyuntiva entre una Política criminal de signo puramente empírico y otra de signo valorativo se opta aquí decididamente por el segundo modelo.

Esto implica que no se entiende la Política criminal, al modo de *von Liszt*, simplemente como un conjunto de estrategias ordenadas a una lucha eficaz contra el delito. Si así fuera, para decidir sobre la conveniencia de una Política criminal em materia de SIDA tan sólo habría que valorar si la intervención del Derecho penal en este ámbito es más funcional que su ausencia. Por contra, la opción por una Política criminal valorativa conlleva un análisis algo más

complejo. En efecto, esta segunda vía implica analizar la intervención punitiva en el ámbito del SIDA, como en cualquier otro, no sólo desde el punto de vista de la eficacia preventiva, sino también, y muy significativamente, desde el punto de vista de la adaptación de tal intervención a los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, fragmentariedad y exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros que caracterizan la intervención del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. De este modo, ciertamente seguirá siendo inadmisibile una incidencia del Derecho penal en esta materia si el mismo no puede proporcionar cotas mínimas de eficacia preventiva. Pero desde la perspectiva de una Política criminal valorativa tampoco será sostenible la intervención del Derecho penal en el ámbito del SIDA cuando, pese a que pueda fundamentarse una eficacia preventiva de las medidas penales correspondientes, dicha intervención vulneraría garantías fundamentales de nuestro modelo de Estado.

Así las cosas, lo primero que debe advertirse es la necesidad de proceder a establecer una diferenciación en atención a la diversidad de conductas con eventual relevancia jurídico-penal que aparecen relacionadas de algún modo con el virus de inmunodeficiencia humana o con la

enfermedad del SIDA. Esta distinción permite formar dos grandes bloques de casos: a ellos aludiremos aquí con las denominaciones "Política criminal de las conductas de transmisión del VIH" y "Política criminal de las conductas de prevención de la transmisión".

II. Política criminal y transmisión del VIH

1. Consideraciones previas

Las diferentes actitudes político-criminales respecto a la procedencia o no de una intervención del Derecho penal contra las conductas de transmisión del VIH se han plasmado, en el ámbito internacional, en la conformación de dos grandes líneas doctrinales. Por un lado, lo que ha sido denominado *línea blanda*, que entiende que la política que debe adoptarse en relación con los actos de transmisión del VIH ha de tener por objeto exclusivamente la información, el asesoramiento y la ayuda de los afectados, y en absoluto medidas de carácter punitivo. En esta línea se sitúan diversos autores alemanes, entre los que cabe mencionar a Prittwitz, Böllinger, Herzog, Nestler-Tremel y, con matices, Kreuzer. También, la mayor parte de las asociaciones de afectados o de solidaridad con los mismos; así, en España, los Comités Ciudadanos Anti-SIDA. Por otro lado, lo que se ha calificado, en términos a mi entender impropios, como *línea dura*, que entiende que, si bien de modo secundario, también es admisible una intervención estatal jurídicopenal para hacer frente a las conductas de transmisión del VIH. Por citar sólo un ejemplo, es ésta la línea que sigue en Austria la Ley especial del SIDA (de 1 de julio de 1986), la cual, sí bien centra su atención en la prestación de ayuda a los afectados, estima también aplicable el Código penal en esta materia. Es éste el punto de vista

que en Alemania sostienen autores como *Schünemann, Bottke o Herzberg*, entre otros; en España, se han pronunciado en esta línea de modo expreso *Luzón Peña, Mir Puig y Silva Sánchez*.

Con todo, debe ponerse de relieve que, en cualquier caso, se dan coincidencias sustanciales entre ambas líneas en lo relativo a algunas situaciones de transmisión del VIH. Así, por ejemplo, nadie discute la intervención punitiva cuando ésta ha de recaer sobre hechos de transmisión debidos a conductas realizadas con dolo directo de primer grado. Así, por ejemplo, agresiones con jeringas u otro material contaminado o incluso actos sexuales realizados en contextos de venganza, etc. Del mismo modo, no se discute por nadie la procedencia de la responsabilidad penal en casos de transmisión imprudente del VIH por empleo de material contaminado, cuando ello tiene lugar en el ámbito médico-sanitario (único respecto al que se han dado en España resoluciones jurisprudenciales). Lo discutido es, esencialmente, la intervención del Derecho penal cuando la transmisión del VIH tiene lugar debido al consumo conjunto de drogas por vía parenteral o bien debido a la realización de actos sexuales. A continuación trataremos de reflejar críticamente los argumentos que se esgrimen en la discusión. Pero obsérvese, ya de entrada, cómo ésta no abarca toda intervención punitiva frente a actos de transmisión del VIH. Tal intervención, por contra, resulta admitida en línea de principio. La discusión surge, más bien, por la pretensión de un sector (la llamada *línea blanda*) de excluir a determinados grupos de sujetos o a sujetos que obran en determinadas circunstancias de esa intervención punitiva que se admite en línea de principio. Una serie de consideraciones sobre lo fundado o infundado de esta exclusión constituirán el primero de los ejes de las páginas que siguen.

2. Los argumentos de la llamada línea blanda

Desde la denominada *línea blanda* se han esgrimido una serie de argumentos en contra de la intervención del Derecho penal en los referidos ámbitos, tratando de mostrar que la misma vulnera los principios generales del *ius puniendi*: intervención mínima, Derecho penal del hecho, eficacia preventiva. A continuación trataré de enunciar el contenido de los más significativos de estos argumentos, mostrando lo que, a mi juicio, son sus debilidades más significativas.

a) Uno de los alegatos más reiterados es el de que la intervención del Derecho penal en esta materia se inscribe en la tendencia generalizada a una “huida hacia el Derecho penal”, que habría hallado otros exponentes en la legislación en materia de terrorismo, drogas o medio ambiente. Al respecto, sin embargo, procede efectuar alguna precisión. Ciertamente, pocos discutirán que la referida “huida hacia el Derecho penal” es un fenómeno claramente perceptible en los últimos años e incluso un rasgo característico de la moderna política jurídica. Sin embargo, parece difícil hablar de que la aplicación de tipos esenciales en la protección del bien jurídico vida, como son el homicidio (art. 407 CP) y las lesiones dolosas (art. 420 / 421 CP) o imprudentes (art. 565 CP en relación con los anteriormente citados), a situaciones concretas constituya tal “huida”. Se trata, pues, de la protección de bienes jurídicos esenciales frente a ataques de significativa gravedad y con reconocimiento expreso de que el Derecho penal no es más que un instrumento subsidiario de protección frente a otros que deben primar como, de modo esencial, la información. Sentado esto, no parece fácil sostener que la intervención punitiva en esta materia suponga una vulneración del principio de subsidiariedad salvo que, como veremos, se sostenga una concep-

ción “victimológica” del mismo, a lo que después convendrá aludir.

b) Algo parecido sucede con el argumento de que la intervención penal en esta materia no es expresión de un “Derecho penal del hecho”, sino, más, bien, de un reprochable “Derecho penal de autor”, que recaería sobre homosexuales, prostitutas y drogadictos. El argumento pretende basarse en la dificultad de determinar hechos concretos de transmisión del virus. Pero ello en ningún caso puede fundamentar la crítica que se pretende dirigir a la intervención punitiva en este ámbito. Primero, porque la apelación a la dificultad de determinación de las conductas de transmisión ya permite entrever que no se trata de castigar a nadie por “ser” como es, sino por realizar hechos concretos, conductas de transmisión. Luego se trata claramente de un Derecho penal del hecho. Ciertamente, el hecho del contagio plantea problemas probatorios importantes, sobre todo en lo relativo a la relación de causalidad entre una conducta concreta (relación sexual o acto de uso compartido de jeringuilla) y resultado de transmisión del VIH. La posible promiscuidad de los sujetos y los períodos de latencia del virus hacen, en efecto, sumamente difícil, en general, tal determinación. Pero los problemas no son tantos si lo que se trata de determinar es simplemente la existencia de hechos de “puesta en peligro concreto” de contagio. Así, por ejemplo, la realización de un acto sexual concreto que, en sí, encierra el peligro concreto de provocar la transmisión del VIH. Y ello, concurriendo dolo (aunque sólo fuera eventual) de contagio, bastaría para fundamentar la sanción a título de tentativa de homicidio o, por lo menos, de lesiones graves.

Además, aun faltando el dolo —incluso eventual— de contagio, el hecho podría ser sancionado en sí mismo si se estimara procedente la tipificación de un delito de peligro concreto (que debería requerir —eso sí— la realización dolosa —al menos

con dolo eventual— de actos de puesta en peligro de contagio). En cualquier caso, la impresión no es que la *línea dura* pretenda configurar un Derecho penal de autor sino, más bien, que la *línea blanda* pretende extraer del Derecho penal a determinados autores, cuyas conductas pueden ser materialmente idénticas a las realizadas en otros ámbitos (y que sí se estiman inequívocamente punibles). Ciertamente, el carácter de “persona afectada por el virus” del sujeto activo puede tener alguna incidencia atenuatoria sobre el enjuiciamiento penal de su conducta, sobre todo en el ámbito sistemático de la culpabilidad y a la hora de aplicar determinadas consecuencias jurídicas. Pero, como han señalado diversos autores, parece claro que, realizado un hecho anti-jurídico contra la vida o la salud de terceros, el destino precario del agente (se encuentre ya enfermo del SIDA o sea simplemente seropositivo) no debería conducir a suspender la vigencia del principio *neminem laede*, ni a crear un “espacio libre de Derecho” en torno al consumo de drogas o a las relaciones sexuales. Tal cosa vulneraría irremediablemente el *principio de igualdad*.

Por todo ello, deseo subrayar que considerar pertinente la intervención punitiva en materia de transmisión del VIH es perfectamente compatible con sostener posturas de solidaridad y no discriminación respecto a los sujetos afectados por dicho virus. Otro ejemplo polémico, el de la condición de los extranjeros, puede clarificarlo. Cabe sostener perfectamente la necesidad de no discriminar a los extranjeros y de evitar actitudes xenóforas, y, a la vez, considerar que el extranjero que comete un delito debe ser castigado (aunque ese delito tenga en alguna medida que ver con su condición de inmigrante). Tal condición, con todo, podrá ser tenida en cuenta en términos atenuatorios si ha influido en la culpabilidad del sujeto.

c) En realidad, los argumentos más poderosos no son los hasta ahora expuestos, sino otros. Entre ellos destaca el que discurre por la línea de las modernas perspectivas victimodogmáticas.

La Victimodogmáticas o dogmática orientada al comportamiento de la víctima es una corriente doctrinal que parte de la constatación de la Victimología de que hay víctimas que contribuyen causalmente a la producción del delito que ellas mismas padecen. A partir de ahí, trata de establecer los criterios según los cuales esa contribución de la víctima a la producción del delito puede redundar en una atenuación o incluso exención de pena para el autor.

En el ámbito de la Política criminal del SIDA hay quien trata de excluir la responsabilidad del autor por el hecho de la transmisión, alegando la existencia de una *corresponsabilidad de la víctima* de la infección en dicho hecho. El punto de arranque de tal consideración lo constituyen las propias campañas institucionales de información y prevención, que hacen hincapié de modo central en la autorresponsabilidad de las víctimas potenciales, transmitiendo un mensaje que algunos podrían interpretar en el sentido de que “sólo se contagia del virus del SIDA el que quiere”. En consecuencia, un sector doctrinal propone desplazar la responsabilidad a la víctima y excluir estos casos del ámbito del Derecho penal. El planteamiento político de la cuestión parte de afirmar: Todos podemos evitar el riesgo de contagio de SIDA por nosotros mismos; luego no debemos delegar nuestra responsabilidad individual en los poderes públicos, de modo que sea el Estado el que se haga responsable y adopte medidas penalizadoras para evitar la propagación del virus. Sin embargo, a tal línea argumentativa cabe oponer el caso de muchos delitos (buen número de hurtos, sin ir más lejos) en los que también se dan amplias posibilidades de autoprotección; y no parece que aquí sea posible

exhibir el mismo discurso. Por su parte, la fundamentación dogmática de tal punto de vista es la siguiente: Dado que el acto de contagio requiere (en las relaciones sexuales y en el consumo conjunto de drogas) una intervención activa de la propia víctima potencial, cabe afirmar que dicha víctima se coloca en una situación de *autopuesta en peligro*, puesto que tiene el *dominio del hecho* sobre el proceso de contagio. En estas condiciones, la actuación del sujeto activo no muestra los rasgos de una puesta en peligro de tercero (ni siquiera de una puesta en peligro de tercero con el *consentimiento* de éste), sino de una *cooperación a la autopuesta en peligro*, que debería estimarse impune. Sin embargo, esta construcción, que parte de la existencia de un dominio del hecho por parte de la víctima, pasa por alto la diferencia entre situaciones de *simetría* y *asimetría de conocimiento* de autor y víctima en relación con el concreto contenido de peligro de la conducta. Pues, aunque la víctima realice activamente una parte de los actos que pueden dar lugar al contagio, difícilmente podrá decirse que tiene dominio del hecho si, por carecer del grado de información que posee la otra parte, se encuentra en una situación de inferioridad respecto a aquélla. Así, por ejemplo, si ignora que su pareja sexual es drogodependiente o promiscua (ej. la esposa respecto de su marido) o bien si conoce, por ejemplo, que se trata de un drogodependiente, pero ignora el estado efectivo de infección, que es, por el contrario, conocido por la pareja sexual.

En la medida en que nos es lo mismo el conocimiento de un *riesgo abstracto* o *genérico* que el de un *riesgo concreto* y dado que sólo la auténtica simetría de conocimiento puede proporcionar, según entiendo, condominio del hecho, parece que en bastantes casos de los que aquí interesan no podrá hablarse de un desplazamiento total de la responsabili-

dad a la esfera de la víctima y de una exclusión del autor del ámbito de incidencia del Derecho penal.

d) Mayor interés, por su importancia en el control global de la difusión del virus, tienen las apelaciones a eventuales efectos negativos, en el plano práctico, de la intervención punitiva. Así, ha podido decirse que el intento de combatir la transmisión del virus por la vía de la amenaza de sanción puede producir el efecto de hacer disminuir en la población las medidas fácticas de protección y, por ello, acabar siendo dañosa. También se ha señalado que la persecución penal de la transmisión del SIDA produce temor en los colectivos afectados, contribuyendo a la formación de un submundo desde el que se bloquearía la política preventiva basada en la información y la ayuda. Dicho de otro modo, el interés por protegerse de la intervención penal podría interferir en el interés por la necesaria prevención de la enfermedad.

Las anteriores aseveraciones, sin embargo, admiten asimismo una réplica. Así, en cuanto a lo primero, debe decirse, por un lado, que no existen investigaciones empíricas que respalden lo allí afirmado. A falta de las mismas, la experiencia muestra que la intervención normativa jurídicopenal no determina que la población abandone las medidas fácticas de autoprotección (piénsese, por ejemplo, en la materia de la delincuencia patrimonial). Y, además, sin descartar que la intervención de las normas penales pueda tener —en éste y en otros ámbitos— efectos empíricos negativos, deben valorarse asimismo sus efectos sociales positivos en el ámbito de la conducción de conductas. Por lo que se refiere al segundo argumento, relativo a la formación de *ghettos* por miedo al castigo, resulta difícil discutir su seriedad. Además, es cierto que determinados acontecimientos han venido a corroborar lo real de esta posibilidad. Así, la asociación alemana (*AIDS-Hilfe*, agru-

pación de autoayuda de colectivos fundamentalmente homosexuales, a raíz de las primeras condenas en Tribunales alemanes por la transmisión del virus (que tuvieron lugar por la vía de la calificación de *tentativa de lesiones con dolo eventual*) aconsejó públicamente a los sujetos susceptibles de realizar conductas de riesgo que no se sometieran al test de detección de anticuerpos. Con ello se pretendía, obviamente, evitar la imputación de un dolo eventual en el caso de que, tras una relación sexual, se produjera el contagio del virus a un tercero, pero evidentemente los efectos sanitarios del seguimiento de tal consejo son muy negativos. Asimismo, y de nuevo en el ámbito alemán, parece constatarse, siempre a raíz de las condenas impuestas, que disminuyen las peticiones de ayuda a las instituciones públicas por parte de afectados por el virus, ante el temor de verse implicados en algún proceso penal.

Pues bien, sin desconocer la importancia de esta situación así como la necesidad de adoptar medidas para hacer frente al problema suscitado, lo cierto es que el hecho de que el delincuente trata de sustraerse a la sanción nunca ha sido un argumento defendible para sostener la despenalización de una conducta delictiva. Además, no debe olvidarse que estamos tratando de la cuestión esencial relativa a la protección de la vida de sujetos aún no afectados, frente a lo que otras consideraciones referentes a que sujetos ya afectados permanezcan o no en el anonimato parecen tener una importancia inferior. Por tanto, sólo en el caso de que se pudiera contrastar realmente que, por las peculiaridades del caso que nos ocupa, los efectos preventivos generalmente vinculados la intervención del Derecho penal se ven contrarrestados por efectos empíricos absolutamente negativos en cuanto al control de la difusión de la enfermedad

sería necesario entrar a cuestionarla. Sin embargo, no me parece que algo así se halle en condiciones de ser probado, y mucho menos en el caso español, donde el medio fundamental de transmisión ha sido hasta ahora el uso conjunto de jeringas contaminadas, pudiéndose constatar un creciente acceso de drogodependientes a los centros, público y privados, de tratamiento y deshabituación.

e) Todavía hay dos argumentos de la línea blanda en contra de la incriminación de las conductas reseñadas. El primero de ellos alude a que la intervención del Derecho penal en este ámbito se limita a tener efectos puramente simbólicos, en absoluto instrumentales, y que revela la opción del Estado por soluciones baratas en la lucha contra el SIDA, frente a lo que sería una política auténticamente profiláctica y terapéutica, mucho más compleja y cara.

Se entiende por Derecho simbólico o retórico aquél que, más que resolver el problema correspondiente a través de una protección efectiva del bien jurídico afectado, pretende producir en la opinión pública la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

El segundo subraya lo anterior insistiendo en la ineficacia del Derecho penal cuando se trata de incidir sobre la esfera íntima y de las subculturas.

De nuevo sucede que desde la *línea blanda* se alega algo sin aportar pruebas empíricas de lo que se sostiene. Así el argumento general de la ineficacia y carácter simbólico del Derecho penal se adopta aquí para el ámbito concreto de la intervención penal en materia de SIDA. Sin embargo, hay pruebas suficientes de la eficacia —modesta, pero eficacia al fin y al cabo— de la intervención del Derecho penal como mecanismo de control de conductas. Y contra ello no se puede aludir a las subculturas, porque es precisamente en éstas donde el Derecho penal, por poca eficacia que tenga, puede tener alguna, dada la nula incidencia de

otros mecanismos de socialización, que chocan con la divergencia cultural. En particular, la llamada a la autorresponsabilidad en el ámbito de la prevención del SIDA puede chocar con la racionalidad derivada de ciertos planteamientos vitales o de determinadas cargas afectivas, frente a los que sólo la intimidación puede aspirar a tener cierta incidencia —por poca que ésta sea.

3. Las razones de la llamada línea dura

Además de argumentarse contra todo lo anterior, desde esta línea se ha tratado de sostener positivamente que la intervención del Derecho penal en este ámbito no entra en colisión con ninguno de los principios generales que legitiman al Derecho penal: exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad, etc. En efecto, nos hallamos ante la protección de bienes esenciales como son la vida y la salud frente a agresiones muy graves, que pueden conducir a la destrucción de los mismos. Además, las sanciones impuestas lo son en los términos generales de proporcionalidad. Y no parece que otras vías extrapenales muestren una eficacia preventiva tal que excluyera, por aplicación del principio de subsidiariedad, la intervención del Derecho penal.

Sentado esto, la cuestión es si la intervención del Derecho penal muestra alguna eficacia preventiva superior a su no intervención. Y al respecto no se puede en absoluto excluir — sino más bien lo contrario — que el Derecho penal sea capaz de reducir en alguna medida la frecuencia de realización de actos con peligro de contagio. Las vías a través de las cuales cabe que el Derecho penal aspire a ello son varias: así, la comunicación del valor de los bienes jurídicos que se pueden ver en peligro; la amenaza de castigo; y la propia imposición de la sanción concreta. *Schünemann* atribuye un significado esencial a lo primero, que consistiría en

poner de relieve que determinadas relaciones sexuales o actos de consumo conjunto de drogas pueden no ser hechos inocuos, sino hechos muy graves para bienes jurídicos esenciales, tratando de sensibilizar a los autores potenciales. *Luzón Peña*, en cambio, se centra en el aspecto intimidatorio. La eficacia intimidante del Derecho penal en este ámbito no puede descartarse, a juicio de este autor, por varias razones. En primer lugar, porque no todos los potenciales transmisores son portadores del virus; en segundo lugar, porque no todos los portadores están enfermos, lo que ciertamente podría interferir en la eficacia motivadora del Derecho penal; y, en tercer lugar, porque ni siquiera respecto a los enfermos de SIDA cabe descartar por completo una incidencia intimidante del Derecho penal.

Junto al aspecto preventivogeneral, además, debe hacerse alusión a la vertiente preventivo-especial de la intervención del Derecho penal. Por un lado, como prevención especial negativa, esto es inculpatización del sujeto activo. Pero, además, porque la intervención del Derecho penal puede adquirir un contenido de terapia social que haga innecesaria la privación o restricción de libertad del sujeto afectado, con lo que se habría obtenido una efectiva resocialización del mismo. Por último, una intervención del Derecho penal que se traduzca en tratamiento, ayuda sanitariapsicológica, excarcelación en fases terminales de la enfermedad, etc. no sólo no resulta contraria a las exigencias del principio de humanidad, sino que constituye una opción realista en este sentido. No debe olvidarse, al respecto, que los tratamientos de reclusos enfermos de SIDA permiten a éstos vivir con mejor calidad de vida en prisión que fuera de ella, donde por diversos motivos acaban abandonando la ingesta de medicamentos y otras medidas coadyuvantes al tratamiento de su enfermedad.

4. *Un intento de balance*

Así pues, el marco general de una obvia coincidencia en la pretensión de prevenir del mejor modo posible la transmisión del VIH, se observa la existencia de una discrepancia radical entre ambas líneas en cuanto a la idoneidad del Derecho penal para contribuir al referido fin. Sin embargo, ello no es, a mi entender, sino un reflejo de la divergencia tradicional entre tesis que defienden la legitimidad de la existencia del Derecho penal, en la medida que sea, y tesis abolicionistas, esto es, contrarias a la legitimidad de la intervención de aquél. Las tesis intervencionistas tratan de apoyarse en la eficacia preventiva del Derecho penal unida al respeto por el mismo de las garantías del Estado de Derecho. Por contra, las tesis abolicionistas, en todo o en parte, se basan en una supuesta ineficacia preventiva del Derecho penal, unida a los efectos empíricos negativos que, a su juicio, desencadena la intervención de éste. Sería pretencioso que ahora tratáramos de mostrar el alcance de toda esta polémica. De ahí que nos limitemos a señalar que, en el caso que nos ocupa, pueden apreciarse los tres requisitos que la doctrina ha exigido tradicionalmente para la intervención del Derecho penal en un ámbito de conductas: el *merecimiento de pena* del hecho, la *necesidad de pena* para el mismo y la *aptitud de la materia para una protección a través del Derecho penal*. Por lo que hace al merecimiento de pena de estos hechos, poca duda debe haber cuando se trata de hechos lesivos para la vida o la salud que pueden llegar en términos de alta probabilidad a producir la muerte (los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de fragmentariedad y de proporcionalidad abonan, pues, tal intervención). Tampoco ofrece, a mi entender, demasiadas dudas la necesidad de pena en términos plenamente conformes con el principio de subsidiariedad:

por un lado, parece clara la tendencia expansiva de la enfermedad; por otro, ha sido reconocido por los propios creadores de las campañas de prevención de cuño informativo-profiláctico que éstas de momento no han alcanzado la eficacia esperada y que el logro de tal eficacia se retrasará probablemente debido a razones culturales o emocionales que dificultan el cambio de hábitos personales. La aptitud de la materia para la protección penal puede, en fin, afirmarse siempre y cuando se tenga en cuenta que debe partirse de una modestia de los objetivos que se pretende alcanzar y de que se trata tan sólo de una contribución parcial a fines de prevención que deben abordarse desde muy diversas perspectivas.

Un tema distinto es el relativo a las vías técnicojurídicas a través de las cuales habrá de canalizarse la intervención del Derecho penal en este ámbito. En el caso de Alemania, sin duda el país con una práctica judicial más desarrollada en este campo, la vía adoptada ha sido, como antes se señaló, la de sancionar por tentativa de lesiones con dolo eventual. La imposibilidad de sancionar por delito consumado se deriva de las grandes dificultades, también aludidas, que plantea en estos casos la determinación de la relación de causalidad. El recurso al dolo eventual tiene lugar ante la imposibilidad de determinación, salvo excepciones, de otra modalidad de dolo. Finalmente, la exclusión de una tentativa de homicidio se debe a la imposibilidad de determinar que el sujeto hubiera "contado" con la concreta producción del resultado de muerte. Ciertamente, todo ello es complicado en términos dogmáticos, surgiendo la duda de por qué no puede estimarse que la transmisión es debida a imprudencia. De ser así, resultarían impunes los casos en los que no pudiera determinarse la relación de causalidad con un resultado concreto, pues, como es sabido, la imprudencia a la que no puede imputarse un resultado concreto no es punible. El

problema, siempre complejo, de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente tiene aquí, una manifestación especialmente trascendente.

Aparte queda la propuesta, que ha resultado muy polémica, de introducción en el Código penal de un tipo de peligro concreto que facilitaría la adopción de una respuesta jurídicopenal frente a estos hechos. Contra dicha propuesta se ha alegado la vigencia del principio de intervención mínima, en la medida en que los bienes afectados ya se hallan protegidos por los delitos de homicidio y lesiones, así como por el delito de propagación maliciosa de enfermedades infecciosas (art. 348 bis CP). Sin embargo, la cuestión es si desde el Derecho penal debe tolerarse la realización de actos de los que el sujeto conoce que suponen un peligro concreto de transmisión del virus (y, por tanto, para la vida de un tercero), aunque por irresponsabilidad confíe en que no va a pasar nada. Pues bien, dadas las dificultades de prueba de la relación de causalidad, estos hechos son de *lege lata* impunes, salvo que se introduzca un delito de peligro concreto similar al propuesto. Y no parece haber razones relevantes para descartar el empleo en este ámbito de una técnica de la que el legislador se ha servido, sin crítica relevante alguna, en otros ámbitos de protección de la salud como son los de la circulación o el consumo.

III. Política criminal y conductas de prevención de la transmisión del VIH

Algunas de las conductas de prevención de la transmisión del VIH resultan cuestionables por poder lesionar bienes jurídicos como la libertad o la intimidad individual. Sin embargo, es obvio que dichas conductas también pueden contribuir a la salvaguarda de otros bienes jurídicos (vida y salud de potenciales afectados). De ahí que, en general, deba

procederse aquí a una ponderación de ambos intereses contrapuestos (en los términos de la causa de justificación de estado de necesidad: art. 8, 7.º CP) para decidir si prevalece el interés lesionado —y en consecuencia puede justificarse una intervención punitiva contra la conducta de prevención— o, por el contrario, prevalece el interés salvaguardado —lo que determinaría la justificación (y consiguiente no punibilidad) del hecho.

Desde este enfoque general deben analizarse ante todo tres medidas preventivas: la práctica no consentida del test de detección de anticuerpos; la revelación de la condición de infectado de un sujeto determinado; y la incomunicación u otras medidas adecuadas de separación de los sujetos infectados. Pues bien, al respecto debe señalarse que tales medidas en términos generales no pueden estimarse lícitas, aunque, a la hora de concretar el título específico de su ilicitud penal, alguna de ellas plantee problemas en cuanto a la determinación de la tipicidad. Estos problemas deberían resolverse en el marco de una reforma del Derecho penal español que estableciera una mejor protección de los bienes jurídicos de la libertad e intimidad individuales. En efecto, la práctica forzosa del test podrá dar lugar a la realización del tipo de coacciones. Sin embargo, si tal práctica se comete mediante engaño o de modo subrepticio será difícil hallar, al menos en Derecho español, un tipo penal en el que encuadrarla (este sería, por ejemplo, el tipo del tratamiento médico arbitrario del Derecho penal austríaco), de modo que la cuestión habría de trasladarse, como sucede en el Derecho alemán, al ámbito de los ilícitos civiles. Por lo que se refiere a la revelación de la condición de infectado, ésta podrá ser estimada incurso en el art. 368 CP si el sujeto activo es un funcionario público, pero no si se trata de un particular, médico o no, dada la falta en nuestro país tanto de una regulación penal del secreto médico como

de otros preceptos penales de protección de la intimidad; nuevamente aquí habrá de recurrirse al Derecho civil. En lo que respecta a la incomunicación u otras medidas de separación, evidentemente podrían dar lugar a la realización de un tipo de coacciones o, incluso, de detenciones ilegales.

Ahora bien, sentado que puede tratarse de conductas ilícitas, incluso típicamente antijurídicas a los efectos del Derecho penal, también creo posible afirmar que, según cual sea la configuración del caso, cabe afirmar la justificación de las mismas. Así, la práctica del test me parece justificada cuando ello puede contribuir directamente a una mejor protección de la vida y salud de terceros (por ejemplo, médicos y personal sanitario que hayan de entrar en un contacto especialmente peligroso con el individuo de que se trate). Es cierto que se ha señalado que ello no sería preciso, por cuanto la adopción de las medidas precautorias generales es suficiente para hacer frente con garantías al riesgo de transmisión del SIDA. También lo es que se ha indicado que la fiabilidad del test no es total dada la existencia de un "período de ventana", de duración variable, en el que la persona ya infectada no ha desarrollado todavía anticuerpos contra el virus, con lo que el test no puede detectarlos. Ahora bien, pese a ello, estimo que sería ingenuo pensar que la información puntual de que se está ante un sujeto infectado no propicia, como mínimo, una mayor "tensión" a la hora de adoptar las medidas precautorias, tensión que se difumina, restando eficacia a tales medidas, cuando se posee tan sólo la constancia genérica de que "cualquiera puede estar infectado". Ante la necesidad de entrar en una relación que implique un riesgo elevado de transmisión (lo que normalmente sucederá, además, en círculos bastante cerrados y vinculados por deberes de confidencialidad) me parece, pues,

justificable la práctica del test. Ello, por entender que la afectación de la libertad e intimidad no es tan importante en su desvalor como para no verse compensada por la relevante contribución a la vida y salud de los terceros expuestos al riesgo.

Consideraciones similares valen, según entiendo, en lo relativo a la revelación de la condición de infectado de un sujeto, por parte del médico que la conoce, a terceros concretos. En los casos en que se dé un concreto peligro para la salud de terceros (por ejemplo, cónyuge o pareja sexual, o personal médicosanitario, etc.), de nuevo entiendo que el desvalor de la conducta lesiva de la intimidad se ve compensado por el valor de la contribución a la vida y salud de terceros.

En esta línea se pronunció el III Congreso Nacional de Comisiones de Deontología Médica, celebrado los días 1, 2 y 3 de mayo de 1992, en sus conclusiones tercera, cuarta y sexta, de las relativas al SIDA. En ellas se indicaba: que el paciente VIH positivo y afectado de SIDA tiene derecho a ser él quien reciba en primer lugar la información sobre su estado de salud por parte del médico, quien le habrá de informar asimismo de los riesgos que comporta su enfermedad para las personas que viven con él, a quienes, por tanto, se les tendrá que comunicar (3.^a); que las personas cuya convivencia con el enfermo comporte riesgo de contagio tienen derecho a ser informadas, de modo que, si el paciente se negara a ello, el médico tiene la obligación de convencerle del deber de hacerlo, comunicándole que, en caso contrario, será él mismo quien les informe (4.^a); y que los profesionales de la salud tienen derecho a ser informados de la afección del paciente y a tomar las medidas profilácticas de protección, teniendo asimismo el médico la obligación de informar a su equipo, recordándole su vinculación al secreto profesional compartido (6.^a).

Por lo que se refiere a la incomunicación u otras medidas de separación, éstas pueden verse justificadas, por ejemplo en el ámbito penitenciario, cuando se trate de reclusos peligrosos por su agresividad o, en todo caso, cuando se trate de actividades que, de suyo, podrían representar un riesgo elevado de contagio.

Para concluir, debe hacerse una referencia sucinta a la valoración políticocriminal que merecem dos cuestiones más en relación con la prevención y control del SIDA. Por un lado, la cuestión de si está justificada la entrega de jeringas estériles a sujetos drogodependientes, con el fin de evitar que el uso compartido de jeringas pueda provocar la transmisión de la enfermedad. Por el otro, el problema de los límites del deber de atención a enfermos de SIDA y sujetos seropositivos por parte del personal médicosanitario.

En relación con lo primero, debe ponerse de relieve que las dudas surgen inicialmente acerca de si tal conducta es típica a los efectos del art. 344 CP. Ello dependerá, obviamente, de si se entiende que tal entrega sólo determina una modalidad de consumo (atipicidad) o, por el contrario, se entiende que determina el propio consumo ilegal, esto es, lo favo-

rece, en cuyo caso debería afirmarse la tipicidad. De todos modos, y aun constando la tipicidad, podría sostenerse la justificación penal de tal conducta, pues la supuesta lesión del bien jurídico salud pública se produciría para proteger la salud individual. La mayor dificultad surgiría aquí al exigir la causa de justificación de estado de necesidad (art. 8, 7.º CP) la presencia de un mal inminente, lo que podría discutirse a propósito de un acto concreto de entrega de jeringas. Tales problemas, aunque a mi juicio no son insalvables, son probablemente los que han determinado que en las instancias políticoadministrativas se haya rechazado la propuesta relativa a la entrega de jeringas estériles, optándose por una vía más neutra, aunque no exenta de cuestiones, cual es la de los programas de distribución de metadona.

Por lo que se refiere a lo segundo, debe, a mi juicio, afirmarse la exigibilidad del deber de atención a sujetos seropositivos y enfermos de SIDA por parte del personal médicosanitario, siempre a partir de la existencia de información y de los correspondientes medios técnicos de protección. Las infracciones de este deber podrán ser sancionadas por los artículos 371 *in fine* y 489 *ter* CP.