

UNOFFICIAL TRANSLATION

This document has been translated from its original language using DeepL Pro (AI translation technology) in order to make more content available to HIV Justice Academy users. We acknowledge the limitations of machine translation and do not guarantee the accuracy of the translated version.

No copyright infringement is intended. If you are the copyright holder of this document and have any concerns, please contact academy@hivjustice.net.

TRADUCTION NON OFFICIELLE

Ce document a été traduit de sa langue d'origine à l'aide de DeepL Pro (une technologie de traduction en ligne basée sur l'intelligence artificielle) pour offrir aux utilisateurs de HIV Justice Academy une plus grande sélection de ressources. Nous sommes conscients des limites de la traduction automatique et ne garantissons donc pas l'exactitude de la traduction.

Aucune violation des droits d'auteur n'est intentionnelle. Si vous êtes le détenteur des droits d'auteur associés à ce document et que sa traduction vous préoccupe, veuillez contacter academy@hivjustice.net.

TRADUCCIÓN NO OFICIAL

Este documento fue traducido de su idioma original usando DeepL Pro (una aplicación web basada en inteligencia artificial) a fin de facilitar la lectura del contenido para los usuarios de la HIV Justice Academy. Reconocemos las limitaciones de las traducciones realizadas a través de este tipo de tecnología y no podemos garantizar la precisión de la versión traducida.

No se pretende infringir los derechos de autor. Si usted es el titular de los derechos de autor de este documento y tiene alguna duda, pónganse en contacto con academy@hivjustice.net.

НЕОФИЦИАЛЬНЫЙ ПЕРЕВОД

Этот документ был переведен с языка оригинала с помощью DeepL Pro (технологии перевода на основе искусственного интеллекта), чтобы обеспечить доступ пользователей Академии правосудия по ВИЧ к большому объему контента. Мы отдаем себе отчет в ограниченных возможностях машинного перевода и не гарантируем точности переведенной версии документа

Мы не имели намерения нарушить чьи-либо авторские права. Если вам принадлежат авторские права на этот документ, и у вас имеются возражения, пожалуйста, напишите нам на адрес academy@hivjustice.net

Cour suprême, deuxième chambre pénale, arrêt 690/2019 du 11 mars. 2020, Rec. 1807/2018

Conférencier : Llarena Conde, Pablo.

LOI 12814/2020

ECLI : EN:TS:2020:806

INJURIE. Contagion d'une maladie sexuellement transmissible. Transmission du VIH dans les cas où la personne infectée connaissait la maladie de son partenaire. La plaignante savait que son partenaire était porteur du VIH, de sorte qu'ayant accepté d'avoir des relations sexuelles avec lui, sans aucune forme de prophylaxie, la transmission de la maladie n'est pas digne d'un reproche pénal. Preuve extérieure de la maladie que la plaignante a dû percevoir, puisqu'elle a elle-même été diagnostiquée des mois plus tard, et que ni après ce diagnostic, ni lorsqu'elle a signalé l'agression alléguée, elle n'a fait la moindre allusion à la contagion de la maladie. In dubio pro reo. Mise en danger de la plaignante elle-même.

La Cour suprême a rejeté le pourvoi en cassation formé contre le jugement de l'Audiencia Provincial de Madrid et a confirmé la condamnation pour coups et blessures aggravés en raison de l'infection par le VIH.

S U P P É R A M E T R I B U N A L E

Division criminelle, arrêt n°

690/2019

Date de la condamnation : 11/03/2020

Type de procédure : APPEL EN CAS Numéro de

la procédure : 1807/2018 Arrêt/Argument :

Date du vote et de l'arrêt : 23/10/2019

Orateur : S.E. M. Pablo Llarena Conde

Juridiction : Audience provinciale de Madrid, 26e section.

Conseiller juridique dans l'administration de la justice : Mme Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcription : sop

Note :

N° D'APPEL : 1807/2018

Rapporteur : S.E. M. Pablo Llarena Conde

Conseiller juridique de l'administration de la justice : Mme Sonsoles de la Cuesta y de Quero

COUR SUPRÊME

Division pénale, arrêt n°

690/2019

Vos Excellences. Excellences.

M. Julián Sánchez Melgar

Mme Ana María Ferrer

García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

À Madrid, le 11 mars 2020.

Ce tribunal a entendu le pourvoi en cassation 1807/2018 formé par Clemencia, représentée par l'avocate Carolina Pérez Sauquillo Pelayo, sous la direction juridique d'Esperanza López Ayuso, contre le jugement rendu le 16 avril 2018 par l'Audiencia Provincial de Madrid, 26e section, dans le référé ordinaire 1763/2017, dans lequel Luciano a été acquitté des charges portées par les accusations (blessures aggravées de l'article 149.1 du Code pénal, les mauvais traitements dans le cadre de la violence à l'égard des femmes en vertu de l'article 153.1 et 3 du Code pénal, et la détention d'une arme prohibée, prévue et incriminée à l'article 563 du même corpus juridique). Le défendeur était le ministère public et Luciano, représenté par Victoria Brualla Gómez de la Torre, sous la direction juridique de Javier Martínez Arenas.

Le rapporteur était M. Pablo Llarena Conde.

CONTEXTE FACTUEL

FIRST.- Le Tribunal de la violence contre les femmes n° 8 de Madrid, a ouvert une procédure ordinaire de référé 1/2016 pour le crime présumé de blessures aggravées, le mauvais traitement du travail dans le cadre de la violence contre les femmes et la possession d'une arme interdite, contre Luciano, qui une fois conclu a été renvoyé pour le procès à l'Assemblée provinciale de Madrid, section 26. Le 16 avril 2018, la procédure de référé 1763/2017 a été ouverte et le jugement n° 286/2018 a été rendu, contenant les FAITS PROUVÉS suivants :

" **1.1** Il est déclaré prouvé que le prévenu, Luciano, dont la situation personnelle est consignée dans le dossier, était diagnostiqué séropositif depuis le 15 juillet 2004.

En 2012, il entame une relation avec Clemencia, avec qui il vit pendant un an et demi dans la ville de Madrid, jusqu'en septembre 2014.

En septembre 2013, Clemencia a été diagnostiquée comme porteuse du VIH, un virus qui lui avait été transmis par le défendeur dans le cadre de leurs pratiques sexuelles en couple.

1.2- II n'est pas établi de façon certaine que Clemencia ignorait la maladie sexuellement transmissible dont souffrait son partenaire et, par conséquent, qu'elle a eu des relations sexuelles avec lui sans en avoir conscience.

2.1- Le 21 juin 2014, vers 20h00, au domicile familial à Madrid, une dispute a éclaté entre le prévenu et Clemencia, dont les causes et les circonstances n'ont pas été prouvées.

2.2- Ensuite, quand les policiers se sont rendus à la maison, quand ils ont procédé à l'arrestation de Luciano, après la fouille, ils ont trouvé un couteau de 24 cm de long et 22 cm de tranchant dans la poche de son pantalon.

TROISIÈMEMENT. - Cette liste de faits déclarés prouvés résulte des preuves données au procès, fondamentalement de la déclaration du plaignant et du défendeur, comme suit.

ainsi que d'autres éléments que nous avons pris en considération pour vérifier si leurs déclarations respectives sont corroborées.

L'accusation contre le défendeur se fonde principalement sur le témoignage fourni par la plaignante, Clemencia, qui, pour les raisons suivantes, ne constitue pas une preuve suffisante pour établir la culpabilité du défendeur.

3.1- II est vrai qu'au cours du procès, la plaignante a ratifié la plainte déposée contre le défendeur, déclarant que Luciano ne lui a jamais avoué qu'il était porteur du VIH et que si elle l'avait su, elle n'aurait pas eu de relations sexuelles "non protégées" avec lui. Elle a également confirmé que le 21 juin 2014, elle a été agressée par Luciano au cours d'une dispute qu'ils ont eue à son domicile.

Son témoignage, cependant, n'est pas cohérent avec le reste des preuves qui ont été présentées.

Ainsi, bien que la plaignante nie catégoriquement avoir su que son partenaire était porteur du VIH, elle a reconnu en séance plénière que dans le quartier (Pozo de Tío Raimundo, Entrevías) où ils vivaient et où elle avait grandi, on disait qu'il était porteur de la maladie, bien qu'elle affirme qu'il l'a nié lorsqu'elle l'a interrogé à ce sujet. Il a reconnu qu'il était connu dans le quartier sous le nom de "Luciano, Cebollero". Elle a également déclaré que le mari de sa cousine lui en avait parlé, qu'il savait que Luciano était un ancien toxicomane et qu'ils consommaient ensemble de la cocaïne et du haschisch quand ils le pouvaient et, enfin, que la sœur de Luciano, Vicenta, l'avait avertie de se protéger.

En outre, en ce qui concerne cette conversation, la sœur de la défenderesse, Vicenta, dans la déclaration convaincante et sincère qu'elle a faite au procès, a déclaré que lorsqu'elle a appris que Clemencia commençait une relation avec son frère, elle l'a avertie ou conseillée de "se protéger,... qu'elle prendrait des mesures...", bien qu'elle ait reconnu qu'elle ne lui a pas dit de quoi elle devait se protéger, mais que le contexte de la conversation qu'elles ont eue, selon elle, était clair, car elle a expliqué que lorsqu'une fille parle à une autre fille de se protéger, elles se comprennent implicitement. Il est allé jusqu'à dire "... qu'il n'y avait plus grand-chose à dire à une personne comme Clemencia...", ce à quoi elle a répondu "que tout allait bien" ; il a dit qu'il avait l'impression qu'elle savait tout, surtout quand elle était une amie issue d'une relation antérieure avec son frère.

Il convient de noter qu'Adelaida, qui se trouvait au domicile de Clemencia et Luciano le 21 juin, amie du couple, a déclaré que "si tout le quartier savait que Luciano était porteur du virus, je ne sais pas pourquoi elle ne l'aurait pas su".

Toujours à titre d'illustration, il convient de signaler que dans le rapport médical médico-légal de la procédure, folios 522 et suivants, le défendeur a été examiné à l'hôpital Infanta Leonor le 28 mai 2013 et de ce rapport, il convient de souligner qu'il est fait mention de "relations sexuelles à risque..., depuis trois mois lésions sur le pénis, prurigineuses ". Cela s'aggrave lorsqu'elle a des rapports sexuels...", preuve externe d'une maladie sexuellement transmissible dont Clemencia aurait dû avoir connaissance lors de ses rapports sexuels, puisque l'infection lui a été diagnostiquée des mois plus tard, en septembre 2013.

En outre, compte tenu de son statut de consommatrice de stupéfiants à haut risque, comme elle l'a elle-même reconnu, ainsi que de la toxicomanie de son partenaire avec lequel elle partageait la consommation, il est clair qu'elle aurait dû être consciente du risque auquel elle s'exposait, non seulement en ayant des relations sexuelles, mais aussi par le simple fait de consommer des stupéfiants de cette nature.

Enfin, il convient de noter que, lorsqu'elle a signalé l'incident qui aurait eu lieu le 21 juin (agression), elle n'a pas mentionné qu'elle était infectée par la maladie, circonstance dont elle était déjà consciente, et qu'elle s'est ensuite prévalu de l'exemption prévue à l'article 416 de la loi de procédure pénale, bien que, trois mois plus tard, elle ait signalé l'infection et le fait d'avoir été agressée dans le dos avec un biro.

par le défendeur, faits qui ne font pas l'objet de la présente procédure.

Toutes les circonstances susmentionnées soulèvent le doute raisonnable quant à la mesure dans laquelle Clemencia ignorait que Luciano ne souffrait pas d'une telle maladie et, par conséquent, si elle a accepté le risque d'avoir des relations sexuelles avec lui dans de telles conditions.

3.2- D'autre part, aucune preuve de l'accusation digne d'être prise en compte n'a été produite dans la procédure plénière pour prouver que le 21 juin 2014, Clemencia a été agressée par le défendeur, comme aucune preuve de l'accusation n'a été produite de l'avis de cette Cour pour corroborer le récit incriminant de la plaignante, étant donné qu'elle ne présentait aucune blessure, le seul témoin de ces événements, Adelaida, ne se souvient pas de ce qui s'est passé et les policiers qui se sont rendus au domicile ont seulement été témoins de l'agressivité manifestée par le défendeur, circonstance qui les a amenés à reconnaître qu'ils devaient le réduire, trouvant par la suite un couteau fermé dans une poche de son pantalon lors de la fouille.

Dans ces conditions, nous devons conclure que le témoignage du plaignant manque de force convaincante suffisante pour établir les faits de l'accusation, que nous avons expressément déclarés non prouvés".

DEUXIÈMEMENT - Le Tribunal de première instance s'est prononcé comme suit : "**ARRÊT**

Acquitter Luciano des charges portées contre lui par les accusations, en déclarant d'office les frais de ce procès et en annulant toutes les mesures conservatoires ordonnées contre lui.

Une fois cette décision définitive, conformément aux dispositions des articles 5 et 9 de la loi organique 10/2007, du 8 octobre, réglementant la base de données policières sur les identifiants obtenus à partir de l'ADN, procéder à l'annulation de toutes les données appartenant à l'accusé, ainsi que des échantillons ou des traces obtenus à partir de celui-ci.

Le couteau saisi dans cette affaire doit être éliminé conformément à la loi.

Ce jugement n'est pas définitif. Un pourvoi en cassation peut être formé contre cet arrêt, qui doit être préparé selon les modalités prévues aux articles 854 et 855 de la loi de procédure pénale, dans les cinq jours de sa dernière notification écrite.

Le ministère public et les autres parties à la procédure sont informés de cette décision.

Ainsi, par le présent jugement, nous le prononçons, l'ordonnons et le signons.

TROISIÈMEMENT - Une fois le jugement notifié aux parties, la représentation légale de Clemencia (ministère public) a annoncé son intention de former un pourvoi en cassation pour infraction à la loi, pourvoi considéré comme préparé et les procédures et certifications nécessaires pour sa motivation et sa résolution ont été envoyées à cette Deuxième Chambre du Tribunal Suprême, et le rôle correspondant a été formé et le pourvoi a été formalisé.

QUATRIÈMEMENT - Le recours introduit par Clemencia était fondé sur les MOTIFS DE RECOURS suivants :

Pour violation de la loi, sur la base du numéro 1 de l'article 849 de la LECrim, car le jugement attaqué a commis une erreur de droit en qualifiant les faits poursuivis comme ne constituant pas un crime de lésion aggravée, prévu et puni par l'art. 149.1 du Code Pénal, avec la circonstance aggravante de parenté, étant donné que dans ces déclarés prouvés il y a les conditions qui composent le délit de lésion aggravée en soumettant la victime à des situations dangereuses qu'elle n'est pas sûre de contrôler, et par conséquent les articles 149. 1 et 149. 1 du Code Pénal ont été violés.

149.1 en liaison avec les articles 153.1 et 3 du Code pénal .

CINQUIÈMEMENT - Après que les parties ont été informées du recours, le ministère public, par lettre du 9 juillet

Le requérant Luciano, dans sa lettre du 27 juin 2018, a demandé le rejet du recours comme irrecevable et a contesté le fond du moyen et demandé son rejet. Après avoir été admise par la Chambre, l'affaire a été clôturée pour que l'arrêt soit rendu en temps utile. Une fois l'affaire renvoyée pour jugement, le vote a eu lieu le 23 octobre 2019, qui, compte tenu des questions à traiter, a été prolongé jusqu'à aujourd'hui.

LA BASE JURIDIQUE

PRELIMINAIRE.- La section 26 de l'Audience provinciale de Madrid, dans sa procédure ordinaire n° 1763/2017, issue de la procédure ordinaire 1/2016 de celles du Tribunal pour la violence contre les femmes n° 8 de Madrid, a rendu le 16 avril 2018 un jugement dans lequel elle a acquitté Luciano, entre autres, du délit de lésion de l'article 149.1 du code pénal qui lui était reproché, ainsi que du délit de mauvais traitement du travail dans le cadre de la violence contre les femmes des articles 153.1 et 153.3 du code pénal.

Le présent pourvoi en cassation a été formé contre l'acquiescement pour ces deux délits par la représentation de Clemencia, qui était le procureur privé dans cette procédure et qui avait soutenu que l'accusé avait commis les deux délits, en plus du délit de possession d'une arme prohibée selon l'article 563 du code pénal.

Le pourvoi est fondé sur un moyen unique de violation de la loi, au titre de l'article 849.1 de la LECRIM, mais avec une triple dimension, puisqu'il considère que le délit de blessure de l'article 149.1 du code pénal, ainsi que la circonstance aggravante de parenté de l'article 23, n'ont pas été appliqués, ainsi qu'il considère que les faits pourraient également être subsumés sous le délit de mauvais traitements dans le cadre de la violence contre les femmes des articles 153.1 et 3 du code pénal.

PREMIÈREMENT.- Le pourvoi part de la doctrine constitutionnelle et jurisprudentielle établie qui empêche la Cour d'évaluer les témoignages personnels qui n'ont pas été recueillis en sa présence, ainsi que d'admettre l'intangibilité du récit factuel décrit dans le jugement de première instance en considération de la voie procédurale par laquelle elle développe son désaccord avec le jugement.

Néanmoins, il considère que la description des faits avérés fournie par la juridiction de jugement aurait dû conduire à la condamnation de l'accusé en tant qu'auteur d'un crime de coups et blessures sur le fondement de l'article 149.1 du code pénal, avec l'aggravation de la parenté de l'article 23 du même texte punitif, étant donné que la Cour décrit que l'accusé savait depuis 2004 qu'il était porteur du VIH, et que c'est à travers les relations sexuelles qu'il a eues avec sa compagne Clemencia qu'il a fini par lui transmettre la maladie en 2013, sans que le consentement qu'elle a pu donner ait d'autre conséquence que de réduire d'un ou deux degrés la peine légalement établie pour le fait dommageable poursuivi (art. 155 du code pénal).

1. Au-delà de l'évaluation éthique qui, en termes de liberté de décision, peut être méritée si une personne qui sait qu'elle souffre d'une maladie sexuelle en cache l'existence à ceux qui ont des pratiques sexuelles avec elle, la considération pénale de cette réalité est abordée par le législateur sur la base du droit à la santé, en envisageant le droit légal à partir de son sens plus spécifique d'absence de maladie ou de malaise dans une population ou un individu. L'activité sexuelle sans l'adoption d'une prophylaxie sanitaire précise lorsque cela est nécessaire peut non seulement entraîner la propagation d'agents pathogènes bactériens, viraux ou parasitaires pouvant être transmis par contact sexuel, avec des conséquences souvent légères ou transitoires pour la santé humaine, mais peut également entraîner des résultats graves à long terme, voire de nature permanente, tels que l'infertilité, des maladies chroniques, des carcinomes ou des décès prématurés, ainsi que de graves pathologies verticales chez le fœtus ou le nouveau-né.

En tout état de cause, la prise en compte par notre législateur de la santé comme un droit méritant une protection pénale spécifique, en ce qui concerne la contagion des maladies sexuellement transmissibles, s'est fondée principalement sur l'exigence que les comportements des personnes atteintes de maladies

sexuellement transmissibles ne soient pas considérés comme des infractions.

le risque produit un résultat. De cette façon, le droit a été configuré comme étant de nature personnelle, ce qui exclut la classification de ces comportements comme des crimes contre la santé collective, c'est-à-dire comme des crimes de danger potentiel en raison du risque de propagation de l'infection ou de la maladie, pour lesquels une personne saine qui a des relations à risque avec un individu connu pour être malade pourrait également être tenue responsable.

Cela n'a pas été le cas dans tous nos précédents législatifs. Le Code pénal de 1822 condamne comme responsables d'un crime contre la santé publique (art. 378), "*ceux qui introduisent ou propagent des maladies contagieuses ou des effets contagieux, et ceux qui brisent les quarantaines et les cordons sanitaires, ou s'échappent des lazarettos*". Cette disposition spécifique a disparu dans le code pénal de 1848 et dans les crimes contre la santé publique contenus dans le titre V, livre II, du code pénal de 1870, et c'est le code pénal de 1928 qui a rétabli le crime de propagation malveillante de maladies au sein des crimes contre la santé publique, ainsi que l'introduction, pour la première fois, du crime spécifique de contagion vénérienne au sein des crimes contre la vie, l'intégrité corporelle et la santé personnelle.

Ces deux dispositions spécifiques ont disparu dans le Code pénal de 1932 (articles 346 à 352 pour les crimes contre la santé publique et 421 à 430 pour les crimes de lèse-majesté), et c'est dans la réforme du Code pénal de 1944, opérée par la loi du 24 avril 1958, qu'un article 348 bis a été introduit, qui disposait que "*Quiconque aura propagé avec malveillance une maladie transmissible aux personnes sera puni d'une peine d'emprisonnement mineure*". Toutefois, les tribunaux, en tenant compte du degré de perversité de l'auteur, du but poursuivi ou du danger que la maladie comporte, peuvent imposer la peine supérieure immédiate, sans préjudice de punir l'acte comme il convient s'il constitue un délit plus grave"; formulation qui a persisté jusqu'à l'abrogation du texte consolidé du code pénal approuvé par le décret 3096/1973, du 14 septembre. En tout état de cause, le précepte était difficilement applicable en pratique dans la mesure où, en exigeant la propagation malveillante de la maladie, il requérait une intentionnalité étrangère au comportement téméraire et à l'éventuelle malveillance, et laissait hors du champ d'application objectif les cas de simple création de danger, alors qu'il s'agissait de l'élément qui aurait pu justifier une classification différenciée par rapport aux délits de blessures dans laquelle seraient subsumés les épisodes avec blessures réelles. De cette manière, le comportement le plus pertinent pénalement pour le bien juridique de la santé publique a été laissé en dehors de toute incrimination : celui de la personne qui, sans vouloir ni avoir l'intention de propager la maladie, agit en étant parfaitement consciente du risque élevé d'infecter une autre personne.

La disposition spécifique consistant à considérer la propagation de maladies comme un délit a été exclue du code pénal de 1995, qui, depuis sa rédaction initiale, n'envisage pas de délit de mise en danger de la santé publique par contagion, de sorte que l'incrimination de comportements impliquant la transmission de maladies ou la détérioration permanente de la santé, y compris la transmission du syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA), doit être placée dans la classification des lésions des articles 147 et suivants du code pénal, doit être inclus dans la classification des lésions des articles 147 et suivants du code pénal, étant donné que le type de base du délit de lésion corporelle admet tout moyen ou procédure afin de causer une lésion qui porte atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale d'une personne, intégrant ainsi dans le comportement typique la contagion ou la transmission, intentionnelle ou par négligence, d'une maladie ou d'un mal à une autre personne, quelle que soit sa nature.

2. En ce qui concerne la causalité coupable de ce type de dommage à la santé de la victime, le jugement de cette Cour 528/2011, du 6 juin, dans un cas d'infection par le SIDA, après avoir décrit l'exécution de nombreux coûts en sachant que l'accusé était atteint de l'infection contagieuse, a déclaré qu'il est incontestable que l'utilisation de préservatifs, comme les médecins eux-mêmes l'avaient prescrit, a non seulement éliminé la présence de la malice directe, mais a également empêché la possibilité d'apprécier la malice éventuelle, comme les médecins eux-mêmes l'avaient prescrit, a non seulement éliminé la présence d'une malice directe, mais a également exclu la possibilité d'évaluer une malice

éventuelle, puisque, quel que soit le critère doctrinal adopté à cet égard, le fait est que tant l'hypothèse d'une représentation proche de la causalité du résultat que celle d'une représentation proche de la causalité du résultat ont été exclues.

On pourrait dire la même chose de l'acceptation du risque comme conséquence de l'action réalisée, tout comme on pourrait dire de la prise en charge des conséquences du risque généré.

Toutefois, la décision a considéré que ce n'était pas le cas en ce qui concerne la qualification du comportement de négligence, qui doit également être considéré comme grave aux fins de l'inclure dans les dispositions de l'article 152.1.2 du code pénal, en raison de l'importance du risque causé et du résultat potentiel qui en découle (la contagion du SIDA). Cette qualification coupable mettait l'accent sur le fait que, que des préservatifs aient été utilisés ou non dans les relations sexuelles par la personne porteuse du virus (VIH), celle-ci a infecté son partenaire en ne les utilisant pas de manière suffisamment efficace, sans oublier un élément qui doit être considéré comme essentiel aux fins de la qualification juridique de ce type de comportement contagieux, à savoir l'information préalable du partenaire qu'il était infecté par le VIH, étant entendu que : a) que le droit à la vie privée du patient est limité par le droit à la vie et à la santé de la personne similaire et b) que l'existence ou non de cette information préalable est cruciale, car si le partenaire n'est pas informé qu'il est porteur du virus, le transmetteur est placé dans une position de *contrôle de l'acte* qui soutient l'auteur dans un crime de lèse-majesté, étant donné que le sujet passif accepterait d'avoir des relations sexuelles d'une manière différente de celle qu'il aurait fait s'il avait su qu'il avait des relations sexuelles avec une personne infectée.

3. Au contraire, le jugement 1218/2011, du 8 novembre, a mis en évidence que le défendeur a eu des relations sexuelles avec sa victime sans préservatif à deux reprises et, pour continuer à avoir des relations, a omis de l'informer qu'il était porteur d'une maladie transmissible avec ce type de relations, ce qui a entraîné la contagion avec le sujet actif conscient du haut degré de probabilité qu'elle se produise effectivement, ce qui, transcendant le domaine de la culpabilité consciente, caractérise l'intentionnalité du point de vue de la doctrine de la représentation du résultat, suivie par notre jurisprudence depuis avril 1992 (connue sous le nom de "cas de viol"), caractérise la malice éventuelle sous l'angle de la doctrine de la représentation du résultat, suivie par notre jurisprudence depuis l'arrêt du 23 avril 1992 (dit "*affaire du viol*"), dans lequel il a été affirmé que "si l'auteur connaissait le danger spécifique légalement désapprouvé et si, malgré cela, il a agi comme il l'a fait, sa décision équivaut à la ratification du résultat qui - avec des intensités variables - a été exigé par la jurisprudence pour la configuration de la malice éventuelle. Ces derniers temps, la doctrine a démontré de manière convaincante que, malgré des déclarations programmatiques qui semblent mettre l'accent sur les exigences de la théorie du consentement, la Cour suprême se rapproche depuis un certain temps, dans ses prises de position, des conséquences de la théorie de la probabilité. Cela n'est pas surprenant, car cette évolution se retrouve également dans la théorie de l'intention de nuire". L'arrêt ajoute que "la jurisprudence de notre Cour permet toutefois d'admettre l'existence d'une intention de nuire lorsque l'auteur soumet la victime à des situations dangereuses qu'il n'est pas certain de maîtriser, même s'il ne poursuit pas le résultat typique. La malice éventuelle n'est donc pas exclue du simple fait de l'espoir que le résultat ne se produira pas ou parce qu'il n'était pas souhaité par l'auteur".

4. La singularité introduite par le présent pourvoi est de soutenir que même si l'appelante savait que l'accusé était porteur du VIH, et même si elle a accepté d'avoir des relations sexuelles avec lui sans aucun type de prophylaxie, la transmission de la maladie est digne de reproche pénal, dans la mesure où l'article 155 du code pénal établit que "*Dans les délits de coups et blessures, sauf, bien sûr, dans les cas où le consentement est donné par un mineur ou une personne handicapée et nécessitant une protection spéciale, auquel cas, ce qui n'est pas le cas ici, le consentement serait nul et sans effet.*

Dans le développement de cette argumentation, le recours se fonde sur la concomitance de la présupposition d'imputation objective correspondant au délit pénal de lésion, en soulignant qu'il est déclaré prouvé que "*le prévenu, Luciano, dont la situation personnelle est consignée dans le dossier, avait été diagnostiqué séropositif depuis le 15 juillet 2004.*

En 2012, il entame une relation avec Clemencia, avec qui il vit pendant un an et demi dans la ville de Madrid, jusqu'en septembre 2014.

En septembre 2013, Clemencia a été diagnostiquée comme porteuse du VIH, qui lui avait été transmis par le défendeur dans le cadre de leurs pratiques sexuelles en couple.

5. Ainsi, la question qui se pose est celle de la réponse pénale appropriée lorsque les conditions objectives du type de lésion sont réunies et que soit la victime s'était placée dans la situation de risque dont découle le résultat prévu par la règle (mise en danger de soi), soit elle a assumé la situation de danger créée par un autre (hétéroposition dans le danger). Il s'agit de cas où la réponse pénale devient complexe en ce qui concerne les tiers participants, étant donné que la mise en danger de soi n'exclut pas la possibilité qu'un tiers coopère malicieusement à l'exécution par la victime de la conduite à risque dont découleront les blessures de la victime, et qu'il n'y a pas de cas où un tiers exécute la conduite à risque sur la victime avec le plein consentement de cette dernière.

Certains secteurs de la doctrine soutiennent que tant la coopération à l'automutilation que l'automutilation consentie excluent la responsabilité du tiers. Ils considèrent que le résultat dommageable est entièrement imputable à la sphère de responsabilité de la victime, non seulement lorsqu'un tiers facilite l'automutilation de la victime, mais aussi lorsque le dommage résulte d'une activité à risque réalisée par un tiers avec le consentement de la victime, à condition que : l'activité soit organisée avec la victime ; la victime soit auto-responsable ; et le tiers n'ait pas de devoir de protection particulier à l'égard des biens de la victime qui sont affectés.

Cependant, il existe des raisons qui justifient que le tiers soit traité différemment dans les cas d'automutilation que dans les cas d'auto-mutilation, car même si dans le premier cas la victime donne son consentement pour s'engager dans l'activité finalement nuisible, il est clair que la personne blessée ne déclenche pas elle-même le processus de risque, qui aura ensuite un développement imprévisible, et dans la plupart des cas elle ne sera pas en mesure d'évaluer le risque dans toute sa dimension, ni de le contrôler ou de l'annuler, il est clair que la personne lésée ne déclenche pas elle-même le processus de risque qui aura par la suite un développement imprévisible, et dans la plupart des cas, elle ne sera pas en mesure d'évaluer le risque dans toute sa dimension, ni de le contrôler ou de l'annuler par la suite, de sorte que l'individu transfère au tiers toute la capacité de contrôler ou de se désister de la situation. La personne qui accepte de voyager comme passager dans une voiture qui sera conduite par une personne dont on sait qu'elle a consommé une quantité importante de boissons alcoolisées n'a pas le même degré de perception de l'affaiblissement psychomoteur que le conducteur, Il ne peut pas non plus, dans la plupart des cas, mettre fin à la situation à risque ou prendre conscience de la manœuvre à risque que le conducteur peut adopter de manière soudaine et inattendue, soit en dépassant sans visibilité ou dans un espace restreint, soit en ne ralentissant pas au moment précis où le conducteur aborde un virage plus serré.

Ainsi, l'automutilation consensuelle est structurellement différente de l'automutilation, et il est important de déterminer dans quels cas elle doit conduire à la punition du tiers qui a causé le dommage.

Il est notoire que le critère du *contrôle de l'acte* peut être décisif pour distinguer la coopération avec une automutilation impunie (blessure causée par sa propre responsabilité) de la blessure causée par le comportement risqué d'un tiers, mais ce canon ne peut être invoqué comme élément de différenciation dans tous les cas où il existe un *contrôle partagé du risque* entre le tiers et la personne mise en danger.

Pour cette différenciation, le jugement de la juridiction inférieure recourt à l'élément du consentement, qui n'est pas approprié car il élude le fait que la plénitude de l'adhésion exigerait qu'elle soit projetée sur le résultat dommageable poursuivi et, même dans ce cas, que le critère normatif énoncé à l'article 155 du code pénal attribue au consentement une réduction de la peine qui réside dans la valeur inférieure de l'action, mais en aucun cas une insignifiance pénale face à des actes qui entraînent la

la violation de la norme de conduite imposée par le législateur.

Comme le soutiennent les secteurs doctrinaux pertinents, l'automutilation consentie implique une restriction téléologique du type de blessure lorsque le danger est équivalent, dans son aspect matériel, à une automutilation normalement impunie avec la coopération de tiers. Une équivalence qui exige la communion des éléments qui brouillent la responsabilité de l'auteur avec celle de la personne lésée elle-même, concrètement : a) Que la victime ait une connaissance adéquate du risque ; b) Qu'elle consente à l'action risquée qui cause le dommage, sans être poussée par une incitation marquée de l'auteur ; c) Que le dommage soit une conséquence du risque assumé, sans ajouter d'autres négligences de l'exécutant et d) Que la victime, jusqu'au moment de l'absence totale de contrôle du risque, ait pu le contrôler de manière équivalente à l'auteur lui-même. Ceci est tout à fait prévisible à l'égard d'une personne qui, connaissant la pathologie contagieuse d'une autre, décide volontairement et librement d'avoir des relations sexuelles avec elle, sachant que celles-ci sont un vecteur de transmission de la maladie. Une position qui, *obiter dictum* et sans élaborer les raisons sous-jacentes, a été reflétée dans le STS 528/2011, du 6 juin, dont Son Excellence le juge José Manuel Maza Martín était le rapporteur.

DEUXIÈMEMENT - Malgré ce qui précède, l'exposé des faits prouvés dans le jugement du tribunal de première instance ne décrit pas que la victime connaissait et acceptait le risque inhérent aux relations sexuelles qu'elle a eues avec l'accusé dans leur relation de couple. Au numéro 1.2 de l'historique, la Cour décrit que : "*Il n'a pas été prouvé de manière indubitable que Clemencia ignorait la maladie sexuellement transmissible dont souffrait son partenaire et, par conséquent, qu'elle a eu des relations sexuelles avec lui sans en avoir conscience*".

En principe, l'expression "*l'ignorance n'a pas été prouvée*" équivaut à ne pas savoir si le recourant connaissait le risque inhérent au fait d'avoir des relations sexuelles non protégées avec l'accusé, ce qui empêche non seulement d'affirmer que Clemencia a donné son consentement, mais aussi d'évaluer la concomitance des éléments exposés ci-dessus qui permettraient d'exclure la punissabilité en cas d'hétéroposition en danger.

La formulation du compte rendu factuel n'est cependant pas capricieuse, mais parfaitement cohérente avec la motivation juridique de l'arrêt. Dans son troisième motif juridique, le jugement du tribunal inférieur analyse que Clemencia a soutenu en séance plénière que l'accusé ne lui avait jamais avoué qu'il était séropositif, ajoutant que si elle l'avait su, elle n'aurait jamais eu de rapports sexuels "*non protégés*" avec lui. Cependant, dans cette analyse, la Cour résume sa position en affirmant que "*son témoignage, cependant, n'est pas congruent avec le reste de la preuve qui a été présentée*", continuant à refléter l'ensemble des éléments qui conduisent l'organe de jugement à trouver "*un doute raisonnable sur la mesure dans laquelle Clemencia ignorait que Luciano ne souffrait pas de la maladie et, par conséquent, si elle a accepté le risque d'avoir des relations sexuelles avec lui dans de telles conditions*".

Au-delà du fait que le témoignage de la victime découle d'une action policière déclenchée par une vive dispute entre Clemencia et l'accusé, la Cour met en évidence une série d'éléments qui indiquent une réalité contraire à celle exprimée dans le témoignage de la plaignante. Plus précisément, le jugement lie les preuves suivantes :

a) Bien que la plaignante nie catégoriquement avoir su que son partenaire était porteur du VIH, elle a admis devant le tribunal que dans le quartier où ils vivaient et où elle avait grandi (Pozo de Tío Raimundo, Entrevías), on disait que l'accusé était porteur de la maladie, bien qu'elle affirme qu'il l'a nié lorsqu'elle l'a interrogé à ce sujet.

b) Il a également déclaré que l'accusé était connu dans le quartier sous le nom de "*Luciano, el Cebollero*" et qu'il savait que Luciano était un ancien toxicomane et qu'ils consommaient ensemble de la cocaïne et du haschisch quand ils le pouvaient.

c) Clemencia a également admis que la sœur de l'accusé, Vicenta, au début de leur relation, l'a avertie de se protéger, laissant implicitement entendre à quoi elle faisait référence sans autre précision ; cette dernière a déclaré que la réponse de la plaignante était "*que tout allait bien*".

d) Adelaida, une amie du couple qui se trouvait au domicile de Clemencia et Luciano le 21 juin 2014, a ouvertement fait remarquer en plénière que si tout le monde dans le quartier savait que Luciano était porteur du virus, elle ne comprenait pas pourquoi sa compagne Clemencia n'aurait pas dû le savoir.

e) Clemencia, en tant que consommatrice de substances narcotiques (comme elle l'a elle-même reconnu devant le tribunal), et consciente de la toxicomanie de son partenaire avec lequel elle partageait la consommation de drogues, devait être consciente du risque auquel elle s'exposait, non seulement en ayant des relations sexuelles, mais aussi en partageant la consommation de substances narcotiques.

f) Le rapport médical médico-légal inclus dans la procédure (folios 522 et suivants), indique que le défendeur a été examiné à l'hôpital Infanta Leonor le 28 mai 2013 et que le rapport mentionne "*des relations sexuelles à risque..., depuis trois mois des lésions sur le pénis, des démangeaisons...*". *Ça s'aggrave quand il a des rapports sexuels...*", preuve externe de maladie sexuellement transmissible qui amène la Cour à soutenir que Clemencia a dû percevoir et consentir à des relations sexuelles avec risque de transmission de la maladie, étant donné qu'elle a elle-même été diagnostiquée avec l'infection des mois plus tard, en septembre 2013, en plus d'être diagnostiquée comme porteuse du VIH.

g) Ni après ce diagnostic, ni lorsque Clemencia a dénoncé l'agression qui aurait eu lieu le 21 juin 2014, elle n'a inclus une quelconque mention du fait qu'elle était atteinte de la maladie, circonstance dont elle avait connaissance depuis septembre 2013, s'étant par la suite prévalu de l'exemption de témoigner contre son partenaire prévue à l'article 416 de la LECrim. C'est trois mois plus tard qu'elle a signalé l'infection.

Sur la base de cette analyse, la Cour conclut qu'*"il subsiste une marge de doute en faveur du défendeur qui est déterminante pour son acquittement"*. ajoutant que "*l'une des garanties incorporées dans le droit à la présomption d'innocence (art. 24.2 CE) est que la culpabilité de l'accusé doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable et le fait est qu'en l'espèce, parmi les différents faits sur lesquels se fonde l'accusation, le seul qui a été prouvé est que la plaignante a eu une relation sentimentale avec le défendeur et que suite aux relations sexuelles qu'ils ont eues, elle a été infectée par le virus (VIH) dont il était porteur, bien qu'il n'ait pas été établi que Clemencia ignorait la pathologie dont souffrait son partenaire sentimental"*.

Nous avons déjà indiqué à certaines occasions que la présomption d'innocence ne s'étend pas aux causes excluant l'imputabilité (CSST 209/1999, du 29 novembre, 133/1994, du 9 mai ; 36/1996, du 11 mars ; 87/2001, du 2 avril ou 335/2017, du 11 mai). Il n'existe pas de présomption constitutionnelle selon laquelle une personne peut savoir et consentir à être lésée par une atteinte infectieuse à sa santé, lorsque le consentement n'apparaît pas comme un élément négatif du type de préjudice. De cette façon, ce que l'arrêt proclame est la transcendance du principe *in dubio pro reo* à la sphère des circonstances excluant l'illégalité d'un comportement, contredisant ainsi la doctrine initiale de cette Cour qui considère que bien que les éléments constitutifs du crime doivent être prouvés par l'accusation, les facteurs d'exonération et d'atténuation doivent être aussi avérés que l'acte lui-même et la charge de la preuve incombe à la personne qui s'oppose à leur concours (SSTS 489/2004, du 19 avril ou 415/2016, du 18 avril, parmi beaucoup d'autres). Nonobstant cette doctrine, la jurisprudence de cette chambre a annoncé à diverses occasions (SSTS 639/2016, du 19 juillet ; ou 335/2017, du 11 mai) la commodité de l'examen de l'inflexibilité du budget, ayant fini par apprécier l'opérabilité du principe *in dubio pro reo* lorsqu'il existe des indices fondés et stables de l'absence d'illégalité matérielle de...

la conduite (STS 802/2016, du 26 octobre), qui exige que l'allégation n'ait pas été surprenante et que l'accusation ait la possibilité de la réfuter dans un débat contradictoire. Si, dans de telles circonstances, un doute crédible surgit quant à la véracité de l'affirmation d'un fait dont dépend l'illicéité matérielle du comportement, et donc la condamnation ou l'acquittement de l'accusé, si le tribunal exprime directement ou indirectement son doute, c'est-à-dire s'il ne peut exclure avec certitude que les événements se soient déroulés d'une manière différente et plus favorable à l'accusé, et adopte néanmoins la version la plus défavorable à l'accusé, il violerait le principe *in dubio pro reo*, élément judiciaire auxiliaire de pondération, mais d'une valeur singulière comme règle de jugement en raison de sa proximité avec la règle constitutionnelle de la présomption d'innocence.

TROISIÈMEMENT - L'allégation concernant la non-application abusive de l'article 153 du code pénal doit également être rejetée.

L'article 849.1 de la LECRIM établit comme motif de cassation "*Lorsque, compte tenu des faits déclarés prouvés (...) un précepte pénal de nature substantielle ou une autre règle juridique de même nature qui doit être observée dans l'application de la loi pénale a été violé*". Il s'agit donc, comme l'a établi la jurisprudence la plus stable de la Cour, d'un moyen dans lequel seuls les problèmes relatifs à l'application de la règle de droit sont soulevés et discutés, ce qui nécessite inévitablement de partir de faits concrets et stables, qui doivent être ceux soumis à une réévaluation judiciaire. Il s'agit d'un moyen de contestation qui sert à soulever des divergences de nature pénale substantielle, en cherchant à corriger ou à améliorer l'approche juridique donnée dans l'arrêt attaqué à des faits déjà définis. Le moyen exige donc le respect le plus absolu du récit factuel déclaré prouvé ou oblige à en demander préalablement la modification par le biais des articles 849.2 LECRIM (erreur dans l'appréciation des preuves) ou dans la violation du droit à la présomption d'innocence, article 852 de la loi procédurale (STS 589/2010, du 24 juin), car il n'est pas possible de chercher un contrôle de la légalité de la décision judiciaire en modifiant la réalité factuelle justificative en termes d'argumentation, que ce soit en modifiant le récit factuel dans son intégralité par une réinterprétation unilatérale des preuves ou en éliminant ou en introduisant des nuances qui conditionnent ou dévient l'herméneutique juridique appliquée et applicable.

De ce point de vue, il convient de rappeler que l'infraction pénale prévue à l'article 153.1 punit quiconque "par tout moyen ou procédure". *frappe ou maltraite une autre personne sans lui causer de blessures, lorsque l'offensé est ou a été une épouse, ou une femme qui est ou a été liée à lui par une relation d'affection analogue même sans cohabitation, ou une personne particulièrement vulnérable qui vit avec l'auteur*", qui ne trouve en aucun cas un appui factuel dans le jugement de première instance, lequel se contente d'indiquer que "*le 21 juin 2014, vers 20 heures, au domicile familial à Madrid, une dispute a éclaté entre le défendeur et Clemencia, dont les causes et les circonstances n'ont pas été prouvées*".

Le moyen est rejeté.

QUATRIÈME - Le rejet de l'appel entraîne la condamnation de l'appelant aux dépens, conformément aux dispositions de l'article 901 de la LECRIM.

FAILURE

Pour toutes les raisons qui précèdent, au nom du Roi et en vertu de l'autorité qui lui est conférée par la Constitution, cette Cour a décidé ce qui suit

Rejeter le recours formé par le représentant légal de Clemencia contre l'arrêt rendu le 16 avril 2018 par la 26e section de l'Audiencia Provincial de Madrid dans l'affaire 1763/2017, la requérante étant condamnée à payer les frais exposés pour le traitement de son recours.

Communiquer ce jugement à l'Audience provinciale susmentionnée aux fins juridiques appropriées, avec renvoi du dossier qui lui a été adressé, avec accusé de réception.

Cette décision est notifiée aux parties, qui sont informées qu'elle n'est pas susceptible de recours, et elle est insérée dans le recueil des lois.

Il en est ainsi convenu et signé.

Julián Sánchez Melgar Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Susana Polo García