

Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH:

Un documento de opciones de política



Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA

ONUSIDA

UNICEF • PNUD • FNUAP • PNUFID • OIT
UNESCO • OMS • BANCO MUNDIAL

Colección Prácticas Óptimas del ONUSIDA
MATERIAL FUNDAMENTAL

Preparado para el ONUSIDA
por Richard Elliott
Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA, Montreal (Canadá)

Funcionaria Responsable del ONUSIDA:
Miriam Maluwa, Asesora Jurídica y de Derechos Humanos

ONUSIDA/02.12S (versión española, junio de 2002)
ISBN 92-9173-169-2

Versión original en inglés, UNAIDS/02.12E, junio de 2002:
Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: A Policy Options Paper
Traducción – ONUSIDA

© Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) 2002. Reservados todos los derechos. El presente documento, que no es una publicación oficial del ONUSIDA, puede reseñarse, citarse, reproducirse o traducirse libremente, en parte o íntegramente, siempre y cuando se nombre su procedencia.

No se permite su venta o su uso en conexión con fines comerciales sin la aprobación previa por escrito del ONUSIDA (contacto: Centro de Información del ONUSIDA).

Las opiniones expresadas en la presente publicación son de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, por parte del ONUSIDA, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La mención de determinadas sociedades mercantiles o de nombres comerciales de ciertos productos no implica que el ONUSIDA los apruebe o recomiende con preferencia a otros análogos.

Salvo error u omisión, las marcas registradas de artículos o productos de esta naturaleza se distinguen por una letra inicial mayúscula.

ONUSIDA – 20 Avenue Appia – 1211 Ginebra 27, Suiza
Teléfono: (+41) 22 791 36 66 – Fax: (+41) 22 791 41 87
Dirección electrónica: unaids@unaids.org – Internet: <http://www.unaids.org>

Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH:

Un documento de opciones de política



Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA

ONUSIDA

UNICEF • PNUD • FNUAP • PNUFID • OIT
UNESCO • OMS • BANCO MUNDIAL

Ginebra, Suiza
Junio de 2002

Índice

| | |
|---|-----------|
| Resumen de orientación | 5 |
| 1. Antecedentes | 14 |
| 2. Principios rectores | 16 |
| Las decisiones deberían basarse en las mejores pruebas disponibles | 16 |
| La prevención del VIH debe ser el objetivo principal de la política de penalización | 16 |
| La política debe respetar los derechos humanos | 16 |
| Las violaciones de los derechos humanos deben estar adecuadamente justificadas | 19 |
| 3. Aspectos de política | 22 |
| Objetivos del uso del derecho penal | 22 |
| Incapacitación | 22 |
| Rehabilitación | 22 |
| Castigo | 23 |
| Disuasión | 23 |
| Aspectos de política más amplios | 24 |
| Dificultades de las pruebas | 24 |
| Posible efecto perjudicial sobre las iniciativas de salud pública | 26 |
| (1) Refuerzo del estigma relacionado con el VIH/SIDA | 26 |
| (2) Diseminación de información errónea sobre el VIH/SIDA | 26 |
| (3) Desincentivo para la prueba del VIH | 26 |
| (4) Entorpecimiento del acceso al asesoramiento y apoyo | 28 |
| (5) Creación de una falsa sensación de seguridad | 28 |
| Riesgo de procesamiento selectivo | 28 |
| Desigualdades basadas en el género e impacto de la penalización en las mujeres | 29 |
| Invasiones de la intimidad | 29 |
| Conclusion respecto al uso del derecho penal como política | 30 |
| 4. Opciones de política | 32 |
| La legislación sanitaria como alternativa a la penalización | 32 |
| Elementos de la legislación sanitaria | 32 |
| La legislación sanitaria frente al derecho penal | 32 |

| | |
|---|-----------|
| Prevencción del abuso de la legislación y potestad en materia de salud pública | 34 |
| Aplicación del derecho penal: Enfoques, actos y estados mentales | 34 |
| Legislación específica sobre el VIH | |
| frente a la utilización de delitos tradicionales | 35 |
| Determinación de comportamientos prohibidos | 37 |
| (1) Transmisión frente a exposición | 37 |
| (2) Grados de riesgo | 37 |
| (3) Naturaleza de la conducta: coercitiva frente a consensuada | 38 |
| Conducta coercitiva | 38 |
| Conducta consensuada: engaño y no revelación | 38 |
| Determinación de la culpabilidad mental | 40 |
| (1) Grados de culpabilidad mental | 40 |
| (2) Principio de conciencia material | 42 |
| 5. Conclusión y recomendaciones | 44 |
| Facilitación de prevención, atención, tratamiento y apoyo relacionados con el VIH | 44 |
| 1. Proteger contra la discriminación y salvaguardar la intimidad | 44 |
| 2. Abordar las causas subyacentes de la vulnerabilidad a la infección por el VIH y las actividades de riesgo | 44 |
| 3. Asegurar el acceso a las pruebas del VIH, al asesoramiento y al apoyo de calidad para reducir el riesgo | 44 |
| 4. Facilitar el acceso al tratamiento contra el VIH tras la exposición al virus | 44 |
| 5. Derogar o enmendar las leyes que dificultan la prevención, atención, tratamiento y apoyo relacionados con el VIH | 45 |
| Utilización de legislaciones penales o sanitarias coercitivas | 45 |
| 6. Utilizar medidas coercitivas como último recurso | 45 |
| 7. Establecer parámetros sobre el uso del derecho penal | 45 |
| Actuaciones Judiciales | 46 |
| 8. Establecer medidas de protección contra el abuso de la legislación y la potestad normativa sanitaria | 46 |
| 9. Establecer directrices procesales para evitar el abuso del derecho penal | 47 |
| 10. Ofrecer apoyo y servicios jurídicos | 47 |
| 11. Asegurar el derecho a tener abogado | 47 |
| 12. Educar a las autoridades judiciales, la policía, los fiscales y los abogados defensores | 47 |
| 13. Asegurar la imparcialidad en el desarrollo del juicio | 47 |
| 14. Proteger la confidencialidad de la información médica y del asesoramiento | 48 |
| 15. Proteger la confidencialidad durante los procesos judiciales | 48 |
| Bibliografía y material complementario adicional | 49 |

Resumen de orientación

Se han comunicado una serie de casos en que personas VIH-positivas han sido procesadas penalmente por una variedad de actos que transmiten el VIH o corren el riesgo de transmitirlo. En algunos casos, la formulación de cargos se ha presentado por una conducta que es simplemente *percibida* como de riesgo de transmisión, y a veces se han impuesto penas muy severas. Algunas jurisdicciones han llegado a promulgar o enmendar la legislación específicamente para abordar tal comportamiento. Esta cuestión también ha sido objeto de comentarios públicos y académicos.

Los hechos mencionados plantean la cuestión de si el derecho penal y los juicios son respuestas políticas consistentes con los comportamientos de riesgo de transmisión del VIH. Los casos individuales, y la cobertura informativa que los acompañan, pueden provocar una demanda pública de estas respuestas. Sin embargo, existen pocas soluciones sencillas a un problema tan complejo, y deberían evitarse las prisas por legislar en favor de una consideración más atenta. Para contribuir al desarrollo de una política pública consistente, en el presente documento:

- se proponen algunos principios que deberían guiar las concepciones y el desarrollo de leyes y políticas sobre la cuestión del derecho penal y el VIH/SIDA;
- se identifican una serie de consideraciones de política pública que los Estados deberían tener en cuenta al tomar decisiones sobre el uso del derecho penal;
- se examina la alternativa a la penalización presentada por la legislación sanitaria;
- se discute si el derecho penal podría aplicarse justificadamente, y cómo debería hacerse, teniendo en cuenta concretamente:
 - (a) si está justificada la legislación específica sobre el VIH;
 - (b) qué actos que transmiten el VIH o corren el riesgo de transmitirlo podrían ser objeto de sanciones penales; y
 - (c) qué grado de culpabilidad mental debería exigirse para imponer sanciones penales; y
- se ofrecen recomendaciones a los gobiernos, la policía, los fiscales, los jueces y las autoridades sanitarias respecto al uso apropiado de las sanciones penales y las medidas de salud pública coercitivas.

Principios rectores

Al elaborar la política relacionada con el uso de sanciones penales o medidas coercitivas con arreglo a la legislación sanitaria, los funcionarios del gobierno y el poder judicial deben tener en cuenta una serie de principios:

- la mejor prueba científica disponible en relación con las formas de transmisión del VIH y los niveles de riesgo tienen que ser la base para determinar racionalmente si, y cuando, la conducta debería ser objeto de responsabilidad penal;
- el objetivo principal debería ser la prevención de la transmisión del VIH, y éste, antes que cualquier otro objetivo, debería guiar a los responsables de formular políticas en esta área;
- cualquier respuesta jurídica o política al VIH/SIDA, sobre todo el uso coercitivo del poder estatal, debería ser no sólo pragmática en la búsqueda general de la salud

pública sino que también debería ajustarse a las normas internacionales de derechos humanos, particularmente a los principios de no discriminación y de procedimientos justos;

- la acción del Estado que infringe los derechos humanos tiene que estar adecuadamente justificada, de modo que los responsables de formular políticas siempre deben realizar una evaluación del impacto de las leyes o la política en los derechos humanos, y deberían preferir las medidas “menos intrusivas” posibles para lograr el objetivo probadamente justificado de prevenir la transmisión de la enfermedad.

Aspectos de política

Existen una serie de consideraciones que deben tenerse en cuenta al determinar la política legislativa penal en relación con el VIH/SIDA. En primer lugar, los responsables de formular políticas tienen que examinar las funciones del derecho penal, y evaluar si, y hasta qué punto, la penalización contribuirá al objetivo de prevenir la transmisión del VIH. En segundo lugar, los responsables de formular políticas deben ponderar otros factores de política pública que podrían moderar el uso de sanciones penales.

Funciones del derecho penal

Se cree que las sanciones penales cumplen cuatro funciones primordiales. La primera es *incapacitar* al infractor para que no perjudique a otro durante el período de su encarcelamiento. La segunda es *rehabilitar* al infractor, permitiéndole cambiar su comportamiento futuro de modo que no perjudique a otros. La tercera es imponer un *castigo* por el delito: castigar por castigar. La cuarta función es *disuadir* al infractor y a otros de adoptar el comportamiento prohibido en el futuro.

Pero no está claro que esas funciones contribuyan de forma significativa a la prevención de la transmisión del VIH, y, como mucho, ofrecen una base limitada para recurrir al derecho penal como respuesta de política a la epidemia.

En primer lugar, encarcelar a una persona con el VIH no impide que propague el virus, ya sea a través de las visitas conyugales o con un comportamiento de alto riesgo con otros reclusos. Las pruebas indican que las cárceles son a menudo entornos donde es habitual un comportamiento de alto riesgo, en parte debido a la falta de acceso a medios de prevención, como los preservativos o equipo de inyección de drogas estéril.

En segundo lugar, también hay pocas pruebas que permitan pensar que las sanciones penales ‘rehabilitarán’ a una persona de modo que evite un comportamiento futuro de riesgo de transmisión del VIH. La actividad sexual y el consumo de drogas son comportamientos humanos complejos altamente resistentes a medidas contundentes como multas o encarcelamiento. Es más probable que se respalde un cambio de comportamiento a largo plazo con otros enfoques.

En tercer lugar, imponer penas por imponerlas sólo puede justificarse en conductas que sean moralmente condenables, de modo que el derecho penal basado en este objetivo sólo puede aplicarse legítimamente a un subconjunto de casos de transmisión del VIH. Cualesquiera que sean los beneficios de imponer sanciones penales como castigo, debe entenderse que esto no tiene nada que ver con el objetivo principal de prevenir la transmisión del VIH. Al apelar al deseo de castigo en la formulación de las políticas se corre el riesgo de apelar al prejuicio y reforzar la discriminación, sobre todo en el contexto del fuerte estigma que a menudo rodea ya al VIH/SIDA y los individuos o grupos asociados a él.

En cuarto lugar, no está claro si, en la práctica, las sanciones penales actuarán como disuasivo significativo de un comportamiento que puede desembocar en la transmisión del VIH. No obstante, es probable que cualquier efecto esté limitado también a un subconjunto de casos. Si el juicio razonado pesa menos que otras consideraciones menos racionales (como el deseo, el miedo o la adicción), o si una preocupación moral por el bienestar de otros no ha instado todavía al cambio de comportamiento, entonces es poco probable que una prohibición legal obtenga un gran efecto adicional. Finalmente, el consumo de drogas y la actividad sexual persisten incluso ante un posible procesamiento, y cuando se entabla una acción judicial contra esos fenómenos, se los lleva a la clandestinidad, entorpeciendo la prevención del VIH y el acceso a la atención, tratamiento y apoyo apropiados.

Otros aspectos de política pública

Los responsables de formular políticas deberían valorar otros aspectos que ponen de relieve la necesidad de prudencia. En primer lugar, puede plantear dificultades la demostración de ciertos elementos necesarios de un delito más allá de una duda razonable para obtener una condena, como: si el acusado tenía conocimiento de su estado serológico positivo, y conocía los modos de transmisión del VIH en el momento del presunto delito; que fue el acusado quien en realidad infectó al demandante; o que la persona VIH-positiva no reveló su estado al demandante. Los registros relacionados con el asesoramiento y la prueba del VIH pueden ser inadecuados o no existir en algunos entornos y, muy a menudo, no habrá testigos del encuentro entre el acusado y el demandante.

En segundo lugar, los responsables de formular políticas tienen que tener en cuenta también el posible impacto de la penalización sobre las iniciativas en materia de salud pública:

- Adoptar un derecho penal específico sobre el VIH, o divulgar información o declaraciones incendiarias de personajes públicos sobre enjuiciamientos individuales, contribuye al estigma que rodea al VIH/SIDA y a las personas que viven con la enfermedad como “delincuentes en potencia” y como un peligro para el “público en general”.
- De forma similar, el uso demasiado amplio e inapropiado del derecho penal también corre el riesgo de diseminar información errónea sobre cómo se transmite el VIH, resultando en acusaciones y sentencias muy graves cuando no existe un riesgo de transmisión significativo.
- Además, si la persona que conoce su estado serológico positivo se expone a un posible procesamiento penal, los responsables de formular políticas tienen que evaluar si, sea cual sea el efecto disuasivo que tenga el derecho penal en la actividad de riesgo, llegado el momento ese efecto puede ser superado por el perjuicio que provoca sobre la salud pública al disuadir de hacerse la prueba del VIH.
- Al penalizar el comportamiento de riesgo de una persona que vive con el VIH/SIDA se podría minar su confianza en los asesores, si la información que les confía no está protegida de la investigación y del apoderamiento de la policía y la fiscalía. El poner en peligro la confidencialidad puede tener un efecto no sólo respecto al VIH, sino también a la voluntad de buscar tratamiento de otras enfermedades de transmisión sexual, cuya presencia aumenta el riesgo de transmisión del VIH.
- La penalización puede crear una falsa sensación de seguridad en las personas que son (o creen que son) VIH-negativas, porque algunas pueden pensar que la prohibición penal para las “otras” personas (es decir, las que son VIH-positivas)

reduce el riesgo de las relaciones sexuales sin protección. Esto puede socavar el mensaje de salud pública en el sentido de que todo el mundo debe adoptar medidas para reducir o evitar actividades/comportamientos que podrían aumentar sus riesgos de transmisión del VIH.

En tercer lugar, dado el estigma que todavía rodea al VIH y la persistencia de la discriminación relacionada con el VIH, existe el riesgo de que las sanciones penales estén desproporcionadamente dirigidas a los que están social, cultural y económicamente marginados. Los responsables de formular políticas tienen que asegurar que la legislación no se utiliza para elegir como blanco o castigar a personas simplemente por su estado serológico positivo, su orientación sexual, su trabajo como prostitutas, su consumo de drogas ilícitas, u otras condiciones desfavorecidas como ser preso (o ex preso) o inmigrante.

En cuarto lugar, para las mujeres y los varones con una capacidad limitada para revelar su estado serológico respecto al VIH y/o adoptar precauciones para reducir el riesgo de transmisión, puede que ampararse en el derecho penal como respuesta a la actividad de riesgo relacionada con el VIH no sirva de protección. Más bien puede imponer una carga adicional sobre los que están doblemente en desventaja por la infección por el VIH (con sus costos sociales y económicos concomitantes) y por su vulnerabilidad a la violencia y otros abusos.

Finalmente, los responsables de formular políticas tienen que preocuparse por la posible intrusión en la intimidad personal, a través de la posible pérdida de confidencialidad del asesoramiento, de los registros de salud o de la publicidad de los procesamientos judiciales. Debería examinarse si otras alternativas pueden lograr los objetivos que se supone que cumple la penalización con menos intrusión en la intimidad de las personas.

Opciones de política

A la luz de los principios rectores y las consideraciones políticas esbozadas, los responsables de formular políticas deberían estudiar las alternativas a la penalización para prevenir la transmisión del VIH. La legislación sanitaria es una alternativa que debería tenerse en cuenta. Si, por otro lado, el uso de la potestad normativa en materia de salud pública puede lograr los objetivos que pretende cumplir la penalización, a la vez que se perjudica menos a las iniciativas en materia de salud pública y otros intereses importantes (como el derecho a la no discriminación, los procedimientos justos y la intimidad), en tal caso recurrir al derecho penal puede ser innecesario e injustificado.

La legislación sanitaria como alternativa

Los responsables de formular políticas tienen que examinar de qué modo las intervenciones en materia de salud pública pueden lograr los objetivos en este campo:

- El derecho penal es más apto para castigar que la legislación sanitaria, pero en un terreno con un estigma y una discriminación ya considerables, hay que tener mucho cuidado de evitar que el deseo de castigo en casos individuales determine la política pública, sobre todo si hay otras consideraciones políticas importantes en competencia.
- Con respecto al objetivo de la rehabilitación, hay un mayor campo para la flexibilidad en intervenciones con arreglo a la legislación sanitaria. Antes que responder simplemente con enjuiciamientos y castigos, la potestad normativa en materia de salud pública podría utilizarse para apoyar a las personas a evitar los comportamientos que pueden desembocar en la transmisión del VIH, abordando posibles circunstancias subyacentes como la adicción o la violencia doméstica.

- En casos extremos, la legislación sanitaria ofrece intervenciones coercitivas que son preferibles y más eficaces que el procesamiento penal para alcanzar el objetivo de la incapacitación. Ampararse en la potestad normativa en materia de salud pública podría dar como resultado en la detención de un individuo que persiste en comportamientos que exponen injustificadamente a otros a una situación de riesgo, si fracasan las medidas menos intrusivas, y la colocación de esa persona en un entorno con menos actividad de alto riesgo que una cárcel (y donde, en consecuencia, hay servicios de atención de salud disponibles, cumpliendo mejor el objetivo de rehabilitación).
- Finalmente, las intervenciones en materia de salud pública pueden no sólo ajustarse mejor a las circunstancias individuales que la medida contundente de un procesamiento penal; también pueden pasar a ser cada vez más coercitivas, si es necesario, al tiempo que permiten un mejor equilibrio de la libertad individual y la protección de la salud pública.

Como en el caso del derecho penal, hay que intentar asegurar que la legislación sanitaria (sobre todo sus aspectos más coercitivos), no se utilice mal. Sin olvidar el principio rector de “cuanto menos intrusivo, más eficaz”, se recomiendan intervenciones graduales en el ejercicio de la potestad normativa en materia de salud pública, utilizando las medidas coercitivas, como la detención, sólo como último recurso, y con las garantías necesarias para asegurar que tal potestad no se utiliza mal y se aplica de forma coherente con los principios, normas y criterios de los derechos humanos.

Aplicación del derecho penal: aspectos que hay que tener en cuenta

Recordando los principios rectores identificados más arriba, los responsables de formular políticas tienen que abordar al menos tres aspectos importantes para determinar los parámetros de la penalización:

- ¿Debería promulgarse una legislación específica sobre el VIH en lugar de utilizar los delitos generales?
- ¿Qué actos deberían estar sujetos a prohibición penal?
- ¿Qué grado de culpabilidad mental debería exigirse para la responsabilidad penal?

¿Debería promulgarse una legislación específica sobre el VIH en lugar de utilizar los delitos generales?

Promulgar estatutos penales específicos sobre el VIH podría conducir a una definición más clara de lo que está prohibido que dejar que los tribunales decidan cómo se aplican los delitos tradicionales a la transmisión/exposición al VIH, y reduciría al mínimo la posibilidad de que los tribunales fueran demasiado lejos o aplicaran inadecuadamente la legislación, con consecuencias perjudiciales como las identificadas más arriba. Sin embargo, existen también muchos argumentos en contra de los estatutos específicos sobre el VIH. Pueden ser innecesarios, teniendo en cuenta que ya existen los delitos penales. Además, podrían sencillamente añadirse a las posibles acusaciones presentadas, con lo que se socavaría el posible beneficio de un estatuto atentamente redactado. Tampoco es probable que tuvieran un efecto disuasivo adicional más allá del que producen los enjuiciamientos por los delitos penales tradicionales. Aún más importante, distinguiría a las personas que viven con el VIH/SIDA como delincuentes en potencia, contribuyendo al estigma y la discriminación y socavando otros intentos de prevención y atención relacionados con el VIH. Las *Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas advierten en contra de los delitos específicos sobre el VIH.

¿Qué actos deberían estar sujetos a prohibición penal?

En situaciones en que se considera la opción de la penalización, al definir la conducta que podría ser penalmente prohibida, es mejor elegir un comportamiento que produzca un riesgo de transmisión, no sólo en los casos en que la transmisión se produce realmente. La ley también tiene que ser clara acerca del grado de riesgo de transmisión del VIH que recogerá el derecho penal. Teniendo en cuenta los principios rectores y las consideraciones de política perfiladas más arriba, sólo el comportamiento que conlleve un riesgo “significativo” de transmisión del VIH puede ser penalizado legítimamente. Ampliar el derecho penal a las acciones que no plantean un riesgo significativo de transmisión:

- trivializaría el uso de sanciones penales;
- impondría penas desproporcionadamente severas a cualquier delito posible;
- discriminaría a la persona acusada sobre la base de su estado serológico, en lugar de centrarse en su comportamiento;
- no avanzaría en el objetivo primordial de prevenir la transmisión del VIH, y
- en realidad socavaría los intentos de prevención del VIH perpetuando la percepción errónea de que el comportamiento en cuestión puede conllevar un riesgo significativo de transmisión porque puede ser objeto de procesamiento penal.

La determinación de lo que se considera un riesgo “significativo” de transmisión del VIH con fines de responsabilidad penal debería guiarse por datos consistentes relacionados con los niveles de riesgo de distintas actividades. El principio de la moderación en el uso de medidas coercitivas aconseja que el derecho penal sea utilizado más apropiadamente con respecto a los actos que de verdad conlleven el riesgo más elevado de transmitir el VIH, que en los que conlleven un riesgo bajo o insignificante.

La conducta que implica el riesgo de transmisión del VIH puede ser forzada (por ej., violación, herida con una aguja) o bien puede ser una actividad a la que los participantes consienten claramente (por ej., relaciones sexuales de mutuo acuerdo, uso compartido de equipo de inyección). ¿Cómo debe tratarlas la ley?

Además, dado que el comportamiento de agresión física está penalizado en sí mismo, conlleve o no el riesgo de infección por el VIH, el estado serológico respecto al VIH del agresor es irrelevante a la hora de determinar si se ha cometido o no un delito. Si el estado serológico positivo del agresor se trata como un factor “agravante” porque hubo un riesgo adicional de perjuicio, entonces éste debe basarse en pruebas sólidas de que tal riesgo significativo adicional existió. Las acusaciones más graves y las penas más severas no pueden basarse únicamente en el hecho de que un acusado sea VIH-positivo. A falta de tales pruebas, esto supondría una discriminación injustificable.

Aplicar el derecho penal a una actividad claramente consentida que conlleva el riesgo de transmisión del VIH (por ej., compartir el equipo de inyección) es más complicado. Aquí la cuestión es el significado de “consentimiento”. La actividad sexual, con cualquier pareja, siempre conlleva ciertos riesgos de mayor o menor perjuicio, ya sea el embarazo no deseado o la enfermedad. A diferencia del caso de las relaciones sexuales forzadas, que debe ser objeto de responsabilidad penal, una persona que participa en relaciones sexuales no forzadas no necesita conocer el estado serológico respecto al VIH de su pareja sexual para tomar decisiones válidas. Esa persona puede decidir no participar en ciertos actos sexuales para evitar el mayor grado de riesgo que pueden plantear, puede decidir adoptar medidas preventivas para reducir el riesgo a un nivel que considere aceptable (por ej., utilizar un preser-

vativo), o puede decidir tener relaciones sexuales sin protección, consciente de que puede existir riesgo de transmisión del VIH.

Si una persona conoce el estado serológico positivo de su pareja cuando acepta participar en una actividad de riesgo, y no existe coacción, no hay justificación para formular cargos en contra de la persona VIH-positiva.

Pero, ¿debería ser un delito penal que una persona que sabe que es VIH-positiva obtenga el “consentimiento” de una pareja para un comportamiento que implique el riesgo de transmisión del VIH con *engaño*: es decir, desfigurando voluntariamente el hecho que esa persona sea VIH-negativa? ¿Debería ampliarse la responsabilidad penal a casos en que sencillamente no se reveló la seropositividad de la otra persona que participa en una actividad que le expone a riesgo de infección? El presente documento de política propone que pueden aplicarse sanciones penales a los casos de engaño, pero que el mero hecho de no revelar el estado serológico positivo no debería constituir delito penal.

La cuestión es encontrar el equilibrio entre los principios rectores. Respetar la autonomía de las personas significa que, como norma general, el Estado no debería interferir en la decisión de una persona de participar en una actividad en que corre el riesgo de salir perjudicada (como las relaciones sexuales sin protección). Pero el engaño que podría causar un perjuicio grave socava la libre adopción de decisiones.

Se penaliza el engaño deliberado con la intención de fomentar el objetivo de prevenir la transmisión del VIH mediante el efecto disuasivo (si existe) de penalizar a la persona que engaña voluntariamente a una pareja para lograr su “consentimiento” para una actividad de riesgo. A falta de una justificación o excusa, es una conducta que puede ser calificada de moralmente censurable, y en consecuencia es merecedora de castigo en forma de sanciones penales.

Pero ¿debe ir más lejos la legislación y penalizar a la persona VIH-positiva que participa en una actividad claramente consentida sin revelar su seropositividad? Dicho de otro modo, ¿debe el derecho penal imponer la obligación de revelar la infección por el VIH? A diferencia del caso de engaño deliberado, en el caso de simple no revelación, la pareja de la persona VIH-positiva no ha sido engañada para que base su decisión en una mala información intencionada. Si bien el fomento del respeto por la autonomía podría justificar las sanciones penales por engaño deliberado, es un argumento más débil para penalizar el mero silencio.

Además, disponer de un derecho penal que exija revelar la infección por el VIH recaería más severamente sobre aquellos cuyas circunstancias ya les dificultan revelar su estado. Al menos, si la ley se ampliara tanto, deberían concretarse todas las obligaciones de revelar la infección por el VIH; la ley debería reconocer que la responsabilidad penal podría eludirse adoptando precauciones para reducir el riesgo de transmisión (por ej., practicando relaciones sexuales más seguras).

Si el derecho está limitado a penalizar el engaño o si se amplía hasta penalizar la no revelación, teniendo en cuenta las consecuencias adversas de la revelación para la persona VIH-positiva, las sanciones criminales sólo deberían aplicarse a los casos en que el comportamiento plantea un riesgo significativo de transmisión del VIH. Esto respetaría adecuadamente la autonomía de las parejas sexuales de las personas que viven con el VIH, y satisfaría el importante objetivo de prevenir la propagación del VIH, al tiempo que se tendrían en cuenta los riesgos de la revelación y la posibilidad de medios alternativos para reducir la posibilidad de transmisión.

Sin duda, permitir que la persona VIH-positiva eluda la responsabilidad penal adoptando precauciones es una buena política pública: penalizar a la persona VIH-positiva, que, aunque no revele su estado, en realidad practica relaciones sexuales más seguras o busca la forma de reducir el riesgo de transmisión, sería directamente contraproducente para el objetivo de prevenir la transmisión. Algunos tribunales han reconocido la importancia de restringir el derecho penal a los casos en que haya un “riesgo significativo” de transmisión del VIH; y también se ha propuesto que adoptar precauciones como el uso del preservativo debería considerarse que reduce suficientemente el riesgo de transmisión del VIH para que no exista responsabilidad penal por no revelar la infección por el VIH.

¿Qué grado de culpabilidad mental debería exigirse para la responsabilidad penal?

El derecho penal debe definir no sólo la conducta prohibida, sino también cuándo esa conducta es culpable y cuándo inocente. La culpabilidad es una cuestión del estado mental de la persona acusada en el momento en que adopta el comportamiento prohibido. No siempre está claro dónde está el límite de la culpabilidad penal, y dependerá en parte de la gravedad del delito. El derecho penal reconoce diferentes grados de culpabilidad mental, y no todos ellos justifican el procesamiento penal y el castigo en todas las circunstancias.

En general, la ley reconoce tres niveles de culpabilidad mental: intención, imprudencia y negligencia (normalmente se requiere negligencia “grave” para la responsabilidad penal, en oposición a la civil). Si bien los casos de transmisión *intencionada* del VIH son relativamente raros, es evidente que, sin embargo, tal grado de culpabilidad mental es el que más aparece en el campo de aplicación del derecho penal. Es más cuestionable que el derecho penal deba ampliarse al comportamiento *imprudente* o *negligente* en el contexto de la transmisión/exposición al VIH, y deben tenerse en cuenta una serie de factores:

- el grado de riesgo que debería definirse jurídicamente como “injustificable”, de modo que correr este nivel de riesgo podría equipararse a una imprudencia criminal;
- cuando la conducta equivale a una “desviación substancial” del grado de conducta cuidadosa que se espera de una persona normal y razonable, de modo que pueda considerarse una negligencia penal.

Reducir el umbral de responsabilidad penal por debajo de la transmisión o exposición *intencionada* al VIH plantea una preocupación sobre los posibles sesgos y prejuicios que entren en la interpretación y aplicación del derecho penal si la responsabilidad se basa en unos conceptos tan difíciles y vagamente definidos.

Sea cual fuere el grado de culpabilidad mental que se considere suficiente para imputar responsabilidad, los principios básicos de justicia en el derecho penal requerirían que, como mínimo, la persona acusada que participa en una actividad que transmite el VIH o corre el riesgo de transmitirlo tiene que ser consciente de su estado serológico respecto al VIH para que pueda ser objeto de responsabilidad penal.

Además, el requisito de una “mente culpable” lleva a pensar que, para ser considerada responsable penalmente, la persona VIH-positiva debería comprender que el VIH es una enfermedad transmisible y cómo se transmite: es decir, tiene que entender que su comportamiento conlleva el riesgo de causar un perjuicio personal al infectar a otra persona. No es justo sancionar penalmente a una persona que no

tiene conocimiento de que su comportamiento puede perjudicar a otra, a menos que pueda decirse que es “gravemente negligente” por no ser consciente de este riesgo. A nivel pragmático, esto refuerza la necesidad de precaución en el uso del derecho penal, para no procesar comportamientos que no conllevan un riesgo significativo de transmisión. A nivel ético, también destaca la necesidad de moderación y de evitar la penalización cuando un individuo no es consciente de que su comportamiento conlleva un riesgo. En tales circunstancias, el objetivo de prevenir la transmisión del VIH exige educación, no procesamientos.

Recomendaciones

El presente documento presenta numerosas recomendaciones dirigidas a informar acerca del desarrollo de políticas públicas consistentes en el ámbito del derecho penal y el VIH/SIDA, como las siguientes:

- proteger contra la discriminación y proteger la intimidad;
- abordar las causas subyacentes de vulnerabilidad a la infección por el VIH y las actividades de riesgo;
- asegurar el acceso a las pruebas del VIH, al asesoramiento y al apoyo de buena calidad para la reducción del riesgo;
- asegurar el acceso a tratamiento contra el VIH tras la exposición al virus;
- derogar o enmendar las leyes que dificultan la prevención, atención, tratamiento y apoyo relacionados con el VIH;
- utilizar medidas coercitivas como último recurso;
- establecer parámetros en el uso del derecho penal para evitar su excesiva ampliación;
- establecer medidas de protección contra el abuso de la legislación y potestad en materia de salud pública;
- establecer pautas de enjuiciamiento para evitar el abuso del derecho penal;
- ofrecer apoyo y servicios jurídicos;
- asegurar el derecho a tener abogado;
- educar a las autoridades judiciales, la policía, los fiscales y los abogados defensores;
- asegurar la imparcialidad en el desarrollo del juicio;
- proteger la confidencialidad de la información médica y del asesoramiento;
- proteger la confidencialidad durante los procedimientos judiciales.

1. Antecedentes

*El SIDA nos enfurece. Pero en el ámbito del régimen jurídico tenemos que ser racionales. En ese campo, nuestro principio rector deberá ser algo más que la formulación de una respuesta a una epidemia peligrosa. Debemos promulgar leyes eficaces y justas que contribuyan a reducir la propagación del SIDA.*¹

*Es muy manido decir que las leyes no pueden ser una panacea para todas las enfermedades sociales. Antes de recurrir al rudo instrumento del derecho penal tenemos que estar seguros de que tendrá algún impacto en el problema que abordamos. También debemos asegurarnos de que, en definitiva, el uso del derecho penal no será contraproducente, y de que no será más perjudicial que beneficioso.*²

En los últimos 15 años, se han comunicado una serie de casos en los que personas VIH-positivas han sido inculpadas por diversos actos que desembocaron en la transmisión del VIH o supusieron el riesgo de transmisión. En algunos casos, se han presentado cargos por conductas que son meramente *percibidas* como de riesgo de transmisión, a veces con la imposición de penas muy severas. Numerosas jurisdicciones han promulgado o enmendado leyes específicamente para abordar esos comportamientos. La cuestión también ha suscitado considerables comentarios académicos.

Estas circunstancias exigen que los Estados examinen si el derecho penal y los procesamientos son unas respuestas políticas acertadas frente a comportamientos que conllevan el riesgo de transmitir el VIH. Los casos individuales, y la información mediática que los acompaña, pueden incitar la exigencia pública de adoptar respuestas de esta índole. Pero es importante tener en cuenta la siguiente precaución:

*Habrá llamamientos a la “ley y al orden” y a “declarar la guerra al SIDA”. Hay que estar en guardia contra los que reclaman soluciones simples, porque en la lucha contra el VIH/SIDA no hay soluciones simples. En particular, no hay que confiar en la ampliación del derecho penal.*³

Para ser acertada, la política debe desarrollarse teniendo cuidadosamente en cuenta el “panorama general”. Los responsables de tomar decisiones tienen el deber de estar alerta frente a la proliferación de lo que el juez Kirby ha denominado “un nuevo virus: el LSI, de leyes sumamente inútiles”.⁴ Con la finalidad de fomentar el desarrollo de políticas públicas acertadas, el presente documento:

- propone algunos principios que deberían guiar la concepción y el desarrollo de leyes y políticas acerca de la cuestión del derecho penal y el VIH/SIDA;
- evalúa la coherencia de las cuatro principales justificaciones para recurrir al derecho penal;
- identifica una serie de consideraciones de política pública que los Estados deberían tener en cuenta cuando toman las decisiones acerca del uso del derecho penal;

¹ Honorable Juez Michael Kirby. HIV and Law - A Paradoxical Relationship of Mutual Interest. Documento presentado en el Congreso Mundial de ETS/SIDA, de la IUVDT, en Singapur, el 22 de marzo de 1995. Disponible en línea en www.fl.asn.au/resources/kirby/papers/.

² Holland W (1994) HIV/AIDS and the Criminal Law. *Criminal Law Quarterly*, 36(3): 279 a 316.

³ Honorable Juez Michael Kirby, Tribunal Superior de Australia. The Ten Commandments. [Australian] *National AIDS Bulletin*, marzo de 1991: 30–31.

⁴ Honorable Juez Michael Kirby. The New AIDS Virus—Ineffective and Unjust Laws. *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* 1988; 1: 304-312.

- examina la alternativa a la penalización presentada por la legislación sanitaria;
- plantea si el derecho penal puede aplicarse justificadamente, y cómo, considerando
 - (a) si la legislación específica sobre el VIH está garantizada;
 - (b) qué actos de los que transmiten el VIH o corren el riesgo de transmitirlo podrían estar sujetos a sanciones penales, y
 - (c) qué grado de culpabilidad mental debería exigirse para imponer sanciones penales.
- concluye con recomendaciones a los gobiernos, la policía, los fiscales, los jueces y las autoridades de salud pública por lo que se refiere al uso apropiado de sanciones penales y medidas de salud pública coercitivas.

2. Principios rectores

Al desarrollar políticas relacionadas con el uso de sanciones penales o medidas coercitivas con arreglo a la legislación sanitaria, los funcionarios del gobierno y las autoridades judiciales deberían tener en cuenta una serie de principios, a saber:



Las decisiones deberían basarse en las mejores pruebas disponibles

Las mejores pruebas científicas disponibles en relación con las formas de transmisión del VIH y los grados de riesgo deben ser la base para determinar racionalmente si, y cuándo, un comportamiento debería estar sujeto a responsabilidad penal. “Como en cualquier ámbito legislativo, es esencial basar las respuestas judiciales (para que sean eficaces) en una buena comprensión empírica del objetivo que se espera cumplir con la ley... la legislación sobre el SIDA no debe basarse en la ignorancia, el miedo, la conveniencia política y la condescendencia con las exigencias de la ciudadanía de adoptar medidas ‘duras’... Una buena legislación, como una buena ética, se fundamentará en buenos datos.”⁵



La prevención del VIH debe ser el objetivo principal de la política de penalización

Cualquier respuesta jurídica o normativa tiene que tener en cuenta que prevenir la propagación del VIH es el objetivo individual más importante. Esto no significa que deban abandonarse las demás consideraciones. La cuestión es sencillamente que los demás objetivos por los que se recurre al derecho penal deben ser secundarios. La política de derecho penal no puede sacrificar la prevención del VIH para perseguir otros objetivos.



La política debe respetar los derechos humanos

“Diversos años de experiencia abordando la epidemia de VIH/SIDA han confirmado que la promoción y protección de los derechos humanos constituyen un componente esencial para prevenir la transmisión del VIH y reducir el impacto del VIH/SIDA.”⁶ Cualquier respuesta jurídica o normativa al VIH/SIDA, sobre todo el uso coercitivo del poder del Estado, debería ser no sólo pragmática en el objetivo general de la salud pública, sino también ajustarse a las normas internacionales de derechos humanos.

En particular, deben respetarse el principio de **la no discriminación y la igualdad**, y el principio del **juicio con todas las garantías legales**. Debe prestarse especial atención a las normas de derechos humanos cuando se preparan leyes o políticas relacionadas con el VIH/SIDA, a la luz de la discriminación y el estigma pasados y actuales contra las personas que viven con el VIH/SIDA, contra grupos e individuos vulnerables al VIH/SIDA, y contra grupos o individuos habitualmente percibidos como afectados por la enfermedad.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁷ que viene a ser un derecho internacional consuetudinario vinculante en todos los países, proclama:

⁵ Kirby. HIV and Law – A Paradoxical Relationship of Mutual Interest, *supra*.

⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA. *El VIH/SIDA y los derechos humanos. Directrices internacionales*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 1998: párrafo 72. Véase también: Dwyer J, “Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of HIV.” *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1993; 9: 167.

⁷ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A(III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, U.N. Doc. A/810 (adoptada el 10 de diciembre de 1948) [de ahora en adelante DUDH].

Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 2: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado.

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, con arreglo a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Además, los Estados que son partes del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* también tienen obligaciones jurídicamente vinculantes con arreglo a ese tratado que refuerzan los principios básicos establecidos en la *Declaración Universal* con respecto al derecho a la igualdad ante la ley y al derecho al juicio con todas las garantías legales si se formulan cargos contra una persona.⁸

Aunque no sean jurídicamente vinculantes, las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, elaboradas por el ONUSIDA y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, son una guía útil para que los responsables de formular políticas se aseguren de que las políticas respetan las obligaciones en materia de derechos humanos jurídicamente vinculantes. Dos de las directrices abordan directamente la cuestión que nos ocupa:

Directriz 3: *Los Estados deberían analizar y reformar la legislación sanitaria para que se preste suficiente atención a las cuestiones de salud pública planteadas por el VIH/SIDA, para que las disposiciones sobre las enfermedades de transmisión casual no se apliquen indebidamente al VIH/SIDA y que estas disposiciones concuerden con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.*

Directriz 4: *Los Estados deberían reexaminar y reformar las leyes penales y los sistemas penitenciarios para que concuerden con las obligaciones internacionales de derechos humanos y que no se apliquen indebidamente a los casos de VIH/SIDA ni se utilicen contra los grupos vulnerables.*

El respeto de los derechos humanos exige, entre otras cosas, que las personas que viven con el VIH/SIDA no estén sometidas a penalización u otras medidas coercitivas únicamente sobre la base de su estado serológico respecto al VIH. La Organización Mundial de la

⁸En particular, véanse los siguientes artículos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 999 U.N.T.S. 171 (1966) [de ahora en adelante PIDCP]: Artículo 2 (igualdad de derechos sin discriminación); Artículo 9 (protección frente al arresto o detención arbitrarios; derecho a conocer la razón del arresto, juicio en un período de tiempo razonable, etc); Artículo 10 (derecho de toda persona detenida a ser tratada con humanidad y respeto por su dignidad); Artículo 14 (derecho a la igualdad ante la ley, derecho a un juicio con garantías, derecho a la presunción de inocencia, derecho a un mínimo de garantías de justicia y proceso con todas las garantías legales sin discriminación, derecho a la revisión de la condena y la sentencia por un tribunal más elevado, etc); Artículo 15 (derecho a no ser considerado culpable por cualquier acto u omisión que no fuera un delito penal en el momento del acto cometido); y Artículo 26 (derecho a la igualdad ante la ley y a la igualdad de protección de la ley).

Salud ha concluido que “no existen razones de salud pública para justificar el aislamiento o la cuarentena basados exclusivamente en el hecho de que se sospeche o tenga conocimiento de que una persona está infectada por el VIH”.⁹ Las leyes y las políticas relacionadas con la transmisión/exposición al VIH no deberían destacar especialmente el VIH con respecto a otras enfermedades transmisibles similares. Hacerlo significaría no sólo estigmatizar directamente el VIH/SIDA y las personas que viven con el VIH/SIDA (y los grupos asociados con el VIH/SIDA en la conciencia pública), sino que sería contrario al principio de igualdad ante la ley. Aplicar medidas coercitivas a las personas simplemente basándose en su estado serológico respecto al VIH vulnera el derecho a la igualdad de protección ante la ley y a la ausencia de discriminación,¹⁰ así como el derecho a la libertad de movimiento,¹¹ el derecho a la libertad y la seguridad de la persona,¹² el derecho a la libertad de reunión,¹³ y el derecho a no ser tratado o castigado de forma cruel, inhumana o degradante.¹⁴

Igualmente, los funcionarios del gobierno (incluidos los que tienen responsabilidad en materia de justicia, instituciones penitenciarias y salud), legisladores, jueces y profesionales del derecho y de la salud, los medios de comunicación y los líderes de la comunidad no deberían contribuir a la estigmatización del VIH/SIDA y de las personas infectadas o afectadas por la enfermedad porque, en última instancia, al hacerlo se perjudica la salud pública. Así, debe evitarse cuidadosamente el lenguaje provocador y/o discriminatorio en las discusiones de una cuestión tan controvertida como la penalización de la transmisión/exposición al VIH.

Los responsables de formular políticas también deberían tener en cuenta que la pertinencia o utilidad de las sanciones penales (u otras medidas casipenales coercitivas) como respuesta a la pandemia de VIH/SIDA son generalmente limitadas. Algunos podrían presentar la penalización de la transmisión/exposición al VIH como “una postura dura” en la “lucha contra el SIDA”. Pero en realidad, es poco probable que, en general, tales medidas logren frenar la propagación del VIH: “Las leyes y políticas públicas sobre el VIH/SIDA tendrán sólo un papel menor en la reducción de la propagación del virus. No hay que poner demasiada fe en las leyes coercitivas como medio de frenar la propagación.”¹⁵

Aparte del riesgo de violar los derechos humanos, esos enfoques también pueden ir en detrimento, a un macronivel, de la salud pública, desviando los recursos y la atención de las políticas e iniciativas tales como: educación sobre el VIH/SIDA; acceso a los medios de protección contra la infección; acceso a las pruebas, servicios de tratamiento y apoyo; y remedios para las causas fundamentales de la vulnerabilidad a la infección por el VIH (por ej.: pobreza, violencia, discriminación y abuso de sustancias). Como advierten las *Directrices internacionales* sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos:

⁹ Organización Mundial de la Salud. *Social Aspects of AIDS Prevention and Control Programmes*. Programa Especial de la OMS sobre el SIDA, Ginebra, 1 de diciembre de 1987, WHO/SPA/GLO/97.2; Asamblea Mundial de la salud, cuadragésimo quinta reunión (1992). *Estrategia mundial para la prevención y control del SIDA*. Resolución WHA 45.35, 14 de mayo de 1992. Este principio ha sido ampliamente reconocido en muchos entornos. A modo de ejemplo, véase: Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “La protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).” Resoluciones de 3 de marzo de 1995 (U.N. Doc. RES/HS/95/124) y 4 de marzo de 1994 (Resolución 1994/49); *Handbook for Legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights*. Ginebra: ONUSIDA y Unión Interparlamentaria, 1999 (en pp. 45-46); “The Law and HIV/AIDS in Kenya,” en *AIDS in Kenya: Socioeconomic Impact and Policy Implications* (S Forsythe & B Rau eds.), Family Health International/AIDSAP, 1996 (en: www.arcc.or.ke/nascop/law.htm); Namibian HIV/AIDS Charter of Rights (1 de diciembre de 2000) (en: www.lac.org.na); “AIDS & HIV Charter”, AIDS Consortium, Sudáfrica (en: www.aidsconsortium.org.za); Charter of Persons with HIV/AIDS, National AIDS Authority, Camboya (sin fecha); Consejo de Europa, Comisión de Ministros. Recomendación N° R (89) 14 sobre Aspectos éticos de la infección por el VIH en la atención sanitaria y los entornos sociales (24 de octubre de 1989), 41 *International Digest of Health Legislation* 39 (1990); “AIDS Prevention & Control,” Plan Nacional de Salud (1996-2001), Ministerio de Sanidad, Myanmar (en: www.burmaproject.org/burmadebate/spring98hivaid.html).

¹⁰ *Directrices internacionales, supra*; *DUDH*, Artículos 1, 2 y 7; *PIDCP*, Artículos 2, 14 y 26; Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resoluciones 1995/44 (3 de marzo de 1995) y 1996/43 (19 de abril de 1996); Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comentario general N° 18 (37). *Actas oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto periodo de sesiones, suplemento N° 40 (A/45/40)*, vol. 1, Anexo VI A.

¹¹ *Directrices internacionales, supra* en párrafo 105.

¹² *Directrices Internacionales, supra* en párrafo 110; *DUDH*, Artículo. 3; *PIDCP*, Artículo 9.

¹³ *DUDH*, Artículo 20; *PIDCP* Artículos 21 y 22.

¹⁴ *DUDH* Artículo 5; *PIDCP* Artículo 7; *Directrices internacionales, supra* en párrafos 129-131.

¹⁵ Kirby. *The Ten Commandments, supra*.

Un aspecto de la interdependencia de los derechos humanos y la salud pública lo prueban los estudios que demuestran que los programas de prevención y atención médica del VIH de carácter coercitivo o punitivo suscitan una menor participación y una mayor alienación de los amenazados de infección. En particular, las personas no solicitarán consultas, pruebas, tratamiento y apoyo respecto del VIH si ello conlleva discriminación, falta de confidencialidad y otras consecuencias negativas. Por tanto, es evidente que las medidas sanitarias coercitivas disuaden a las personas que más las necesitan y no dejan conseguir el objetivo de salud pública que es la prevención mediante el cambio de las conductas, la atención médica y el apoyo sanitario.¹⁶



Las violaciones de los derechos humanos deben estar adecuadamente justificadas

A veces, los responsables de formular políticas invocan consideraciones de salud pública como justificación para legislaciones, políticas o prácticas que afectan negativamente los derechos humanos, como la libertad. En algunos casos, tales restricciones de los derechos humanos están justificadas. Pero en otros casos no lo están. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* afirma que:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.¹⁷

Específicamente con respecto a la privación de libertad, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) afirma que:

Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.¹⁸

Con respecto al derecho a la libertad de movimiento, el PIDCP afirma que este derecho “no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.¹⁹ Las mismas protecciones conciernen a las restricciones al derecho a la libertad de asociación con otros con arreglo al PIDCP.²⁰

Las medidas coercitivas deben utilizarse con moderación y como último recurso. “La dificultad a que se enfrenta nuestra sociedad es utilizar las medidas disponibles de forma suficiente para limitar la propagación del SIDA [sic: VIH], sin ir tan lejos como para suprimir las libertades individuales.²¹ La acción del Estado para prevenir la transmisión de la enfermedad debería seguir el principio de que son siempre preferibles las medidas “lo menos intrusivas” posible para lograr el objetivo demostradamente justificado, de modo que menoscaben mínimamente derechos e intereses importantes. Según la *Declaración*

¹⁶ *Directrices internacionales*, párrafo 74; J Dwyer. “Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of HIV.” *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1993; 9: 167.

¹⁷ *DUDH*, Artículo 29(2).

¹⁸ *PIDCP*, Artículo 9(1).

¹⁹ *PIDCP*, Artículo 12(3).

²⁰ *PIDCP*, Artículo 22(2).

²¹ R Friedman. The Application of Canadian Public Health Law to AIDS. *Health Law in Canada* 1988–89; 9: 49 a 49.

Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estos requisitos se reflejan en las *Directrices internacionales* sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos:

Según la normativa internacional de derechos humanos, los Estados pueden imponer limitaciones a algunos derechos en circunstancias estrictamente definidas si es necesario para alcanzar objetivos primordiales como, por ejemplo, la salud pública (...) Para que una limitación de los derechos humanos sea legítima, el Estado debe comprobar que: (...) está basada en un interés legítimo según se define en las disposiciones que garantizan los derechos; [y] es proporcional a este interés, constituye la medida menos molesta y restrictiva posible y protege efectivamente ese interés en una sociedad democrática, es decir establecida según un proceso de toma de decisiones concorde con el imperio del derecho.²²

Es esencial, pues, que los responsables de formular políticas realicen una “evaluación del impacto en los derechos humanos” del derecho y la política relacionados con el VIH/SIDA, destinada a proteger la salud pública. Esa evaluación incluiría al menos los siguientes pasos.²³

- ✓ identificar cómo puede afectar la política adoptada a los derechos humanos, mediante consultas con grupos de base comunitaria, organizaciones no gubernamentales, profesionales de la salud pública y de otros campos, dirigentes de la comunidad y personas infectadas y afectadas por el VIH/SIDA;
- ✓ determinar si el objetivo que se quiere alcanzar con la política es apremiante, con metas de salud pública definidas con claridad y precisión;
- ✓ evaluar cuán eficaz puede ser la política para alcanzar el objetivo de salud pública en comparación con otras políticas posibles;
- ✓ evaluar si la política está concebida apropiadamente para el objetivo, en el sentido de que no es ni demasiado abarcadora (afecta a más personas de las necesarias) ni demasiado reducida (afecta a algunas pero no a todas las personas que debería), que es no discriminatoria, y que no está orientada a personas o grupos basándose en prejuicios o estereotipos;
- ✓ examinar el significado de la violación de los derechos humanos por parte de la política, teniendo en cuenta: la naturaleza del derecho humano afectado, el grado en que la política viola el derecho, la frecuencia y el alcance de la violación, y la duración de la violación;
- ✓ determinar si la política es la forma menos restrictiva de alcanzar el objetivo de salud pública apremiante, y

²² *Directrices internacionales*, párrafo 82.

²³ Este proceso se ha extraído del trabajo de múltiples expertos en el campo de los derechos humanos y la política sanitaria. En particular, véase: Gostin L, Lazzarini Z, *Human Rights and Public Health in the AIDS Pandemic*. Nueva York: Oxford University Press, 1997 (pp. 57–67). Puede encontrarse más información en: Gostin L, Mann J, Towards the development of a human rights impact assessment for the formulation and evaluation of health policies. (1994) *Health and Human Rights: An International Quarterly Journal* 58-81; y *AIDS, Health and Human Rights: An explanatory manual*. Centro François-Xavier Bagnoud para la Salud y los Derechos Humanos y Federación Internacional de la Cruz Roja y las Sociedades de la Media Luna Roja (Cambridge, MA y Ginebra: Escuela de Salud Pública de Harvard), 1995 (pp. 39–47).



si se considera que la política es la opción más eficaz y menos restrictiva, asegurar que su aplicación se realiza teniendo en cuenta caso por caso (antes que como una regla general aplicable a toda una clase de personas), y se basa en un “riesgo significativo” de perjuicio a terceros, y se aplica mediante un procedimiento justo.

Seguir estos pasos para evaluar las políticas posibles puede ayudar a evitar violaciones injustificables de los derechos humanos: una meta que no sólo es deseable en si misma, sino también por el mayor beneficio para la salud pública general, que tiene un enfoque normativo que no refuerza la información errónea, el estigma y la discriminación relacionados con el VIH/SIDA.

3. Aspectos de política

Existe una serie de consideraciones normativas que deberían tenerse en cuenta para determinar la política de derecho penal en relación con el VIH/SIDA. En primer lugar, los responsables de formular políticas tienen que examinar los objetivos por los que se recurre al derecho penal y evaluar si, y hasta qué punto, la penalización logrará tales objetivos. En segundo lugar, los responsables de formular políticas deben sopesar otros factores de política pública que podrían moderar el uso de sanciones penales.

Objetivos del uso del derecho penal

Incapacitación

Se dice que el encarcelamiento de los condenados por delitos incapacita a los delincuentes durante la duración de su reclusión e impide que perjudiquen a otros. Sin embargo, este argumento tiene poca fuerza en el contexto de la transmisión del VIH. Encarcelar a una persona con el VIH que ha expuesto a alguien al riesgo de infección no contribuye mucho, si es que contribuye, a impedir este perjuicio durante el período de encarcelación.

De hecho, puede tener el efecto contrario. Existen pruebas considerables y crecientes de que las cárceles son entornos donde el comportamiento de riesgo elevado es un fenómeno habitual.²⁴ Lejos de reducir la transmisión del VIH, el encarcelamiento puede tener el efecto contrario. Además, las cárceles no están totalmente separadas de las comunidades exteriores. Los reclusos pueden recibir visitas conyugales de sus parejas. Mayoritariamente, los que cumplen sentencias de cárcel terminarán por volver a la comunidad. Las actividades de riesgo entre reclusos pueden contribuir a una ulterior transmisión al exterior. Las cuestiones sanitarias de la cárcel no pueden separarse de la protección y la promoción de la salud de la comunidad.

Rehabilitación

Como se ha advertido anteriormente, prevenir la transmisión del VIH debe ser el objetivo primario cuando se plantea el uso de medidas coercitivas. En consecuencia, es muy importante para alcanzar este objetivo permitir a los individuos que cambien su comportamiento futuro para reducir el riesgo de transmisión del VIH. Pero es dudoso que imponer sanciones penales por conductas pasadas que transmiten el VIH o corren el riesgo de transmitirlo ayude a alcanzar ese objetivo en un grado significativo.

En general, es poco verosímil la afirmación de que el procesamiento y las sanciones tienen una función rehabilitadora significativa para una porción significativa de delincuentes. Concretamente en relación con los comportamientos de riesgo de transmisión del VIH, existen pocos datos disponibles, o ninguno, que apoyen la afirmación de que la imposición de penas *per se* por la transmisión/exposición al VIH “rehabilita” al infractor de tal modo que evite esta conducta en el futuro. Eso es lo que suele ocurrir particularmente en relación con la mayoría de los casos de transmisión del VIH que se relacionan con la actividad sexual y/o el consumo de drogas: tales comportamientos humanos son complejos y muy difíciles de modificar con medidas contundentes como las sanciones penales. Es más probable que los cambios de comportamiento a largo plazo sean el resultado de otras intervenciones no coercitivas (por ej., asesoramiento y apoyo, búsqueda de las razones subyacentes que impulsan a participar en actividades de riesgo).

²⁴ Véanse: Jürgens R, *HIV/AIDS in Prisons: Final Report*. Montreal: Red Jurídica Canadiense del VIH/SIDA y Sociedad Canadiense del SIDA, 1996 (vía: www.aidslaw.ca), y las referencias citadas en dicho informe.

Castigo

Una importante justificación para tipificar ciertas conductas es que merecen un castigo porque son moralmente censurables; en consecuencia, la sociedad impone sanciones penales a los que adoptan esas conductas. Esto es castigar por castigar, después de haber cometido un delito. Esta justificación de las sanciones penales no tiene en cuenta la necesidad de disuadir al infractor u otras personas de adoptar la conducta prohibida. El castigo no tiene nada que ver con proteger la salud pública previniendo la transmisión del VIH o el comportamiento de riesgo; se trata de castigar una conducta pasada considerada censurable.

Recurrir al derecho penal para imponer un castigo solamente está justificado en los casos en que la conducta sea claramente censurable desde el punto de vista moral y en consecuencia merezca un castigo. Así, el estado mental de la persona acusada es necesariamente pertinente. La “mente culpable” que dirige la conducta prohibida es la que en realidad es el objetivo central de la pena impuesta. Si no hay “mente culpable” y, en consecuencia, no hay culpabilidad moral, las sanciones penales no pueden justificarse sobre la base de que el castigo está moralmente merecido. El derecho penal generalmente reconoce diferentes grados de culpabilidad mental, y no todos justifican el procesamiento penal y los castigos. No está claro dónde está la línea divisoria, y en parte dependerá de la gravedad del delito. (Véase más abajo la discusión sobre el grado de culpabilidad mental que es exigible para ser objeto de responsabilidad penal en el caso de la transmisión/exposición al VIH.)

Disuasión

Otro argumento que se ha esgrimido para la penalización es que servirá para disuadir a las personas de adoptar comportamientos que transmiten el VIH o corren el riesgo de transmitirlo. A diferencia del argumento basado en el castigo, la disuasión está claramente motivada por la salud pública, dado que el objetivo para ampararse en el derecho penal es prevenir comportamientos futuros que expongan al riesgo de transmitir el VIH. Pero la importancia teórica de esta justificación para penalizar el comportamiento de riesgo no es probable que en la práctica se corresponda con un efecto disuasivo significativo.

Probablemente el objetivo más importante del derecho penal en el contexto de una enfermedad epidémica es la disuasión. Lo mejor que puede esperarse es que la amenaza de sanciones penales disuada a las personas de adoptar riesgos irracionales que podrían transmitir el virus. Es poco probable que el derecho penal sea un vehículo de disuasión de este comportamiento. En la mayoría de los casos en que se ha utilizado el derecho penal [contra personas con el VIH] no hubo motivo ni planificación previa. El comportamiento espontáneo impulsado por la angustia, la desesperación o la pasión humanas es difícil de prevenir.²⁵

En las circunstancias en que el juicio razonado ha sido desbancado por otras consideraciones menos racionales (como el deseo, el miedo o la adicción), “añadir más consideraciones reflexivas como leyes o máximas morales es particularmente poco satisfactorio. El hecho de que la razón ya haya fracasado conduce a pensar que nuevas razones no servirán de mucho”.²⁶ Para el puñado de personas que no tienen ninguna consideración moral por el bienestar de los demás, es dudoso pensar que una prohibición legal de la conducta que causa daño o corre el riesgo de perjudicar a terceros tenga algún efecto disuasivo adicional. Tampoco hay razón para creer que la penalización de las prácticas sexuales de riesgo o de compartir equipo de inyección tenga algún efecto disuasivo general significativo en la prevención de la transmisión del VIH.

No podemos ser muy optimistas acerca del uso del derecho penal para provocar cambios en el comportamiento sexual humano. Siendo realistas, es probable que el dere-

²⁵Gostin L, The Politics of AIDS. *Ohio State Law Journal* 1989; 49: 1017.

²⁶Gillett G, AIDS: The Individual and Society. En: *Legal Implications of AIDS*. Auckland: Legal Research Foundation, 1989, en 107.

*cho penal influya mínimamente en el comportamiento: es más posible que otros factores, como el miedo a la infección, tengan una mayor influencia en las prácticas sexuales.*²⁷

Los responsables de adoptar políticas deberían reconocer las lecciones de la historia, que demuestran que prohibir el alcohol y otras drogas, las relaciones sexuales de mutuo acuerdo, o la prostitución, nunca ha conseguido prevenir estos comportamientos, y que el perjuicio que resulta de estigmatizarlos y ocultarlos en la clandestinidad ha sido mayor que cualquier perjuicio (o supuesto perjuicio) resultante de las propias actividades.²⁸

Las *Directrices internacionales* de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos recomiendan que:

- *deberían revisarse, con miras a derogarlas, las disposiciones penales que prohíben actos sexuales realizados en privado entre adultos y con su consentimiento;*
- *debería revisarse la legislación penal con objeto de despenalizar el trabajo sexual de adultos sin victimización;*
- *los Estados deberían autorizar o legalizar los programas de intercambio de agujas y jeringuillas, y*
- *la legislación penal aplicable a estas actividades no debería entorpecer el suministro de servicios de prevención y atención del VIH/SIDA.*²⁹

Aspectos de política más amplios

Además de tener en cuenta los posibles objetivos de ampararse en el derecho penal para abordar la transmisión/exposición al VIH, hay otros factores normativos públicos que hay que tener en cuenta.

Dificultades de las pruebas

Primero, la utilidad (si existe) del procesamiento penal resultará entorpecida por la dificultad de demostrar ciertos elementos necesarios para probar un delito por encima de cualquier duda razonable con miras a obtener una condena. Los elementos exactos que tendrán que demostrarse dependerán de cómo se defina un delito en cada legislación nacional. Por ejemplo, ¿las sanciones penales se aplicarían sólo en el caso de transmisión real del VIH, o también a los actos que conllevan el riesgo de transmitir el virus, tanto si se ha producido realmente o no la transmisión? Esta cuestión se aborda con mayor detalle más abajo (véase Opciones de política).

Pero, como mínimo, sería (y debería ser) responsabilidad de la fiscalía demostrar que el acusado era VIH-positivo en el momento del delito. Dependiendo de las circunstancias de la prueba del VIH y el mantenimiento de registros, puede ser difícil demostrarlo de forma concluyente. Como consecuencia, algunas personas han propuesto someter obligatoriamente a la prueba del VIH a los acusados de actos que transmiten el VIH o corren el riesgo de transmitirlo.

Realizar la prueba del VIH a una persona sin su consentimiento, amparándose en una acusación penal, plantea problemas graves de derechos humanos asociados a la libertad, la

²⁷Holland W, HIV/AIDS and the Criminal Law. *Criminal Law Quarterly* 1994; 36(3): 279 a 316.

²⁸Véase: Brandt AM, *No Magic Bullet: A Social History of Venereal Disease in the United States Since 1880* (2a. ed). Nueva York: Oxford University Press, 1987.

²⁹*Directrices internacionales*, Directriz 4, párrafo 29 b), c), d).

seguridad de la persona y la intimidad. De modo más obvio e inmediato, esta práctica violaría la integridad corporal para obtener información sobre el estado de salud de una persona, información que debería estar sometida, como norma general, a estricta confidencialidad. La legislación internacional reconoce esos derechos como derechos humanos fundamentales.³⁰ Pero existen otras consecuencias para los derechos humanos que pueden afectar a la persona que da resultado seropositivo o es percibida (aunque sea incorrectamente) como VIH-positiva. En muchos entornos, el estigma y la discriminación pueden ser graves (y, en algunos casos, pueden conllevar la pérdida de los medios de subsistencia, la negación de servicios, el rechazo de la familia, el ostracismo de la comunidad, o incluso la violencia física).

Aparte de las consideraciones de derechos humanos, imponer la prueba obligatoria a las personas acusadas de transmisión/exposición al VIH, tras los actos que presuntamente han transmitido o han expuesto al riesgo de transmitir el virus, tendrá pocos beneficios. La prueba realizada tras el acto delictivo no demostrará de forma concluyente que el acusado era VIH-positivo en el momento de cometer el delito; sólo establecerá el estado serológico respecto al VIH del acusado en el momento de la prueba. En la inmensa mayoría de casos, es probable que estas pruebas se realicen semanas, meses o incluso años después del incidente que presuntamente tuvo como resultado la infección o la exposición al riesgo de infección de alguien. A menos que pueda demostrarse más allá de la duda razonable que, entre tanto, el acusado no estuvo expuesto al riesgo de infección (con todas las previsible intrusionas de la intimidad que conllevaría investigar esta posibilidad), someterlo a la prueba en este estadio posterior no aclarará si era VIH-positivo en el momento del presunto delito. La posibilidad de que la persona acusada se haya infectado después del presunto delito es más elevada si esa persona ha participado en múltiples actividades de riesgo elevado y/o lo ha hecho en un entorno donde hay una alta prevalencia del VIH.

Del mismo modo, si la ley exige la transmisión real del VIH para que exista delito penal, en muchos casos será difícil demostrar de modo concluyente que fueron las acciones del acusado las que realmente causaron la infección por el VIH del demandante. Por ejemplo, en muchos casos será imposible demostrar más allá de la duda razonable que el demandante era VIH-negativo en el momento del delito y que fue el acusado quien le infectó.

Aun cuando la ley no exija la transmisión real para que exista delito penal, sino que más bien se aplica al comportamiento que expone al riesgo de transmisión, sería injusto (como se explica más abajo) imponer una sanción penal si el demandante conocía el estado seropositivo del acusado cuando consintió a la actividad de riesgo (por ej., relaciones sexuales sin protección). Por tanto, la fiscalía tendría que demostrar por encima de la duda razonable que el acusado no reveló su infección por el VIH al demandante. Aplicar cualquier otra disposición violaría la presunción de inocencia, que está garantizada por las normas internacionales de derechos humanos.³¹

Además, las actividades que transmiten o corren el riesgo de transmitir el VIH, generalmente tienen lugar sin el testimonio de terceros. Además, la comunicación referente a las relaciones sexuales suele ser compleja, porque incluye elementos tanto verbales como no verbales, y se hacen muchas suposiciones y dejan de decirse muchas cosas. Por eso será difícil en muchos casos demostrar de forma concluyente qué dijeron o no dijeron los participantes acerca de:

- su propio estado serológico respecto al VIH;

³⁰ DUDH, Artículos 3 y 12; PIDCP, Artículos 7, 9 y 17.

³¹ DUDH, Artículo 11; PIDCP, Artículo 14(2). Hablando en términos estrictos, la fiscalía debe asumir legalmente la responsabilidad de demostrar la falta de revelación por parte del acusado VIH-positivo. De todos modos, la amenaza de procesamiento penal también despierta miedo en las personas que viven con el VIH: "Si se me acusara, ¿cómo puedo demostrar que mi pareja conocía mi condición respecto al VIH?" Los detalles jurídicos del peso de la prueba puede que no siempre se entiendan o respeten en el mundo real de los tribunales, y las presunciones y los prejuicios sobre las personas con el VIH/SIDA, sobre todo si pertenecen a ciertos grupos que sufren discriminación, pueden representar una carga *de facto* sobre la persona acusada para demostrar que, de hecho, sí que reveló su infección por el VIH al demandante.

- el grado de conocimiento de su propio estado serológico respecto al VIH y del de su pareja;
- su nivel de conocimiento acerca de cómo se transmite o no el VIH, y
- los niveles de riesgo a los que cada participante consentirá.

Posible efecto perjudicial sobre las iniciativas de salud pública

Los responsables de formular políticas también deben tener en cuenta el posible impacto de la penalización sobre las iniciativas de salud pública. “Una nación prudente estudiaría si [procesando a individuos que exponen a otros al riesgo de contraer el VIH] hacemos progresar la salud pública... Si, por otro lado, la penalización sirve para debilitar nuestra respuesta general de salud pública a la epidemia de VIH, entonces debemos cuestionarnos seriamente si los beneficios de la penalización merecen la pena.³²

(1) Refuerzo del estigma relacionado con el VIH/SIDA

La promulgación de legislación penal específica sobre el VIH, y/o los procesos penales individuales contra personas con el VIH por comportamiento de riesgo, a menudo van acompañados de información provocadora y desviada por los medios de comunicación. Esto puede contribuir a la información errónea sobre el VIH y su transmisión, y contribuye al estigma que rodea a la infección por el VIH y a las personas que viven con el VIH/SIDA como “delincuentes en potencia” y como un peligro para el “público en general”. Como declaró un tribunal en 1985, “el SIDA es el equivalente a la lepra de la época moderna”.³³ Desgraciadamente, el estigma que rodea al VIH/SIDA, y la discriminación que engendra, siguen siendo muy reales hoy día.³⁴

(2) Diseminación de información errónea sobre el VIH/SIDA

El uso demasiado amplio e inapropiado del derecho penal también expone al riesgo de diseminar información errónea sobre cómo se transmite el VIH. Por ejemplo, en numerosas jurisdicciones se han presentado cargos penales graves contra personas VIH-positivas (y se han impuesto sentencias insólitamente severas) por morder, escupir o hacer un rasguño, a pesar de los indicios claros de que el riesgo de transmitir el VIH de esos modos es, a lo sumo, extremadamente reducido (y, en algunos casos, completamente inexistente). Tales sentencias debilitan los intentos cruciales de educar al público acerca del VIH y de cómo se transmite o no se transmite el virus. Se ha descrito el derecho penal como “la última arma de la sociedad”, lo que significa que debe utilizarse como último recurso.³⁵ Su utilización en casos en que existe un riesgo reducido o nulo de transmisión del VIH transmite un mensaje peligrosamente equivocado al público en general, reforzando las creencias erróneas de la transmisibilidad del VIH, que potencian el miedo, el estigma y la discriminación y dificultan más la educación para la prevención del VIH.

(3) Desincentivo para la prueba del VIH

Sea cual sea el efecto disuasivo que pueda tener el derecho penal sobre las actividades de riesgo, éste puede verse ampliamente contrarrestado por el perjuicio que produce a la salud pública al disuadir de someterse a la prueba del VIH. Como se ha apuntado anteriormente, “las personas no solicitarán consultas, pruebas, tratamiento y apoyo respecto del VIH si ello conlleva discriminación, falta de confidencialidad y otras consecuencias negativas (...) las medidas sanitarias coercitivas disuaden a las personas que más

³²Dalton HL, “Criminal Law,” en: S Burris et al., eds. *AIDS Law Today: A New Guide for the Public*. New Haven: Yale University Press, 1993: en 255.

³³South Florida Blood Service Inc. vs Rasmussen. 467 S0.2d 798 en 802 (Fla Dist Ct App 1985)

³⁴G M Herek et al. HIV Related Stigma and Knowledge in the United States. Prevalence and Trends, 1991-1999. *American Journal of Public Health*, 2002, 92:371-377.

³⁵Law Reform Commission of Canada. *Our Criminal Law*. Ottawa: Ministerio de Suministros y Servicios del Canadá, 1976.

las necesitan y no dejan conseguir el objetivo de salud pública que es la prevención mediante el cambio de las conductas, la atención médica y el apoyo sanitario”.³⁶ Si la persona que conoce su estado serológico positivo queda expuesta a un posible proceso penal, eso podría disuadirla de someterse a la prueba del VIH.

¿Es inconsecuente afirmar, por una parte, que la amenaza de sanciones penales no tendrá un efecto disuasivo en el comportamiento de riesgo pero que, por otra parte, disuadirá a las personas de hacerse la prueba del VIH? Existen pocos datos disponibles para responder a esta pregunta. Sin embargo, debe recordarse que participar en relaciones sexuales sin protección y compartir equipo para inyección de drogas son actividades cualitativamente diferentes a decidir hacerse la prueba del VIH y llevar a término esa decisión. En muchos casos, las relaciones sexuales de riesgo o el uso compartido de equipo de inyección tienen lugar sin demasiada previsión y deliberación. Además, esas actividades están motivadas por urgencias y necesidades humanas complejas (incluida, a veces, la adicción). Por último, esas actividades a menudo se producen en circunstancias en que:

- el discernimiento de uno o más de los participantes está disminuido (por ej., por el consumo de alcohol u otras drogas);
- uno de los participantes tiene un control limitado sobre las precauciones que podrían adoptarse para reducir el riesgo de transmisión del VIH u otras ITS (por ej., las mujeres que no pueden insistir en el uso del preservativo), o
- adoptar precauciones puede requerir demasiado tiempo o aumentar el riesgo de detección de la actividad que los participantes desean mantener en secreto o en la intimidad (por ej., la necesidad de inyectarse drogas rápida y furtivamente porque su posesión, o la posesión del equipo de inyección, es ilícita).

Por el contrario, someterse a la prueba del VIH es necesariamente una decisión más calculada que requiere un esfuerzo y una planificación más considerables: enfrentarse al miedo a tener un resultado positivo y sus consecuencias, acudir a un lugar donde se realizan las pruebas (lo que puede exigir un tiempo de trayecto y gastos considerables para algunos emplazamientos), concertar una cita con un proveedor de atención sanitaria, y esperar (y, si es necesario, volver a buscar) los resultados.

Si bien es dudoso que la amenaza de procesamiento penal sea un factor significativo a la hora de tomar decisiones sobre unas relaciones sexuales más seguras o sobre compartir agujas en un momento “impulsivo”, las limitadas pruebas disponibles llevan a pensar que la preocupación sobre las consecuencias negativas de un resultado seropositivo constituirán para muchos un factor clave en la decisión de hacerse o no las pruebas. Por ejemplo, algunas evidencias indican que la preocupación acerca de la confidencialidad de los resultados de las pruebas conduce a algunas personas a preferir las pruebas anónimas del VIH donde estén disponibles, en oposición al régimen de pruebas que crea un registro oficial del resultado seropositivo de una persona que luego se comunica a las autoridades sanitarias del gobierno.³⁷ Además, si el beneficio principal compensatorio de la prueba del VIH es el acceso al tratamiento, estamos hablando de un beneficio no exis-

³⁶ *Directrices Internacionales*, supra para. 74.

³⁷ Para ejemplos de algunos de estos datos, véanse: I Hertz Picciotto et al. HIV Test-Seeking Before and After the Restriction of Anonymous Testing in North Carolina. *American Journal of Public Health* 1999; 86: 1446-1450; T Hoxworth et al. Anonymous HIV testing: does it attract clients who would not seek confidential testing? *AIDS Public Policy Journal* 1994; 9: 182-189; S Kegeles et al. Many people who seek anonymous HIV-antibody testing would avoid it under other circumstances. *AIDS* 1990; 4: 585-588; A Bindman et al. Multistate Evaluation of Anonymous HIV Testing and Access to Medical Care. *The Journal of the American Medical Association* 1999; 280: 1416-1420; D Hirano et al. Anonymous HIV Testing: The Impact of Availability on Demand in Arizona. *American Journal of Public Health* 1994; 84: 2008; y numerosos estudios anteriores más (de los que se pueden encontrar referencias en las publicaciones arriba citadas). Es preciso advertir que la mayor parte de los datos comunicados disponibles sobre la voluntad de hacerse la prueba se ha extraído de países industrializados (sobre todo los Estados Unidos), y las conclusiones extraídas de los datos en algunos de estos estudios son controvertidas. También debe reconocerse que esos datos no captan directamente el posible impacto de la tipificación en la voluntariedad de hacerse la prueba; más bien indican que la preocupación por una posible consecuencia negativa, como la pérdida de confidencialidad y, supuestamente, las consecuencias del estigma y la discriminación que puede conllevar, representan un desincentivo para la prueba del VIH.

tente o sumamente limitado para la mayoría de la población mundial que vive con el VIH/SIDA, para la cual los tratamientos no suelen estar económicamente a su alcance.

(4) Entorpecimiento del acceso al asesoramiento y apoyo

¿Qué impacto tiene penalizar el comportamiento de riesgo de las personas que viven con el VIH/SIDA en su acceso a sistemas de apoyo como el asesoramiento? Es difícil realizar cambios en el comportamiento de riesgo, sobre todo en circunstancias de pobreza, de amenaza de violencia por parte de la pareja, o de adicción. A menudo es necesario el apoyo psicológico, espiritual o económico para evitar más actividades de riesgo y/o revelar la infección por el VIH. Recurrir al derecho penal puede socavar el acceso a este apoyo.

Si se habla del comportamiento de riesgo continuado con un médico, consejero espiritual o asesor, ¿qué uso puede hacerse de esa información? ¿Sacrificarán los fiscales la confidencialidad de las sesiones de asesoramiento incautándose de las notas de los asesores en busca de pruebas de actos delictivos para utilizarlas contra la persona VIH-positiva, o con órdenes judiciales que obliguen a los asesores a testificar sobre las discusiones “confidenciales”? La protección jurídica de la confidencialidad de la información o las comunicaciones sanitarias a diversos profesionales u otros agentes que prestan apoyo varía según la jurisdicción. Comprometer la confidencialidad puede tener también un efecto, no sólo con respecto al VIH, sino también sobre la voluntad de buscar tratamiento para otras infecciones de transmisión sexual, cuya presencia aumenta el riesgo de transmisión del VIH.

(5) Creación de una falsa sensación de seguridad

Crear una categoría de “otras personas” que sean el único foco de las sanciones penales puede crear una falsa sensación de seguridad entre las personas que son (o creen que son) VIH-negativas, y fomentar el comportamiento de riesgo por su parte.

Estos estatutos pueden crear una falsa sensación de que la existencia de una legislación penal ha eliminado todos los peligros que conlleva tener relaciones sexuales sin protección. En la medida que la política sanitaria dice que todos deberían asumir que su pareja está infectada y adoptar las medidas pertinentes, esa política resulta menoscabada por la falsa creencia de que los estatutos penales han ayudado a reducir el riesgo.³⁸

Riesgo de procesamiento selectivo

Otro aspecto de política es el posible uso discriminatorio del derecho penal. Dado el estigma que sigue rodeando al VIH y la persistencia de la discriminación relacionada con el VIH, existe el riesgo de que las sanciones penales se dirijan desproporcionadamente a aquellos que están social y/o económicamente marginados. Existe la preocupación, sobre todo con la promulgación de una legislación penal específica sobre el VIH, de que personas que pertenecen a grupos minoritarios desfavorecidos puedan ser el blanco de persecuciones y/o enfrentarse a juicios o jurados sesgados.

Si los Estados recurren a la severidad de las sanciones penales como respuesta al comportamiento de riesgo de transmisión del VIH, deberían asegurarse de que a los acusados no se los castiga solamente por ser VIH-positivos, o por su orientación sexual, su trabajo como profesionales del sexo, su consumo de drogas ilícitas, u otras condiciones desfavorecidas como ser recluso (o ex recluso) o inmigrante. Tenemos que resistir a “la imperiosa tentación de unirnos a la multitud en las actividades rituales de evitación de la enfermedad, como son etiquetar, evitar y recluir a las personas seropositivas.”³⁹

³⁸Hernandez JF en Closen ML et al. Criminalization of an Epidemic: HIV-AIDS and Criminal Exposure Laws. *Arkansas Law Review* 1994; 46: 921 a 971.

³⁹McGinnis JD, Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS. *Ottawa Law Review* 1990; 22: 49-75 a 51.

Desigualdades basadas en el género e impacto de la penalización en las mujeres

Sería injusto imponer sanciones penales por comportamientos que transmiten el VIH o corren el riesgo de transmitirlo en circunstancias en que las opciones que tiene la persona VIH-positiva para evitar el perjuicio, o el riesgo de perjuicio, sea revelando su estado a la pareja y/o tomando precauciones para reducir el riesgo de transmisión, son limitadas. Esta es una cuestión particularmente pertinente para las mujeres VIH-positivas.

“En casi todas las sociedades, la condición social y económica de inferioridad de las mujeres reduce su capacidad para insistir en la fidelidad sexual masculina y para negociar unas relaciones sexuales seguras (...) En algunos casos, la simple insinuación de una mujer de que su esposo utilice un preservativo puede provocar abusos físicos (...) ¿Qué sentido tiene proporcionar preservativos a las mujeres si no tienen poder para negociar su utilización dentro de la relación sexual?”⁴⁰

La desigualdad basada en el género es un obstáculo para las mujeres que tienen que protegerse contra la infección por el VIH. En consecuencia, es comprensible el deseo de imponer prohibiciones penales para comportamientos de riesgo con miras a proteger a las mujeres contra la infección por el VIH por sus parejas. Pero las implicaciones de las desigualdades basadas en el género también tienen que examinarse desde otro punto de vista en cualquier discusión sobre la penalización de la transmisión/exposición al VIH. Hay que tener en cuenta también el efecto de recurrir al derecho penal contra las mujeres que viven con el VIH/SIDA.

Algunas investigaciones han puesto de manifiesto unos niveles de violencia física preocupantes contra personas que viven con el VIH/SIDA tras haber revelado su estado,⁴¹ incluidas mujeres VIH-positivas víctimas de la violencia por parte de sus parejas.⁴² Para las mujeres (y varones) cuya capacidad de revelar su estado serológico respecto al VIH y/o adoptar precauciones para reducir el riesgo de transmisión es limitada, es posible que recurrir al derecho penal como respuesta a la actividad de riesgo relacionada con el VIH no sirva para protegerlas/os llegado el momento, sino que más bien puede imponer una carga adicional a los que viven con una doble desventaja por su infección por el VIH (con sus consiguientes costos sociales y económicos) y por su vulnerabilidad a la violencia y otros abusos.

Invasiones de la intimidad

Finalmente, los Estados también deberían tener en cuenta la posible intrusión en la intimidad personal. Como ya se ha advertido, el carácter privado de los registros “confidenciales” mantenidos por profesionales de la salud o asesores podría perderse en la búsqueda de pruebas. Además, los procesos penales son procedimientos públicos, y el estado serológico positivo del acusado pasaría a ser ampliamente difundido. Algunos podrían razonar que eso es necesario para lograr el efecto disuasivo de la legislación penal. Sin embargo, los Estados tienen que examinar si con ello se contrarresta el perjuicio de invadir la vida privada y fomentar el estigma y la discriminación relacionados con el VIH/SIDA, y si tal atención pública es deseable o justificable en caso de que existan otras alternativas para poder alcanzar los objetivos que se supone que tiene la penalización, a la vez que son menos intrusivos con la intimidad de las personas.

⁴⁰Dhaliwal M, Creation of an Enabling and Gender Just Legal Environment as a Prevention Strategy for HIV/AIDS amongst Women in India. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* 1999; 4(2/3): 86-89 (via: www.aidslaw.ca o en www.hri.ca/partners/lc/unit/women-hiv.shtml). Véase también: ONUSIDA. *Gender and HIV/AIDS: Taking stock of research and programmes*. Ginebra y Nueva York: ONUSIDA, 1999.

⁴¹Zierler S et al., Violence victimization after HIV infection in a US probability sample of adult patients in primary care. *American Journal of Public Health* 2000; 90: 208-215.

⁴²North RL, Rothenberg KH, Partner notification and the threat of domestic violence against women with HIV infection. *New England Journal of Medicine* 1993; 329: 1194-1996; Rothenberg KH et al., Domestic violence and partner notification: implications for treatment and counseling of women with HIV. *Journal of the American Medical Women's Association* 1995; 50: 87-93; Rothenberg KH & Paskey S, The risk of domestic violence and women with HIV infection: implications for partner notification, public policy, and the law. *American Journal of Public Health* 1995; 85: 1569-1576.

Conclusion respecto al uso del derecho penal como política

“Los comportamientos que se desea controlar o castigar son actividades humanas sumamente enraizadas, íntimas y profundas. La acción coercitiva del Estado es un sistema especialmente rudimentario para obligar a cambiar esos comportamientos (...) Cada una de las justificaciones habituales para el uso del derecho penal –castigo, incapacitación y disuasión– resultan inadecuadas para abordar una enfermedad epidémica”.⁴³

Por las razones planteadas arriba, las funciones punitivas y disuasivas del derecho penal ofrecen los argumentos más sólidos en favor de utilizarlo para abordar los comportamientos que transmiten o corren el riesgo de transmitir el VIH. No obstante, esos argumentos proporcionan tan sólo un apoyo cualificado a la penalización como enfoque de política, y podrían justificar solamente un uso limitado del derecho penal. Además, existen otras consideraciones que los responsables de formular políticas deberían sopesar.

Como se ha esbozado, cualquier legislación de este tipo debe redactarse detenidamente para evitar la violación injustificada de los derechos humanos. Las personas que viven con el VIH/SIDA tienen derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley. Igualmente, los responsables de formular políticas tienen que evitar basar la legislación en los estereotipos o prejuicios sobre los grupos habitualmente asociados en la mente pública al VIH/SIDA, como son los profesionales del sexo, los varones homosexuales y otros varones que tienen relaciones sexuales con varones, los consumidores de drogas intravenosas, o los inmigrantes (en algunos contextos), que también gozan de los derechos humanos de no discriminación e igualdad. Los responsables de formular políticas también deberían examinar el efecto negativo que puede tener la legislación penal sobre el derecho humano a la intimidad (abriendo la puerta a una investigación de amplio alcance de los comportamientos sexuales privados de las personas) o sobre el derecho a la integridad corporal (autorizando la prueba obligatoria del VIH), ambos derechos reconocidos en el derecho internacional como derechos humanos. Recurrir erróneamente al derecho penal también puede provocar otras injusticias, como imponer la carga de las sanciones penales sobre las personas que viven con el VIH/SIDA (y, en particular, las mujeres) cuya capacidad para revelar su estado serológico o evitar comportamientos de riesgo está limitada. Lo que se requiere es una “evaluación del impacto de cualquier legislación penal propuesta sobre los derechos humanos”, para determinar, por medio de un examen detenido, si puede perjudicar más que beneficiar los derechos humanos básicos.

Al nivel más amplio de la salud pública, tampoco está claro que la penalización sea el mejor enfoque normativo. Los responsables de formular políticas deben examinar, a la luz de las mejores pruebas disponibles, cuál puede ser el impacto de la penalización como política de gobierno en los esfuerzos de prevención del VIH o en el acceso a la atención, el tratamiento y el apoyo. Para compensar cualquier efecto limitado que pueda tener la ley para disuadir a una persona que sabe que es VIH-positiva de adoptar comportamientos de riesgo sin revelar su estado, los responsables de formular políticas tienen que examinar el impacto que tales procesamientos pueden tener en la disposición de las personas a hacerse la prueba: un elemento clave de las estrategias de prevención del VIH eficaces. Además, el uso poco reflexivo del derecho penal para abordar circunstancias que implican poco o ningún riesgo de transmisión, no sólo trivializará la seriedad del derecho en sí, y causará injusticias en forma de penas severas, desproporcionadas con la gravedad de la conducta castigada, sino que también reforzará la información errónea y el estigma relacionados con el VIH/SIDA, entorpeciendo aún más los esfuerzos de prevención del VIH.

⁴³Gostin, *supra* en 1019, 1041, 1056.

En general, si bien el uso del derecho penal puede justificarse en algunas circunstancias, no está claro que sea siempre la mejor respuesta. Además, cuando se utiliza, debería ser como último recurso, y tendría que circunscribirse cuidadosamente para evitar violar innecesaria e injustificadamente normas importantes de derechos humanos y socavar otros objetivos primordiales de política pública, tales como prevenir el VIH/SIDA y asegurar el acceso a la atención, tratamiento y apoyo para los infectados y afectados por la enfermedad.

4. Opciones de política

La legislación sanitaria como alternativa a la penalización

“Una razón por la que las personas tienden a aceptar sin críticas la penalización del VIH es que no la comparan con otros métodos posibles de tratar el problema”.⁴⁴ Pero para proteger y fomentar la salud pública, los Estados no tienen que depender siempre o necesariamente del derecho penal. Más bien, los responsables de formular políticas deben examinar otras alternativas para prevenir la transmisión del VIH a la luz de los principios rectores y el alcance de las consideraciones de política esbozadas más arriba. La legislación sanitaria es una alternativa obvia que debería tenerse en cuenta.

Elementos de la legislación sanitaria

Si bien la legislación sanitaria varía según la jurisdicción respecto a las enfermedades transmisibles, sus tres funciones primordiales son:

- clasificar las enfermedades transmisibles, especificando qué disposiciones jurídicas se aplican a cada enfermedad;
- imponer obligaciones jurídicas a ciertas personas (por ej., médicos) para que identifiquen, notifiquen y traten enfermedades, y
- garantizar poderes a los funcionarios de salud pública para que los ejerzan en la prevención y el tratamiento de enfermedades.

En el límite más coercitivo, la legislación sanitaria adquiere un carácter casi-penal. Los funcionarios de salud pueden tener la facultad de obligar al examen y el tratamiento médico a personas sospechosas de estar infectadas por una enfermedad transmisible. También pueden ordenar a una persona infectada que se comporte de tal manera que evite, o reduzca, la probabilidad de infectar a otros. Un ejemplo sería una orden prohibiendo a una persona VIH-positiva tener relaciones sexuales sin protección y/u obligándola a revelar su infección por el VIH a sus parejas sexuales. Dependiendo de la legislación en cuestión, la violación de estas órdenes en materia de salud pública podría desembocar en penas como multas o condenas de prisión; o tales órdenes podrían tener el respaldo de órdenes judiciales, con penas similares por infringir una orden decretada por un tribunal. Los funcionarios de salud también tienen generalmente la facultad de detener a una persona si ello está demostrado como necesario para prevenir la transmisión de la enfermedad (generalmente y preferiblemente en un entorno de atención sanitaria, aunque a su vez la legislación y la práctica pueden variar según las jurisdicciones). La ley puede autorizar el uso de los poderes políticos del Estado para hacer cumplir las órdenes de detención dictadas por los funcionarios de salud.

La legislación sanitaria frente al derecho penal

Antes se han identificado cuatro objetivos primarios, teóricamente satisfechos por el derecho penal: castigo, rehabilitación, incapacitación y disuasión. Las medidas de derecho penal adoptadas para lograr esos objetivos deberían someterse, como se ha explicado, a la evaluación de su impacto sobre los derechos humanos. Si, tenidas en cuenta todas las circunstancias, el uso de la potestad normativa en materia de salud pública puede lograr esos objetivos perjudicando menos las iniciativas sanitarias y otros intereses importantes (como los derechos a la no discriminación y la intimidad), entonces recurrir al derecho penal puede

⁴⁴Bobinski MA en Closten et al., *supra* en 969.

ser innecesario e injustificado. Además, los responsables de formular políticas tienen que examinar cómo pueden lograr estos objetivos las intervenciones sanitarias.

• Castigo

No hay duda de que el derecho penal es ciertamente más adecuado que la legislación sanitaria para castigar y denunciar públicamente una conducta censurable. Pero a menos que se sea muy cuidadoso, en lugar de imponer una pena justificable por un mal comportamiento, el castigo puede equivaler a buscar venganza, abriendo la puerta aún más a los prejuicios sociales y la información errónea. A menudo a las personas con el VIH/SIDA se las considera culpables de su propia infección y merecedoras del castigo tanto por ser quienes son como por lo que han hecho. La discriminación y el estigma socavan los esfuerzos para prevenir la transmisión del VIH.

• Rehabilitación

Las autoridades sanitarias son más adecuadas para lograr el objetivo de la rehabilitación (en el sentido de facultar a los individuos para evitar comportamientos que exponen al riesgo de transmitir el VIH). “Aunque la rehabilitación puede ser un objetivo de los organismos del [sistema de justicia penal], su propósito principal es controlar y castigar el comportamiento ilegal. Por el contrario, los organismos de salud pública tienen una función principalmente de mejoramiento.⁴⁵ Las intervenciones de los trabajadores de salud u otros trabajadores de apoyo pueden diseñarse para que se ajusten a las circunstancias individuales específicas, como el miedo a la violencia doméstica que puede impedir que una mujer VIH-positiva revele su estado serológico a su pareja o tome precauciones para tener unas relaciones sexuales más seguras.

• Incapacitación

En casos extremos, la legislación sanitaria ofrece intervenciones coercitivas que son preferibles y más eficaces que el procesamiento penal para lograr la meta de la *incapacitación*. Por razones que ya se han apuntado, el encarcelamiento de una persona con el VIH puede ser que *umente* (y no disminuya) la probabilidad de infectar a otros. Recurriendo a las autoridades sanitarias, y si fracasan las medidas menos intrusivas, un individuo que persista en un comportamiento que injustificadamente suponga un riesgo para otros podría ser recluido en un entorno donde se produzcan actividades de menor riesgo que en una prisión, y donde existan servicios de atención sanitaria adecuados y sea más fácil alcanzar la meta de la rehabilitación.

• Disuasión

Si prevenir la transmisión es el objetivo primario, entonces la consideración más importante a la hora de elaborar respuestas jurídicas deberá ser su impacto en el comportamiento de riesgo. Las intervenciones en materia de salud pública son más flexibles y pueden ajustarse mejor a las circunstancias individuales que la medida contundente del procesamiento penal. Pueden adoptarse diferentes enfoques para las personas cuya capacidad para adoptar precauciones está limitada (por razones de enfermedad mental, por ejemplo) o para las que se resistan a adoptar precauciones. Pueden adoptarse medidas cada vez más coercitivas si fracasan las medidas menos coercitivas. Las órdenes sanitarias pueden tener algún efecto disuasivo en los individuos específicos a los que se aplican, y pueden ir dirigidas a prohibir ciertas conductas a la vez que se preserva la libertad de la persona en otros aspectos.

Si los tribunales y la policía tienen que hacer cumplir las órdenes sanitarias, no resulta claro si la amenaza de un proceso penal tendrá algún efecto significativo en la modificación

⁴⁵Hammett T et al., Stemming the Spread of HIV among IV Drug Users, their Sexual Partners, and Children: Issues and Opportunities for Criminal Justice Agencies. *Crime and Delinquency* 1991; 37: 101 a 102.

del comportamiento. En general, la naturaleza pública de los procesos penales puede conducir a un efecto más disuasivo, aunque la experiencia apunta que las actividades responsables de la mayor parte de las transmisiones del VIH son sumamente resistentes al cambio y persisten frente a las prohibiciones penales. Las intervenciones de los funcionarios de salud, que están más ajustadas a las circunstancias de la vida de una persona, llegado el momento pueden ser más eficaces para lograr cambios en el comportamiento.

Lo que se deduce de estas consideraciones es que “[e]n el muy reducido número de casos en que las medidas involuntarias son razonable y demostrablemente esenciales, el uso de medidas sanitarias involuntarias cuidadosamente controladas será generalmente preferible a la sanción penal”.⁴⁶

Prevención del abuso de la legislación y potestad en materia de salud pública

La legislación sanitaria, particularmente en sus aspectos más coercitivos, está sometida a los mismos usos erróneos que las legislaciones penales. Las Naciones Unidas han advertido en contra de la aplicación inapropiada de disposiciones en legislaciones sanitarias que pueden ser adecuadas para enfermedades transmisibles fortuitas y a menudo curables, pero no para el VIH/SIDA.⁴⁷ Sin perder de vista el principio rector de que “cuanto menos intrusivo, más eficaz”, se recomiendan las intervenciones graduales en el ejercicio de la potestad en materia de salud pública, utilizando sólo como último recurso medidas coercitivas como la detención, y con las necesarias medidas de protección para asegurar que tales poderes no se utilizan mal y se aplican de una forma coherente con las normas de derechos humanos fundamentales como las establecidas en la *DUDH* y el *PIDCP*.

Las *Directrices internacionales* sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos dicen que:

*La legislación sanitaria debería garantizar que las personas, por ser portadoras del VIH, no sean objeto de medidas coercitivas, como el aislamiento, el encarcelamiento o la cuarentena. Cuando la libertad de las personas infectadas por el virus se restrinja (...) deberían procurarse las debidas garantías procesales, como la notificación, el derecho de revisión o apelación, la determinación de plazos en las órdenes de restricción y el derecho a estar representado.*⁴⁸

Aplicación del derecho penal: Enfoques, actos y estados mentales

Dados los puntos señalados anteriormente, en las situaciones en que la penalización se considera una opción deberían agotarse las medidas sanitarias antes de recurrir a sanciones penales. Sin embargo, cualquier aplicación del derecho penal debería seguir los principios rectores esbozados al principio, es decir: prevenir la transmisión del VIH es el objetivo principal; las decisiones deberían basarse en las mejores pruebas disponibles; el respeto de los derechos humanos; y las violaciones de los derechos humanos requieren una justificación adecuada.

Guiados por esos principios, los responsables de formular políticas tienen que abordar al menos tres cuestiones importantes a la hora de determinar los parámetros de la penalización:

⁴⁶National Advisory Committee on AIDS, *HIV and Human Rights in Canada*. Ottawa: The Committee, 1992.

⁴⁷ONUSIDA e IPS, *Handbook for Legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights*. Ginebra: ONUSIDA, 1999: en 45.

⁴⁸*Directrices internacionales*, Tercera directriz, párrafo 28 d).

- ¿Debe promulgarse una legislación específica sobre el VIH en lugar de utilizar la penalización de delitos general?
- ¿Qué actos deberían estar sometidos a prohibición penal?
- ¿Qué grado de culpabilidad mental debería requerirse para la responsabilidad penal?

Legislación específica sobre el VIH frente a la utilización de delitos tradicionales

Existen dos posibles criterios distintos para la penalización. El primero es aplicar los delitos tipificados en el derecho penal (por ej., agresión, negligencia criminal con resultado de daño, riesgo para la salud pública, etc.) al comportamiento que transmite o expone al riesgo de transmitir el VIH. Dependiendo de la legislación de una jurisdicción concreta, ese comportamiento puede constituir un delito incluido en el código penal o criminal, o podría encontrarse en un estatuto de salud pública separado. El delito apropiado dependería de la conducta en cuestión y del probable estado mental del acusado. Tal enfoque significa que la iniciativa procesal y la interpretación judicial de delitos penales tradicionales, en respuesta a demandas concretas, conformarán los límites de la aplicación del derecho penal a la transmisión/exposición al VIH.

El segundo criterio es promulgar una legislación que prohíba y penalice específicamente, como un delito con arreglo a los estatutos penales o sanitarios, ciertas conductas específicas que transmiten o pueden transmitir el VIH. Este enfoque significa que la penalización está en manos de los legisladores (que pueden actuar o no en respuesta a casos particulares), y los límites de la legislación están más claramente definidos.

En el ordenamiento jurídico, y tanto en países en desarrollo como industrializados, se encuentran ejemplos de ambos enfoques. El enfoque que promulga estatutos penales específicos sobre el VIH ha sido particularmente común en diversas jurisdicciones de los Estados Unidos, en aplicación de las recomendaciones del informe de 1988 de una comisión presidencial.⁴⁹ No obstante, esto no ha impedido igualmente el uso de otros delitos preexistentes.

Por el contrario:

- se han rechazado propuestas para enmendar el Código penal canadiense con miras a tipificar delitos específicos sobre el VIH (de hecho, una sección previa que prohibía la transmisión de “enfermedades venéreas” fue rechazada en 1985), y el desarrollo del derecho penal en relación con la transmisión/exposición al VIH se ha hecho a través de la interpretación judicial de los delitos tradicionales.⁵⁰
- En el Reino Unido, no existe un código penal unificado, y actualmente no hay un estatuto específico sobre el VIH; las recientes propuestas de reformas legislativas en el ámbito del derecho penal, el consentimiento y los delitos contra la persona no parecen distinguir el VIH con un tratamiento específico.⁵¹
- En Australia, existen diferencias importantes entre estados: en algunos se han tipificado tanto delitos penales como de salud pública específicos sobre el VIH; en otros, el derecho penal está sólo parcialmente codificado, y los delitos de derecho común siguen en vigor.

⁴⁹ *Report of the Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic*. US Government Printing Office, 1988.

⁵⁰ Elliott R, *Criminal Law and HIV/AIDS: Final Report*. Montreal: Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA y Sociedad Canadiense del SIDA, 1997 (vía www.aidslaw.ca).

⁵¹ Law Commission. *Consent in the Criminal Law* (Consultation Paper No. 139). Londres: HMSO, 1995; Law Commission. *Violence: Reforming the Offences against the Person Act, 1861* (Documento de consulta). 1998.

- En Sudáfrica, la Comisión Legislativa ha recomendado en contra de crear un delito específico sobre el “comportamiento relacionado con el SIDA”.⁵²
- En Suecia, no existe un delito penal específico sobre el VIH; el estatuto de salud pública ofrece medidas coercitivas que incluyen órdenes de aislamiento obligatorias, si es necesario, tras intentar obtener el cumplimiento voluntario.⁵³
- En Filipinas se imponen sanciones penales por infectar a otra persona con conocimiento o por negligencia “en el curso del ejercicio de su profesión a través de prácticas o procedimientos peligrosos o no higiénicos”, pero en su derecho penal no se aborda específicamente el VIH, y el incumplimiento de la obligación expresa de cualquier persona con el VIH de revelar su estado a un cónyuge o pareja sexual “lo más pronto y oportunamente posible” no comporta ninguna pena manifiesta.⁵⁴
- El código penal de Malawi contiene un delito relacionado con la conducta negligente que puede propagar una enfermedad que ponga en peligro la vida.⁵⁵
- El código penal de la Argentina incluye un delito contra la salud pública extensamente redactado de “propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa”, pero no singulariza el VIH/SIDA.⁵⁶
- El código penal federal de México establece como delito el hecho de que una persona que sabe que tiene una “enfermedad venérea u otra enfermedad grave” “exponga al riesgo de infección” a otra persona a través de las relaciones sexuales u otros medios de transmisión, sin referencia expresa al VIH/SIDA.⁵⁷

A continuación se exponen dos argumentos importantes en favor de promulgar estatutos penales específicos sobre el VIH:

- ✓ Es mejor definir la conducta prohibida y el castigo dentro de la legislación que dejar que sean los tribunales quienes interpreten si y cómo se aplican los delitos tradicionales a la transmisión/exposición al VIH.
- ✓ Un estatuto cuidadosamente redactado reduciría al mínimo la probabilidad de interpretación judicial errónea del derecho penal, y se evitarían desviaciones judiciales que tienen como resultado la generalización excesiva y la aplicación inadecuada de la ley (y los perjuicios consiguientes).

Sin embargo, han surgido muchas voces en contra de la aplicación de estatutos específicos sobre el VIH.

- En primer lugar, estos estatutos pueden ser innecesarios. Los delitos penales existentes pueden ser adecuados para abordar la conducta que se tipifica legítimamente.

⁵²South African Law Commission. Fifth Interim Report on Aspects of the Relating to AIDS: The Need for a Statutory Offence Aimed at Harmful HIV-Related Behaviour (abril 2001) (vía: www.law.wits.ac.za/salc/salc.html).

⁵³ *Communicable Diseases Act*, SFS 1988: 1472.

⁵⁴ *Philippine AIDS Prevention and Control Act of 1998*, Republic Act No 8504, ss. 12 & 34.

⁵⁵ Comunicación de MM Katopola, Oficina de la Comisión Jurídica de Malawi, 7 de febrero de 2000.

⁵⁶ *Código Penal de la República Argentina*, Art. 202 (según texto original de Ley No. 20771) vía: www.codigos.com.ar.

⁵⁷ *Código penal federal*, Artículo 199bis (vía: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/11/216.htm).

- En segundo lugar, crear un nuevo delito podría complicar el problema de la penalización, si los fiscales tratan un nuevo cargo penal como una adición a las acusaciones previstas por el derecho penal tradicional. El provecho de un estatuto redactado cuidadosamente y con rigor para prevenir el abuso del derecho penal se perdería a menos que también supliera expresamente la aplicabilidad de otros delitos.
- En tercer lugar, un estatuto específico respecto al VIH no tendría ningún efecto disuasivo adicional sobre los efectos disuasivos (como podría ser el caso) que tiene el procesamiento penal sobre los delitos penales tradicionales.
- En cuarto lugar, y muy importante, la promulgación de esta legislación podría ser perjudicial y señalar a personas con el VIH/SIDA como delincuentes potenciales. Contribuiría al estigma asociado con el VIH/SIDA, disuadiría (más) de someterse a la prueba del VIH, socavaría los esfuerzos de educación, e impediría el acceso a los servicios de asesoramiento y apoyo que favorecerían los cambios de comportamiento para reducir el riesgo de infección por el VIH.

Las *Directrices internacionales* sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos de las Naciones Unidas recomiendan que:

Ni la legislación penal ni la sanitaria deberían prever delitos específicos contra la transmisión deliberada e intencional del VIH sino que en esos casos excepcionales deberían aplicarse más bien figuras delictivas generales. Al hacerlo debería garantizarse que los elementos de previsibilidad, intencionalidad, causalidad y consentimiento estén claramente demostrados para que se pueda condenar a una persona o imponérsele penas más severas. ⁵⁸

Determinación de comportamientos prohibidos

Existen tres aspectos importantes para determinar qué actos físicos pueden incluirse apropiadamente en la esfera de la legislación penal en cuanto a su relación con comportamientos que transmiten el VIH/SIDA. De los principios rectores y las consideraciones políticas anotadas arriba se deducen las respuestas a estas preguntas.

(1) Transmisión frente a exposición

¿Debería existir responsabilidad penal sólo en el caso de que la conducta tenga realmente como resultado la transmisión del VIH o debería ampliarse a algunos comportamientos de riesgo de transmitir el VIH incluso si, en un caso determinado, no se produzca verdaderamente la transmisión? Como el objetivo primordial es prevenir la transmisión del VIH, es muy lógico que la legislación penalice la conducta que expone al riesgo de transmisión, antes que imponer sanciones penales solamente en los casos en que existe verdaderamente riesgo.

(2) Grados de riesgo

También debe examinarse el grado de riesgo de transmisión del VIH al determinar los actos físicos a los que se puede aplicar el derecho penal. Una consideración de los principios rectores -las razones que justifican la penalización- y los demás aspectos de política pertinentes apuntan firmemente que sólo el comportamiento que implica un riesgo “significativo” de transmisión del VIH es legítimamente el objetivo del derecho penal. No está justificado ampliar el derecho penal a acciones que no plantean un riesgo significativo de transmisión, por una serie de razones que se exponen a continuación:

- trivializa la gravedad de las sanciones penales: la respuesta más dura de la sociedad a una conducta censurable;

⁵⁸ *Directrices internacionales*, Cuarta directriz, párrafo 29(a).

- dando por sentado que el acusado tenía la culpabilidad mental que merece castigo, impone una pena desproporcionada al delito, más severa de lo que merece el infractor;
- discrimina a la persona acusada sobre la base de su estado serológico respecto al VIH, en lugar de centrarse en su comportamiento;
- no avanza en el objetivo primario de prevenir la transmisión del VIH, porque la conducta en cuestión no conllevaba un riesgo significativo de transmisión;
- de hecho debilita el objetivo de prevenir la transmisión del VIH al perpetuar la percepción errónea de que el comportamiento en cuestión debe conllevar un riesgo significativo de transmisión porque ha merecido un procesamiento penal.

Al definir qué constituye un riesgo “significativo” de transmisión del VIH en relación con la responsabilidad penal, de nuevo los Estados deberían guiarse por los principios básicos. La legislación y la política tienen que basarse en datos sólidos por lo que respecta a los niveles de riesgo de las distintas actividades. Del mismo modo, el principio de moderación en el uso de medidas coercitivas lleva a pensar que el derecho penal se utiliza más apropiadamente con respecto a los actos que realmente conllevan el mayor riesgo de transmitir el VIH, que para los que implican un riesgo bajo o insignificante.

(3) Naturaleza de la conducta: coercitiva frente a consensuada

Conducta coercitiva

El comportamiento de riesgo de transmitir el VIH puede ser coercitivo (por ej., violación, agresión con una aguja) o bien ser una actividad en la que consientan los participantes (por ej., relaciones sexuales de mutuo acuerdo, uso compartido del equipo de inyección).

La conducta física agresiva está penada en sí misma, tanto si comporta como si no riesgo de infección por el VIH. La participación coercitiva en comportamientos de riesgo no está “consensuada” y debería (si no fuera ya el caso) ser tratada como comportamiento penal, no porque el infractor sea VIH-positivo, sino porque su conducta es coercitiva y viola la autonomía y la integridad física y mental de su pareja.

Es la conducta agresiva, no el estado serológico respecto al VIH del infractor, lo que es pertinente para determinar si se ha cometido o no un delito. Tipificar a un infractor sobre la base de su estado serológico, y no de su conducta, vulneraría el derecho a la no discriminación. En algunos casos, el hecho de que el infractor sea VIH-positivo puede considerarse apropiadamente un factor “agravante”, porque el comportamiento conllevaba un riesgo adicional de perjuicio para la víctima de la agresión al causarle la infección por el VIH. Pero no todos los comportamientos agresivos conllevan un riesgo significativo de transmisión del VIH, y debe irse con cuidado para asegurar que el derecho penal no se utiliza erróneamente en respuesta a la conducta agresiva de las personas VIH-positivas. Una buena legislación debe basarse en buenas pruebas. Los cargos penales más graves (o las penas más severas), sobre la base de la seropositividad de un infractor, no pueden justificarse sin tener pruebas sólidas de que la conducta agresiva conllevaba un riesgo significativo de transmisión del virus. Una agresión sexual que provoca una lesión, con el consiguiente aumento del riesgo de infección, podría ser tratada legítimamente como un delito penal más grave. Pero una acusación extrema contra una persona VIH-positiva, como “agresión con agravantes” o “intento de homicidio”, por haber mordido o escupido a alguien no está justificada, por las razones antes mencionadas relacionadas con la posible ampliación excesiva del derecho penal.

Conducta consensuada: engaño y no revelación

Aplicar el derecho penal a una actividad consensuada de riesgo de transmisión del VIH (por ej., relaciones sexuales, uso compartido del equipo de inyección) es más problemático. La máxima preocupación del derecho penal es prevenir que una persona perjudique

a otras. A falta de tal razón apremiante, no hay justificación para penalizar una actividad consensuada, porque esto infringe el derecho a la intimidad, la libertad y la seguridad de la persona. Pero incluso el objetivo de prevenir el daño debe ponderarse frente al respeto por la autonomía física de toda persona; el derecho a la libertad incluye el derecho al riesgo a perjudicarse uno mismo. ¿En qué circunstancias, si existen, debería aplicarse el derecho penal a una conducta consensuada de riesgo de transmisión del VIH?

La cuestión aquí es aclarar el significado de “consentimiento.” Sin duda el individuo que es consciente de la infección por el VIH de su pareja y, con tal conocimiento, participa en una actividad sexual o comparte agujas con el consiguiente riesgo de transmisión, está consintiendo a exponerse a ese riesgo de daño, aun siendo éste muy alto. No hay justificación para penalizar a la persona VIH-positiva cuya pareja consiente en correr ese riesgo conocido. Si bien el objetivo primordial de recurrir al derecho penal debe ser prevenir la transmisión del VIH, el respeto por la autonomía dicta que el derecho penal no debería intervenir cuando los individuos deciden participar con conocimiento de causa en actividades que ponen en peligro su salud. Hacerlo significaría que las personas no podrían consentir en participar en una gran cantidad de actividades (por ej., actividades deportivas, intervenciones médicas) en las que corren el riesgo de sufrir un daño.

Pero la cuestión más difícil es si una persona consiente en participar en un comportamiento de riesgo sin ser consciente de la infección por el VIH de su pareja (y quizá creyendo que su pareja es VIH-negativa). En un extremo del espectro, la coacción hace que la participación en actividades de riesgo sea por definición no consensual, exista o no conocimiento de la infección por el VIH, y la imposición de sanciones penales está justificada. En el extremo opuesto del espectro, el conocimiento pleno del riesgo hace que la participación esté claramente consensuada, y no hay justificación para la penalización.

¿En qué punto del espectro está justificado ampararse en el derecho penal cuando una persona no tiene un conocimiento “pleno” del riesgo? ¿Debe considerarse un delito penal el hecho de que una persona que sabe que es VIH-positiva obtenga el “consentimiento” de su pareja para una conducta de riesgo de transmisión del VIH con engaño; es decir, tergiversando que es VIH-negativa? ¿Debería ampliarse más la responsabilidad penal, imponiendo una obligación clara de revelar la infección por el VIH a la otra persona que está “consintiendo” en participar en una actividad que supone un riesgo? Se ha propuesto que puedan aplicarse sanciones penales a los casos de engaño, pero que la simple no revelación de la seropositividad no debería equivaler a delito penal.

De nuevo se trata de una cuestión de equilibrio entre los principios rectores. Respeto por la autonomía significa que, como norma general, el derecho penal no debería ser tan paternalista como para interferir en la decisión de alguien de participar en una actividad que la exponga a un riesgo de perjuicio (por ej., las relaciones sexuales sin protección). No obstante, la falta de sinceridad que puede tener como resultado un grave perjuicio debilita la adopción de decisiones con independencia. En este sentido, es parecida (aunque no idéntica) a la coacción. Esto indica que engañar deliberadamente a alguien para que participe en cierta forma de comportamiento (por ej., relaciones sexuales sin protección) con el riesgo de producir un perjuicio puede penalizarse debidamente. La prohibición y penalización del engaño deliberado también están dirigidas a fomentar el objetivo de prevenir la transmisión del VIH mediante el efecto disuasivo (si se produce) de amenazar con un castigo por el engaño activo de las parejas con objeto de ganarse su “consentimiento” para una actividad de riesgo. Finalmente, es una conducta que, a falta de alguna justificación o excusa, puede caracterizarse como moralmente censurable, y en consecuencia es merecedora de castigo mediante sanciones penales.

Sin embargo, si no hay engaño, ¿la ley debería tipificar a la persona VIH-positiva que participa en una actividad de riesgo aparentemente consensuada sin revelar su estado? En otras palabras, ¿el derecho penal debería imponer la obligación de revelar la infección por el

VIH? La actividad sexual, con cualquier pareja, siempre conlleva cierto riesgo de mayor o menor perjuicio, ya sea un embarazo no deseado o una enfermedad. A diferencia del caso de las relaciones sexuales forzadas, que deberían ser objeto de responsabilidad penal, una persona que participe en unas relaciones sexuales no forzadas no necesita conocer el estado serológico respecto al VIH de su pareja sexual para poder tomar decisiones bien fundadas. Esa persona puede decidir no participar en ciertos actos sexuales para evitar el mayor grado de riesgo que plantean, puede decidir adoptar medidas preventivas para reducir el riesgo a un nivel que considere aceptable (por ej., mediante el uso de un preservativo), o puede decidir participar en relaciones sexuales sin protección, consciente de que existe riesgo de transmisión del VIH. Además, a diferencia del caso del engaño deliberado de la pareja respecto de la seropositividad, en el caso de la simple no revelación esa persona no ha sido conducida deliberadamente a basar sus decisiones en una información errónea. Si bien el fomento del respeto por la autonomía podría justificar las sanciones penales en el caso de engaño deliberado, no es un argumento tan sólido para tipificar el mero silencio.

A pesar de que la persona que no conoce el estado serológico respecto al VIH de su pareja no pierde, por ello, su capacidad de tomar decisiones independientes acerca de las actividades de riesgo, la persona VIH-positiva sí que puede estar inhibida para decidirse a revelar su estado serológico, sobre todo si se enfrenta a la posibilidad de violencia. Una norma que obligara a revelar la infección por el VIH repercutiría más duramente sobre aquellos cuyas circunstancias agravan las dificultades de la revelación. Como mínimo, debería restringirse el deber de revelar reconociendo que la alternativa de adoptar precauciones para reducir el riesgo de transmisión debería ser suficiente para evitar la responsabilidad penal.

Tanto si la ley se limita a tipificar el engaño como si se amplía para tipificar la no revelación, y teniendo en cuenta las consecuencias adversas de la revelación para la persona VIH-positiva, las sanciones penales deberían aplicarse sólo a casos en que la conducta plantea un riesgo significativo de transmisión del VIH. Con ello se respeta adecuadamente la autonomía de las parejas sexuales de las personas que viven con el VIH, y se cumple el importante objetivo de prevenir la propagación del VIH, al tiempo que se tienen en cuenta los riesgos de la revelación y la posibilidad de medios alternativos para reducir la posible transmisión. Por supuesto, hacer posible que una persona VIH-positiva evite la responsabilidad penal tomando precauciones es una buena política pública, porque tipificar a la persona VIH-positiva que, aunque no revele su estado, tiene realmente relaciones sexuales más seguras o trata de reducir el riesgo de transmisión, sería directamente contraproducente para el mismísimo objetivo de prevenir una ulterior transmisión. En una decisión que aborda directamente la cuestión de la responsabilidad penal por no revelar la infección por el VIH antes de tener relaciones sexuales sin protección, el Tribunal Supremo del Canadá reconoce la importancia de restringir la aplicación de la legislación penal a los casos en que ha habido realmente un “riesgo significativo” de transmisión del VIH, y también propone que se considere que la adopción de precauciones, como el uso del preservativo, reduce suficientemente el riesgo para que no haya lugar a responsabilidad penal por no revelar la infección por el VIH.⁵⁹

Determinación de la culpabilidad mental

Si bien el derecho penal (ya sea codificado o determinado por interpretación judicial) debe definir la conducta que está prohibida, también debe determinar cuándo esta conducta es culpable y cuando es inocente. La culpabilidad depende del estado mental de la persona acusada en el momento en que participó en la conducta prohibida.

1) Grados de culpabilidad mental

No siempre está claro donde está el límite de la culpabilidad penal, y éste dependerá en parte de la gravedad del delito. El derecho penal reconoce diferentes grados de

⁵⁹ *R v Currier* [1998] 2 SCR 371 (Tribunal Supremo del Canadá).

culpabilidad mental, y no todos ellos justificarán procesamiento penal y castigo en todas las circunstancias. En general, la ley reconoce tres niveles de culpabilidad mental:

- **Intención:** Desde una perspectiva jurídica, una persona comete *intencionadamente* un delito cuando su *propósito* es cometerlo, o si *sabe* con alguna certeza que su comportamiento provocará el resultado prohibido. La caracterización exacta del grado de certeza requerido puede variar según las jurisdicciones, así como dentro de las jurisdicciones que comparten la misma tradición legislativa básica.
- **Imprudencia:** Una persona es penalmente *imprudente* cuando antevé que su comportamiento puede causar el resultado prohibido y, a pesar de ello, corre un riesgo deliberado e injustificado de adoptarlo. Dicho de otro modo, para ser imprudente, una persona debe ser consciente de que su comportamiento conlleva un riesgo de perjuicio, e *injustificablemente* corre este riesgo. Si bien la conducta imprudente a veces está prohibida y se castiga con el peso del derecho penal, no siempre ocurre así. Dependerá de cómo se defina el delito.
- **Negligencia:** Como norma general, una persona debe cometer intencionada o imprudentemente un delito para ser considerada culpable. Habitualmente, la conducta que es simplemente negligente no está sujeta a sanción penal (aunque puede acarrear responsabilidad civil). En unas pocas circunstancias, la conducta negligente puede ser objeto de responsabilidad penal. En esos casos, la persona se considera censurable y merecedora de castigo porque no ha sido consciente del posible daño provocado por su comportamiento. Sin embargo, incluso en estos casos, generalmente tiene que demostrarse que se trata de una negligencia *grave*, y más que una negligencia simple y ordinaria, para que el individuo en cuestión sea considerado culpable de delito. Dicho de otro modo, la conducta tiene que desviarse notablemente del comportamiento cuidadoso que hubiese adoptado una “persona razonable”.

Los casos de transmisión *intencionada* del VIH son relativamente raros; no sucede a menudo que alguien adopte un comportamiento de riesgo (por ej., relaciones sexuales sin protección) con el *propósito* de infectar a alguien, o con el *conocimiento cierto* de que su comportamiento transmitirá el virus. Este grado de culpabilidad mental es, sin embargo, el que está más claramente incluido en la legislación penal.

Es más cuestionable si el derecho penal debería ampliarse al comportamiento *imprudente* o *negligente* en el contexto de la transmisión/exposición al VIH, y para ello deben tenerse en cuenta los siguientes factores:

- el grado de riesgo que debería definirse jurídicamente como *injustificable*, de modo que adoptar ese nivel de riesgo equivaldría a imprudencia criminal;
- cuando la conducta viene a ser una *desviación sustancial* del nivel de conducta cuidadosa previsible en una persona normal y razonable, de modo que pueda considerarse negligencia penal.

Al rebajar el umbral de la responsabilidad penal por debajo de la transmisión -o exposición- *intencionada* del VIH, se plantea una preocupación sobre los posibles sesgos y prejuicios que aparecen en la interpretación y aplicación del derecho penal si la responsabilidad se basa en estos conceptos difíciles y mal definidos.

Existe, no obstante, un riesgo significativo de que los sesgos y las arbitrariedades infecten el proceso cada vez que la *imprudencia* sea el elemento mental aplicable en los casos de SIDA (...) Conceptos como *imprudencia* y *negligencia* ponen de manifiesto una psicología común, una serie de conceptos comunes, una

forma común de ver el mundo. Sin embargo, una de las realidades destacadas por la epidemia de VIH es que no siempre nos identificamos con éxito con otros, o comprendemos la experiencia vivida por personas muy distintas de nosotros. Concretamente en el caso de la adopción de riesgos en las relaciones sexuales, existe un peligro palpable de que los miembros del jurado aporten al proceso de evaluación imágenes preexistentes de los grupos más estrechamente identificados con el SIDA, así como actitudes predeterminadas frente a esos colectivos (...) Existe el riesgo de que los miembros del jurado estén predispuestos a considerar a los acusados VIH-positivos como *anormales, antisociales e imprudentes*.⁶⁰

(2) Principio de conciencia material

Sea cual sea el grado de culpabilidad mental que se considera suficiente para imponer responsabilidad, el *principio de conciencia material* es fundamental en el derecho penal: para ser considerada responsable de un delito, una persona tiene que haber comprendido el carácter material de su comportamiento. La persona que no comprende la naturaleza de su comportamiento no puede decirse que tenga la *mente culpable* necesaria para una sanción penal. En el presente contexto, esto significa, cuando menos, que una persona acusada que tiene relaciones sexuales sin protección, transmite o corre el riesgo de transmitir el VIH, debe ser consciente de su estado serológico respecto al VIH para que pueda imputársele responsabilidad penal:

Sería injusto castigar a una persona sobre la base de la simple ignorancia. Además, no es realista confiar en que la penalización de la transmisión del VIH modifique el comportamiento de un individuo que no es consciente de su infección. Si no se requiere conocimiento [de la infección por el VIH] para constituir delito, la sombra de responsabilidad penal penderá sobre la cabeza de toda persona que no haya recibido un resultado negativo en la prueba del VIH.⁶¹

Lo que también indica es que, para ser considerado penalmente responsable, la persona VIH-positiva tiene que comprender que el SIDA es una enfermedad transmisible y cómo se transmite: es decir, esa persona tiene que comprender que su comportamiento conlleva el riesgo de causar un perjuicio personal infectando a otra persona. Tanto si el derecho penal se aplica a la transmisión/exposición al VIH promulgando una legislación específica o por medio de la aplicación judicial de delitos ordinarios, no es justo sancionar penalmente a una persona que no tiene conocimiento de que con su comportamiento puede perjudicar a otro, a menos que pueda decirse que ha habido *negligencia grave* en su falta de conocimiento del riesgo. Sin embargo,

¿[d]esgraciadamente, el mero hecho de que una persona haya sido informada de su estado respecto al VIH no significa que haya recibido algún tipo de asesoramiento o el asesoramiento adecuado para la reducción del riesgo. De no existir ese asesoramiento, ofrecido en un momento y de una forma bien calculados para ayudar a la comprensión, no podemos confiar en que el acusado ni siquiera supiera, por ejemplo, qué actos sexuales son arriesgados y cuáles son relativamente seguros.⁶²

Persiste gran cantidad de información errónea y de malentendidos acerca de la transmisión del VIH. A un nivel pragmático, esto refuerza la necesidad de precaución en el uso del derecho penal, para no contribuir a tal confusión procesando una conducta que no conlleva ningún riesgo significativo de transmisión. A un nivel ético, también pone énfasis en

⁶⁰Dalton HL, "Criminal Law." En: S Burris et al. *AIDS Law Today: A New Guide for the Public*. New Haven: Yale University Press, 1993, en p. 250.

⁶¹Turner A, Criminal Liability and AIDS. *Auckland University Law Review* 1995; 7: 875-895: en p. 889.

⁶²Dalton, *supra* en p. 251.

la necesidad de moderación evitando la penalización en el caso de los individuos que no son conscientes de que su comportamiento conlleva un riesgo; en tales circunstancias, el objetivo de prevenir la transmisión del VIH exige educación, no procesamiento.

5. Conclusión y Recomendaciones

“La prisa por tipificar el riesgo de transmisión del SIDA pasa por alto el fracaso de los intentos previos de controlar las enfermedades venéreas, así como los considerables problemas de jurisprudencia y salud pública que plantearía”.⁶³

En las secciones anteriores del presente documento se han esbozado algunos principios rectores y numerosas cuestiones de política que deben tener en cuenta los responsables de formular políticas cuando analizan la penalización de la transmisión y/o exposición al VIH. Las siguientes recomendaciones se presentan para informar acerca del desarrollo de políticas públicas acertadas en este campo.

Facilitación de prevención, atención, tratamiento y apoyo relacionados con el VIH



Proteger contra la discriminación y salvaguardar la intimidad

Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a los grupos vulnerables, las personas con el VIH/SIDA y los discapacitados, velar por el respeto de la vida privada y la confidencialidad.⁶⁴



Abordar las causas subyacentes de la vulnerabilidad a la infección por el VIH y las actividades de riesgo

Como recomiendan las Naciones Unidas: “En colaboración con la comunidad y por conducto de ella, los Estados deberían fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, los niños y otros grupos vulnerables, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad mediante el diálogo y el apoyo a los grupos de la comunidad, en particular mediante servicios sociales y de salud especiales”.⁶⁵



Asegurar el acceso a las pruebas del VIH, al asesoramiento y al apoyo de calidad para reducir el riesgo

Los Estados deberían asegurar el acceso a las pruebas del VIH, acompañado de asesoramiento de calidad previo y posterior a las pruebas, para hacer posible que las personas conozcan su estado serológico respecto al VIH, un componente crucial para prevenir la ulterior transmisión. Los Estados también deberían facilitar el acceso a información comprensible sobre cómo protegerse de la transmisión del VIH, junto con el apoyo económico, social y personal necesario para evitar el comportamiento de riesgo de transmisión del VIH.



Facilitar el acceso al tratamiento contra el VIH tras la exposición al virus

Los Estados deberían velar por que al menos aquellas personas expuestas a una

⁶³Gostin L, The Politics of AIDS: Compulsory State Powers, Public Health and Civil Liberties. *Ohio State Law Journal* 1989; 49: 1017.

⁶⁴Directrices internacionales, Quinta directriz.

⁶⁵Directrices internacionales, Octava directriz.

posible infección por el VIH debido a una agresión o una lesión laboral tengan acceso gratuito y rápido a profilaxis contra el VIH tras la exposición, así como a asesoramiento y apoyo.



Derogar o enmendar las leyes que dificultan la prevención, atención, tratamiento y apoyo relacionados con el VIH

Como recomiendan las Naciones Unidas, los Estados deberían revisar, con la intención de derogar o enmendar, la legislación que prohíbe actos sexuales de mutuo acuerdo y en privado entre adultos, la que prohíbe el trabajo sexual que no implique victimización, y la que prohíbe medidas como el intercambio de agujas/jeringas que pueden reducir los daños (incluida la infección por el VIH) asociados con el consumo ilícito de drogas⁶⁶.

Utilización de legislaciones penales o sanitarias coercitivas



Utilizar medidas coercitivas como último recurso

Las legislaciones y los reglamentos sanitarios deberían disponer intervenciones en casos individuales para prevenir la transmisión del VIH que: sean apropiadas a una enfermedad como el VIH/SIDA que no se transmite de forma fortuita y no tiene cura; protejan en todo lo posible la confidencialidad de las personas que viven con el VIH/SIDA; sean flexibles y puedan adaptarse para abordar las circunstancias individuales relacionadas con el comportamiento de riesgo corriente; adopten un enfoque gradual que emplee las medidas coercitivas sólo después de que las menos intrusivas hayan demostrado ser ineficaces; e incorporen medidas de protección procesales para evitar el abuso de tales poderes en violación de los derechos humanos. Los procesamientos penales, como medidas más coercitivas y estigmatizantes, deberían reservarse para los casos en que las intervenciones sanitarias no han logrado alcanzar el objetivo de prevenir la ulterior transmisión del VIH. Habría que desarrollar protocolos que aseguren la coordinación entre los funcionarios sanitarios, los responsables de hacer cumplir la ley y los fiscales, y que se basen en este principio de un enfoque gradual.



Establecer parámetros sobre el uso del derecho penal

Si los Estados decidieran recurrir al derecho penal, se proponen los siguientes parámetros para su uso:

(1) Sin legislación específica sobre el VIH

Como ya se ha recomendado: “Ni la legislación penal ni la sanitaria deberían prever delitos específicos contra la transmisión deliberada e intencional del VIH, sino que a esos casos excepcionales deberían aplicarse más bien figuras delictivas generales. Al hacerlo debería garantizarse que los elementos de previsibilidad, intencionalidad, causalidad y consentimiento estén claramente demostrados para que se pueda condenar a una persona o imponérsele penas más severas.”⁶⁷

(2) Conducta prohibida y exclusión de responsabilidad

- La legislación penal puede ampliarse apropiadamente a la conducta que no sólo tiene como resultado la transmisión real del VIH, sino que expone a otros a un riesgo significativo de infección. Las sanciones penales no deberían aplicarse a

⁶⁶ *Directrices internacionales*, Cuarta directriz, párrafo 29 (b-d)

⁶⁷ *Directrices internacionales*, Cuarta directriz, párrafo 29 (a).

actos que no plantean un riesgo significativo de transmitir el VIH.

- Los cargos penales aplicables a un comportamiento coercitivo y agresivo deberían presentarse apropiadamente en los casos en que el acusado sea VIH-positivo. Las acusaciones más graves o las penas más severas contra un acusado VIH-positivo tienen que justificarse sobre la base de las mejores pruebas científicas disponibles en relación con el riesgo de transmisión planteado por la agresión, y no simplemente por la infección por el VIH del acusado.
- No deberían presentarse cargos penales contra una persona VIH-positiva por una conducta que exponga a riesgo de transmisión si la pareja que corre el riesgo es consciente del estado seropositivo de aquélla, cualquiera que sea el grado de riesgo que implique.
- En el caso en que el consentimiento para participar en la actividad de riesgo se haya obtenido con un engaño deliberado en relación con el estado serológico respecto al VIH, puede ser apropiado imponer sanciones penales. Se recomienda que no se apliquen las sanciones penales por el simple hecho de no revelar el estado serológico positivo.
- Ya sea por ley o por decisión judicial, la legislación debería reconocer expresamente que no existe responsabilidad penal por la transmisión del VIH o la exposición al virus cuando:
 - la conducta en si no comporta un riesgo significativo de transmisión del VIH, tanto si fue agresiva como de mutuo acuerdo;
 - se ha revelado la infección por el VIH a otra persona expuesta al riesgo de infección y esta persona consiente participar en la conducta que conlleva riesgo, sea cual fuere el grado de riesgo que implique; o
 - la persona VIH-positiva ha tomado precauciones para reducir el riesgo de transmisión de modo que ya no sea significativo, tanto si ha tergiversado su estado serológico respecto al VIH como si sencillamente no lo ha revelado.

3) Culpabilidad mental

- El derecho penal puede aplicarse apropiadamente a las personas que *intencionada* o *imprudentemente* transmiten el VIH o exponen a otros a un riesgo significativo de infección, porque en tales casos la persona es consciente de que su conducta puede perjudicar a otra. Sin embargo, teniendo en cuenta la falta de esa conciencia y la persistencia de información errónea sobre las formas de transmisión y los niveles de riesgo, debería evitarse la responsabilidad penal por transmisión o exposición *negligente*.
- No debería imponerse responsabilidad penal a nadie a menos que se pueda demostrar, con arreglo a los criterios de referencia aplicables para las pruebas en la legislación penal de la jurisdicción, que la persona sabía que estaba infectada por el VIH, y que también sabía que la conducta de la que se le acusa plantea un riesgo significativo de transmisión del virus.

Actuaciones Judiciales



Establecer medidas de protección contra el abuso de la legislación y la potestad normativa sanitaria

Los Estados deberían promulgar leyes y desarrollar políticas y protocolos que prevengan el abuso de las leyes y las autoridades sanitarias, asegurando que: las personas no están

sujetas a medidas coercitivas sobre la base exclusiva de su estado serológico respecto al VIH; de que existen medidas de salvaguarda para la celebración de procesos con todas las garantías legales en los lugares donde se viola la libertad de las personas que viven con el VIH, tales como criterios objetivos para evaluar el riesgo del daño al que el acusado expone a los demás, el derecho a la notificación de cualquier orden que restrinja la libertad, el derecho a la representación legal, el derecho a someter a apelación o revisión judicial el ejercicio coercitivo de la potestad normativa sanitaria, y períodos de órdenes fijos en lugar de indeterminados.



Establecer directrices procesales para evitar el abuso del derecho penal

Los Estados deberían establecer directrices destinadas a los fiscales para prevenir los procesamientos penales inapropiados y guiar la conducta procesal durante los juicios, con objeto de evitar la publicidad que pueda originar parcialidad en un juicio, romper la confidencialidad del estado serológico del acusado respecto al VIH, exponer al acusado al estigma y la discriminación antes de ser condenado por ningún delito, y socavar los esfuerzos en materia de salud pública contribuyendo a diseminar ideas erróneas sobre cómo se transmite el VIH.⁶⁸



Ofrecer apoyo y servicios jurídicos

Los Estados deberían implantar y apoyar servicios jurídicos que informen a las personas afectadas por el VIH/SIDA sobre sus derechos, les ofrezcan servicios jurídicos gratuitos para defender y hacer valer esos derechos, y desarrollen los conocimientos especializados sobre cuestiones jurídicas relacionadas con el VIH.



Asegurar el derecho a tener abogado

Los abogados no deberían negarse a representar a una persona por razón de su estado serológico respecto al VIH, porque esto supone discriminación y una conducta poco profesional. Las personas que viven con el VIH/SIDA tienen el mismo derecho que las demás a tener un abogado.



Educar a las autoridades judiciales, la policía, los fiscales y los abogados defensores

Los Estados tienen que asegurar la concienciación de las autoridades judiciales sobre las cuestiones relacionadas con el VIH/SIDA, incluida la educación judicial y el desarrollo de materiales judiciales, como recomiendan las Naciones Unidas.⁶⁹ Esta educación también tiene que ofrecerse a todo el personal involucrado en el sistema de justicia penal (policía, fiscales, abogados defensores y jurados), y debe incluir conocimientos básicos del VIH y sobre cómo se transmite y no se transmite el virus. Cuando sea necesario, los tribunales que se ocupan de casos en que sea pertinente y admisible la información relacionada con el estado serológico de una de las partes deberían pedir, y admitir como prueba, información médica actual, precisa y objetiva relacionada con el VIH/SIDA.



Asegurar la imparcialidad en el desarrollo del juicio

Los Estados deben velar por unas políticas y protocolos claros que aseguren que el desarrollo de los procesos legales no esté viciado con información errónea acerca del VIH/SIDA y con sesgos respecto de las personas que viven con el VIH/SIDA, con miras a no

⁶⁸Véase, por ej.: McColgin DL & Hey ET "Criminal Law," En: D Webber, ed. *AIDS and the Law* (3a. ed.). John Wiley & Sons, Inc: Nueva York, 1997 (como suplemento).

⁶⁹*Directrices internacionales*, Primera directriz , párrafo 21 d).

perjudicar el derecho a un juicio justo y perpetuar las ideas erróneas sobre el VIH/SIDA. Los acusados VIH-positivos en procesos penales o de salud pública deberían ser tratados del mismo modo que cualquier otro acusado, y “[n]o deberían emplearse precauciones de seguridad fuera de lo habitual⁷⁰ como guantes, máscaras o limitaciones, o permitir que la defensa o el personal del tribunal se aparte de un acusado VIH-positivo. Los procesos judiciales discriminatorios también incluyen interrogatorios parciales y provocadores y, en el caso de juicios con jurado, el tribunal debería tener y utilizar la potestad de escuchar pruebas propuestas sin la presencia del jurado y establecer normas preliminares para decidir si esas pruebas son admisibles.



Proteger la confidencialidad de la información médica y del asesoramiento

Para reducir al mínimo el posible impacto perjudicial sobre el acceso a los servicios de asesoramiento y apoyo que contribuirán a evitar el comportamiento de riesgo, las pruebas de que un acusado tiene conocimiento de su infección por el VIH y sus comunicaciones con profesionales de la salud, consejeros espirituales u otros asesores deberían ser legalmente inadmisibles en un proceso por un delito penal o contra la salud pública.



Proteger la confidencialidad durante los procesos judiciales

“Las personas que viven con el VIH/SIDA deberían poder exigir que su identidad e intimidad estén protegidas en los procesos judiciales en que surja información sobre estas cuestiones.”⁷¹ Los Estados deberían asegurar que las leyes y políticas que rigen los procesos judiciales incluyan disposiciones para que los tribunales protejan la confidencialidad del acusado, por ejemplo, ordenando el uso de un seudónimo en los procesos, sellando el registro judicial del proceso, permitiendo los procesos a puerta cerrada, estableciendo la prohibición de publicar detalles que identifiquen al acusado, e imponiendo prohibiciones al personal del tribunal de revelar la información que se ha ordenado mantener confidencial.

⁷⁰American Bar Association. Policy on AIDS and the Criminal Justice System 1 (adoptado por ABA House of Delegates, 7 de febrero de 1989).

⁷¹ *Directrices internacionales*, Quinta directriz, párrafo 30 c).

Bibliografía y material complementario adicional

“AIDS & HIV Charter,” AIDS Consortium, South Africa (vía: www.aidsconsortium.org.za).

AIDS Law Project of South Africa (H. Axam et al.) (1999) Response Paper to the SA Law Commission’s Discussion Paper 80 (“The Need for a Statutory Offence Aimed at Harmful HIV-Related Behaviour), (vía: www.hri.ca/partners/alp).

“AIDS Prevention & Control,” Plan de Salud Nacional (1996–2001), Ministerio de Salud, Unión de Myanmar (en: www.burmaproject.org/burmadebate/spring98hivaids.html).

American Bar Association (1988) Criminal Law and Prisons. In: *AIDS: The Legal Issues: Discussion Draft of the ABA AIDS Coordinating Committee*.

American Civil Liberties Union Foundation, AIDS and Civil Liberties Project. Criminalizing Transmission of the Virus. Nueva York, NY: The Foundation, sin fecha.

American Civil Liberties Union AIDS Project (1988) Isolation or Quarantine of HIV-Infected Persons (documento de información). Nueva York, NY: ACLU.

Amollo O (1997) Life Sentence for Seropositive Rapists. *Newsletter of the African Network on Ethics, Law and HIV*; 3: 3-4.

Association of the Bar of the City of New York, Joint Subcommittee on AIDS in the Criminal Justice System (1989) «AIDS and the Criminal Justice System: A Final Report and Recommendations,» (Julio) [Resumen publicado en 44 *The Record of the Association of the Bar of the City of New York* 601 (Octubre)].

Association of the Bar of the City of New York, Joint Subcommittee on AIDS in the Criminal Justice System (1987) «AIDS and the Criminal Justice System: A Preliminary Report and Recommendations,» 42 *The Record of the Association of the Bar of the City of New York* 901 (Noviembre).

Bergman B (1988) AIDS, Prostitution and the Use of Historical Stereotypes to Legislate Sexuality. *John Marshall Law Review*; 21: 777-830.

Bindman A et al. (1999) Multistate Evaluation of Anonymous HIV Testing and Access to Medical Care. *The Journal of the American Medical Association*; 280: 1416-1420.

Blumberg M (1989) Transmission of the AIDS Virus Through Criminal Activity. *Criminal Law Bulletin*; 25: 454-465.

Bobinski M (1994) Women and HIV: a gender-based analysis of a disease and its legal regulation. *Texas Journal of Women and the Law*; 3: 7.

Boockvar K (1994) Beyond survival: the procreative rights of women with HIV. *Boston College Third World Law Journal*; 14: 1-42.

Brandt AM (1987) AIDS: From Social History to Social Policy. *Law, Medicine & Health Care* 1986; 14: 231.

Brandt AM (1993) A Historical Perspective. En: Dalton HL, Burris S & Yale AIDS Law Project, eds. *AIDS Law Today: A Guide for the Public*. New Haven: Yale University Press.

Brandt AM (1987) *No Magic Bullet: A Social History of Venereal Disease in the United States Since 1880* (2ª. edición). Nueva York: Oxford University Press.

Bronitt SH (1994) Criminal Liability for the Transmission of HIV/AIDS. *Criminal Law Review*: 21-34

Bronitt SH. (1994) Spreading Disease and the Criminal Law. *Criminal Law Review*: 21-34.

Brown VB et al. (1994) Mandatory partner notification of HIV test results: psychological and social issues for women. *AIDS & Public Policy Journal*; 9(2): 86-92.

Buchanan, D (1999) "The law and HIV transmission: help or hindrance?" *Venereology*; 12(2): 57-66.

Buchanan, D (1995) "Public Health, Criminal Law and the Rights of the Individual," en African Network on Ethics, Law and HIV: Proceedings of the Intercountry Consultation (Dakar, Senegal, 27 de junio–1 de julio 1994). Senegal: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Burris S (1992) Prisons, Law and Public Health: The Case for a Coordinated Response to Epidemic Disease Behind Bars. *University of Miami Law Review*; 47: 291

Canadian Bar Association, Ontario (1986) *Report of the Committee to Study the Legal Implications of AIDS*. Toronto: The Association, pp. 57-62.

Carta de Derechos de Namibia sobre el VIH/SIDA (1 de diciembre de 2000) (via: www.lac.org.na).

Carta de las Personas con el VIH/SIDA, Autoridad Nacional del SIDA, Camboya (sin fecha).

Centro François-Xavier Bagnoud para la Salud y los Derechos Humanos y Federación Internacional de la Cruz Roja y las Sociedades de la Media Luna Roja (1995) *AIDS, Health and Human Rights: An explanatory manual*. Cambridge, MA y Ginebra: Escuela de Salud Pública de Harvard.

Closen ML et al. (1994) Criminalization of an Epidemic: HIV-AIDS and Criminal Exposure Laws. *Arkansas Law Review*; 46: 921-983.

Closen ML, Deutschmann JS (1990) A Proposal to Repeal the Illinois HIV Transmission Statute. *Illinois Bar Journal*; diciembre: 592.

Closen ML, Isaacman SH (1990) Criminally Pregnant: Are AIDS-Transmission Laws Encouraging Abortion? *American Bar Association Journal*; 76: 76-78.

Closen ML, Isaacman S, Wojcik M (1993) Criminalization of HIV Transmission in the USA. Novena Conferencia Internacional sobre el SIDA, Berlín, 6-11 de junio de 1993: Resumen PO-D27-4188.

Código Penal de la República Argentina, Art. 202 (texto original de la Ley N°. 20771) (via: www.codigos.com.ar).

Colangelo F, Hogan M (1993) Jails and Prisons—Reservoirs of TB Disease: Should Defendants with HIV Infection (Who Cannot Swim) Be Thrown into the Reservoir? *Fordham Urban Law Journal*; 20: 467.

Comentario: Sentenced to Prison, Sentenced to AIDS: The Eighth Amendment Right to be Protected From Prison's Second Death Row. *Dickinson Law Review* 1988; 92: 863.

Comentario: The AIDS Crisis in Prison: A Need for Change. *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 1990; 6: 221.

Comité Intergubernamental sobre el SIDA (Legal Working Party) (1992) *Final Report of the Legal Working Party*. Canberra: Departamento de Servicios Comunitarios y Sanitarios.

Comité Intergubernamental sobre el SIDA (Legal Working Party) (1991) *Legislative Approaches to Public Health Control of HIV-Infection*. Canberra: Departamento de Servicios Comunitarios y Sanitarios.

Comité Intergubernamental sobre el SIDA (Legal Working Party) (1991) *Legal Issues Relating to HIV/AIDS, Sex Workers and their Clients*. Canberra: Departamento de Servicios Comunitarios y Sanitarios.

Comité Nacional sobre el SIDA (1992) *HIV and Human Rights in Canada*. Ottawa: The Committee.

Consejo de Europa, Comité Europeo de Problemas de Delincuencia, Comité especial de expertos en aspectos penales y penitenciarios del control de las enfermedades transmisibles, incluido el SIDA y los problemas sanitarios conexos en la cárcel (1989). Informe resumido de la reunión celebrada en Estrasburgo, 29-31 de mayo de 1989. Doc. PC-R-SI (89) 2.

Correctional Service of Canada (1994) *HIV/AIDS in Prisons: Final Report of the Expert Committee on AIDS and Prisons*. Ottawa: Ministerio de Suministros y Servicios, Canadá.

Cutler JC, Arnold RC (1988) Venereal disease control by health departments in the past: lessons for the future. *American Journal of Public Health*; 78: 372.

Dadour F (1996) *Le phénomène du SIDA et le droit criminel: impacts et enjeux*. Montreal: Les Editions Thémis.

Dalton HL (1993) "Criminal Law" in: S Burris, HL Dalton, JL Miller & Yale AIDS Law Project, eds. *AIDS Law Today: A New Guide for the Public*. New Haven: Yale University Press.

David LA (1995) The Legal Ramifications in Criminal Law of Knowingly Transmitting AIDS. *Law & Psychology Review*; 19: 259.

Decker JF (1987) Prostitution as a Public Health Issue. In: Dalton HL, Burris S & Yale AIDS Law Project, eds. *AIDS and the Law: A Guide for the Public*. New Haven: Yale University Press.

Dhaliwal M (1999) Creation of an Enabling and Gender Just Legal Environment as a Prevention Strategy for HIV/AIDS amongst Women in India. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter*; 4(2/3): 86-89 (vía: www.aidslaw.ca o en: www.hri.ca/partners/lc/unit/women-hiv.shtml).

Dine J, Watt B (1998) The transmission of disease during consensual sexual activity and the concept of associative autonomy, 4 *Web Journal of Current Legal Issues* (<http://webjcli.ncl.ac.uk>).

Dolgin JL (1985) AIDS: Social Meanings and Legal Ramifications. *Hofstra Law Review*; 14: 193-209.

Ducharme T (1988) Preparing for a Legal Epidemic: An AIDS Primer for Lawyers and Policy Makers. *Alberta Law Review*; 26: 471-520.

Dwyer J (1993) Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of HIV. *Journal of Contemporary Health Law and Policy*; 9: 167.

- Elliott R (1999) *After Cuerrier: Canadian Criminal Law and the Non-Disclosure of HIV-Positive Status*. Montreal: Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA.
- Elliott R (1997) *Criminal Law and HIV/AIDS: Final Report*. Montreal: Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA y Sociedad Canadiense del SIDA.
- Field MA, Sullivan KM (1987) AIDS and the Criminal Law. *Law, Medicine and Health Care*; 15: 46.
- Fluss SS (1992) International AIDS Legislation. En: Fuenzalida-Puelma H, Linares Parada AM, LaVertu DS (eds). *Ethics and Law in the Study of AIDS*. Washington: Oficina Panamericana de la Salud, pp. 7-22.
- Fondo Nacional del SIDA. The National AIDS Trust's Response to the Law Commission's Consultation Paper No 139, Consent to Criminal Law. Londres, RU: The Trust, 1996.
- Forlin y Wauchope (1987) AIDS and the Criminal Law. *The Law Society's Gazette [RU]*, 25 de marzo de 1987: 884-85.
- Friedman R (1988) The Application of Canadian Public Health Law to AIDS. *Health Law in Canada*; 9: 49.
- Gabel JB (1994) Liability for 'Knowing' Transmission of HIV: The Evolution of a Duty to Disclose. *Florida State University Law Review*; 21: 981.
- Gielen A et al. (1995) Women and HIV: disclosure concerns and experiences. *Women and HIV Conference*, Washington DC.
- Gillett G (1989) AIDS: The Individual and Society. In: *Legal Implications of AIDS*. Auckland: Legal Research Foundation.
- Godwin J, Hamblin J, Patterson D, Buchanan D (1993) *Australian HIV/AIDS Legal Guide* (2d ed.). Federación Australiana de Organizaciones sobre el SIDA: The Federation Press.
- Gostin L (1992) A Decade of a Maturing Epidemic: An Assessment and Directions for Future Public Policy. En: Fuenzalida-Puelma H, Linares Parada AM, LaVertu DS (eds). *Ethics and Law in the Study of AIDS*. Washington: Oficina Panamericana de la Salud, pp. 183-199.
- Gostin L (1989) The Politics of AIDS: Compulsory State Powers, Public Health, and Civil Liberties. *Ohio State Law Journal*; 49: 1017-1058.
- Gostin L (1987) Traditional Public Health Strategies. En: Dalton HL, Burriss S & Yale AIDS Law Project (eds) *AIDS and the Law: A Guide for the Public*. New Haven: Yale University Press.
- Gostin L, Curran WJ (1986) The Limits of Compulsion in Controlling AIDS. *Hastings Center Report* (Diciembre); 24-29.
- Gostin LO, Lazzarini Z (1997) *Human Rights and Public Health in the AIDS Pandemic*. Nueva York: Oxford University Press.
- Gostin LO, Lazzarini Z (1997) Prevention of HIV/AIDS Among Injection Drug Users: The Theory and Science of Public Health and Criminal Justice Approaches to Disease Prevention. *Emory Law Journal*; 46: 587.
- Gostin LO, Mann J (1994) Towards the development of a human rights impact assessment for the formulation and evaluation of health policies. *Health and Human Rights: An International Quarterly Journal* 58-81.

- Hamblin J (1991) The Role of the Law in HIV/AIDS Policy. *AIDS*; 5(Suppl 2): S239-S243.
- Hamilton A (1995) The criminal law and HIV infection. En: Haigh R, Harris D (eds) *AIDS: A Guide to the Law*. London: Routledge.
- Hammett T et al. (1991) Stemming the Spread of HIV among IV Drug Users, their Sexual Partners, and Children: Issues and Opportunities for Criminal Justice Agencies. *Crime & Delinquency*; 37: 101-124.
- Harris K. Death at First Bite: A *Mens Rea* Approach in Determining Criminal Liability for Intentional HIV Transmission. *Arizona Law Review* 1993; 35: 237-264.
- Hermann DH (1990) Criminalizing Conduct Related to HIV Transmission. *St Louis University Public Law Review*; 9: 351.
- Hermann DH. Criminalizing Conduct Related to HIV Transmission. *Saint Louis University Public Law Review* 1990; 9: 351.
- Hertz Picciotto I et al. (1999) HIV Test Seeking Before and After the Restriction of Anonymous Testing in North Carolina. *American Journal of Public Health*; 86: 1446-1450
- Heth JA (1993) Dangerous Liaisons: Criminalizing Conduct Related to HIV Transmission. *Willamette Law Review*; 29: 843-866.
- Hirano D et al. (1994) Anonymous HIV Testing: The Impact of Availability on Demand in Arizona. *American Journal of Public Health*; 84: 2008.
- Holland WH (1994) HIV/AIDS and the Criminal Law. *Criminal Law Quarterly*; 36(3): 279-316.
- Hoxworth T et al.(1994) Anonymous HIV testing: does it attract clients who would not seek confidential testing? *AIDS Public Policy Journal*; 9: 182-189.
- Hübner F (1996) Faut-il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse? *Plädoyer*; 6.
- Hunter ND (1992) Complications of Gender: Women and HIV Disease. En: Hunter ND & Rubenstein WB (eds) *AIDS Agenda: Emerging Issues in Civil Rights*. Nueva York: New Press.
- Isaacman SH (1991) Are we outlawing motherhood for HIV-infected women? *Loyola University of Chicago Law Journal*; 22: 479-496.
- Jackson MH (1992) The Criminalisation of HIV. En: Hunter ND & Rubenstein WB, eds. *AIDS Agenda: Emerging Issues in Civil Rights*. Nueva York: New Press.
- Jürgens R (1996) Criminalisation of HIV Transmission: A Literature Review. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter*; 2(2): 3-5.
- Jürgens R (1996) *HIV/AIDS in Prisons: Final Report*. Montreal: Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA y Sociedad Canadiense del SIDA.
- Jürgens R, Waring B (1998) *Legal and Ethical Issues Raised by HIV/AIDS: Literature Review and Annotated Bibliography* (2ª edición.). Montreal: Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA y ONUSIDA Ginebra.
- Kanyangarara S (1999) Proposed Use of the Criminal Law to Deal with HIV Transmission in Zimbabwe. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter*; 4(2/3): 98-101
- Kegeles S et al. (1990) Many people who seek anonymous HIV-antibody testing would avoid it under other circumstances. *AIDS*; 4: 585-588.

Kenney SV (1992) Criminalizing HIV Transmission: Lessons from History and a Model for the Future. *Journal of Contemporary Health Law & Policy*; 8: 245-273.

Kirby M (Honorable Juez) (1995) HIV and Law – A Paradoxical Relationship of Mutual Interest. Trabajo presentado en el Congreso Mundial de ETS/SIDA IUVDT, Singapur, 22 de marzo de 1995 (en: www.fl.asn.au/resources/kirby/papers/).

Kirby M (Honorable Juez) (1989) Legal Implications of AIDS. En: *Legal Implications of AIDS*. Auckland: Legal Research Foundation.

Kirby M (Honorable Juez) (1998) The New AIDS Virus—Ineffective and Unjust Laws. *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*; 1: 304-312.

Kirby M (Honorable Juez) (1991) The Ten Commandments. [Australian] *National AIDS Bulletin*; Marzo; 30:-31.

Kwiatt KL (1991) The Illinois HIV Transmission Statute: Unconstitutionally Vague or Politically Vogue? *Criminal Law Bulletin*; 27: 483-503.

Lansdell GT (1989) What Have We Achieved? Reviewing AIDS-Related Law and Policy in Australia. *Anglo-American Law Review*; 18: 201-229.

Laurie GT (1991) AIDS and Criminal Liability Under Scots Law. *Journal of the Law Society of Scotland*; 36: 312-318.

Law Commission (1995) *Consent in the Criminal Law: A Consultation Paper*. Law Commission Consultation Paper No. 139. Reino Unido.

Law Reform Commission of Canada (Commission de réforme du droit) (1976) *Our Criminal Law*. Ottawa: Ministerio de Suministros y Servicios, Canadá.

“The Law and HIV/AIDS in Kenya,” en *AIDS in Kenya: Socioeconomic Impact and Policy Implications* (S Forsythe & B Rau eds), Family Health International/AIDSCAP, 1996 (en: www.arcc.or.ke/nascop/law.htm).

Leech RB (1993) Criminalizing Sexual Transmission of HIV: Oklahoma’s Intentional Transmission Statute: Unconstitutional or Merely Unenforceable? *Oklahoma Law Review*; 46: 687.

Leonard MI (1991) Combatting AIDS’ Acoustic Shadow: Illinois Addresses the Problems of Criminal Transfer of HIV. *Loyola University Law Journal*; 22: 495, 496-515.

Lurigio (ed.) (1991) Special Issue: AIDS and Criminal Justice. *Crime & Delinquency*; 37: 1.

Lynch A (1978) Criminal Liability for Transmitting Disease. *Criminal Law Review*: 612-625.

McGolgin DL, Hey ET (1997) “Criminal Law” en: DW Webber, ed. *AIDS and the Law* (3ª edición). Nueva York: John Wiley & Sons, Inc., pp 259-345 (y supl.).

McGinnis JD (1990) Law and the Leprosies of Lust: Regulating Syphilis and AIDS. *Ottawa Law Review*; 22: 49-75.

McGuigan S (1986) The AIDS Dilemma: Public Health v. Criminal Law. *Law & Inequality*; 4: 545-577.

Merritt DJ (1986) Communicable Disease and Constitutional Law: Controlling AIDS. *New York University Law Review*; 61: 739-799.

North RL, Rothenberg KH (1993) Partner notification and the threat of domestic violence against women with HIV infection. *New England Journal of Medicine*; 329: 1194-1196.

Nota. *Brock v State* [555 So.2d 285 (Ala.)]: The AIDS Virus as a Deadly Weapon. *John Marshall Law Review* 1991; 24: 677-691.

Nota. Constitutional Rights of AIDS Carriers. *Harvard Law Review* 1986; 99: 1274-1292.

Nota. Criminalizing HIV Transmission: New Jersey Assembly Bill 966. *Seton Hall Legislative Journal* 1991; 15: 193.

Office of the British Columbia Provincial Health Officer (1993) Public Health Guidelines for Managing Difficult HIV Cases. Victoria, Canadá.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (1998) *El VIH/SIDA y los derechos humanos – Directrices internacionales*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

ONUSIDA (1999) *Gender and HIV/AIDS: Taking stock of research and programmes*. Ginebra y Nueva York.

ONUSIDA/IPU (1999) *Handbook for Legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights*. Ginebra.

ONUSIDA (2002) *India: Discriminación, estigma y negación relacionados con el VIH/SIDA*. Ginebra.

ONUSIDA (2002) *Uganda: Discriminación, estigma y negación relacionados con el VIH/SIDA*. Ginebra.

Organización Mundial de la Salud (1987) *Social Aspects of AIDS Prevention and Control Programmes*. Programa Especial sobre el SIDA, Ginebra, WHO/SPA/GLO/97.2.

Ormerod DC, Gunn MJ (1996) Criminal Liability for the Transmission of HIV. *Web Journal of Current Legal Issues*; 1 (vía:www.ncl.ac.uk).

Public Health Bill, 1999 [borrador, octubre de 1999] [Swazilandia] (vía: www.ecs.co.sz).

Raney AL (1993) Legislative Instruments Dealing with AIDS and the Importance of Education. *International Lawyer*; 27: 495-521.

Report of the Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic. Washington: US Government Printing Office, 1988.

Rickett CEF (1990) AIDS, sexually transmitted diseases and the criminal law. *Victoria University of Wellington Law Review*: 20: 183-212.

Rothenberg KH et al. (1995) Domestic violence and partner notification: implications for treatment and counseling of women with HIV. *Journal of the American Medical Women's Association*; 50: 87-93.

Rothenberg KH, Paskey S (1995) The risk of domestic violence and women with HIV infection: implications for partner notification, public policy, and the law. *American Journal of Public Health*; 85: 1569-1576.

Schultz G (1988) AIDS: Public Health and the Criminal Law: *Saint Louis University Public Law Review*; 7: 65-113.

Smith KJM (1991) Sexual Etiquette, Public Interest and the Criminal Law. *Northern Ireland Legal Quarterly*; 42(4): 309.

South African Law Commission (1995) *Aspects of the Law Relating to AIDS*. Working Paper 58, Project 85.

South African Law Commission (2001) Fifth Interim Report on Aspects of the Relating to AIDS: The Need for a Statutory Offence Aimed at Harmful HIV-Related Behaviour (abril de 2001) (vía: www.law.wits.ac.za/salc/salc.html).

Spiegelman AR (1990) Selective Prosecution: A Viable Defense against a Charge of Transmitting AIDS? *Washington University Journal of Urban & Contemporary Law*; 37: 337.

Spritz H (1993) The criminalization of perinatal AIDS transmission. *Health Matrix Journal of Law-Medicine*; 3(2): 495-537.

Stansbury CD (1989) Deadly and Dangerous Weapons and AIDS: The Moore [*United States v Moore*, 846 F.2d 1163] Analysis is Likely to Be Dangerous. *Iowa Law Review*; 74: 951-967.

Stauter RL (1989) *United States v. Moore: AIDS and the Criminal Law, the Witch Hunt Begins*. *Akron Law Review*; 22(4): 503-524.

Strayer JK (1994) Criminalization as a Policy Response. *John Marshall Law Review*; 27: 435.

Sullivan KM, Field MA (1988) AIDS and the Coercive Power of the State. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*; 23(1): 139-198.

Terrence Higgins Trust (1996) Response to the [UK] Law Commission Consultation Paper No. 139: *Consent in the Criminal Law*. Londres.

Tierney TW (1992) Criminalizing the Sexual Transmission of HIV: An International Analysis. *Hastings International & Comparative Law Review*; 15: 475.

Turner A (1995) Criminal Liability and AIDS. *Auckland University Law Review*; 7: 875-895.

van Vliet E (1993) Law, Medicine, HIV and Women: Constructions of Guilt and Innocence. *Health Law Journal*; 1: 191-206.

Wanamaker D (1993) From Mother to Child... A Criminal Pregnancy: Should Criminalization of the Prenatal Transfer of AIDS/HIV be the Next Step in the Battle Against this Deadly Epidemic? *Dickinson Law Review*; 97: 383.

Weait M (2001). Taking the blame: criminal law, social responsibility and the sexual transmission of HIV. *Journal of Social Welfare and Family Law*; 23:441-457.

Webber DW (ed.) (1997) *AIDS and the Law* (3d ed.). Nueva York: John Wiley & Sons, Inc. (y supl.).

Zierler S et al (2000) Violence victimization after HIV infection in a US probability sample of adult patients in primary care. *American Journal of Public Health*; 90: 208-215.

El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) es el principal impulsor de la acción mundial contra el VIH/SIDA. Reúne a ocho organizaciones de las Naciones Unidas en un esfuerzo común para luchar contra la epidemia: el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP), el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial.

El ONUSIDA moviliza las respuestas de sus ocho organizaciones copatrocinadoras a la epidemia y complementa esos esfuerzos con iniciativas especiales. Su objetivo es encabezar e impulsar la ampliación de la respuesta internacional al VIH en todos los frentes: médico, de la salud pública, social, económico, cultural, político y de los derechos humanos. El ONUSIDA colabora con múltiples asociados – gubernamentales y de ONG, empresariales, científicos y de otros campos – para compartir conocimientos teóricos y prácticos así como prácticas óptimas más allá de las fronteras.

En diversos países, algunos casos penales que han recibido mucha publicidad y la legislación en proyecto o en vigor suscitan la cuestión de si el derecho penal y los procesamientos constituyen respuestas acertadas al comportamiento que transmite o expone al riesgo de transmitir el VIH. Existen pocas soluciones simples a un problema tan complejo. En lugar de apresurarse a celebrar juicios o promulgar leyes, ese problema requiere una reflexión detenida por parte de los jueces, legisladores y responsables de formular políticas, con miras a evitar la adopción de leyes y políticas mal informadas y contraproducentes que poco hacen para ayudar a prevenir la propagación del VIH y pueden socavar los derechos humanos y las iniciativas eficaces de prevención, atención, tratamiento y apoyo del VIH.

Para prestar asistencia en el desarrollo de políticas públicas acertadas, el presente documento:

- propone principios que deberían guiar las teorías acerca de la cuestión del derecho penal y el VIH/SIDA;
- identifica diversos aspectos de política que los Estados deberían tener en cuenta al adoptar decisiones sobre la utilización del derecho penal;
- examina la alternativa a la penalización presentada por la legislación sanitaria;
- discute si y cómo puede aplicarse justificadamente el derecho penal, y
- concluye con recomendaciones a los gobiernos, la policía, los fiscales, los jueces y las autoridades sanitarias por lo que se refiere al uso apropiado de sanciones penales y medidas sanitarias coercitivas.



Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA

ONUSIDA

UNICEF • PNUD • FNUAP • PNUFID • OIT
UNESCO • OMS • BANCO MUNDIAL

Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)

ONUSIDA – 20, avenue Appia – 1211 Ginebra 27, Suiza

Teléfono: (+41) 22 791 36 66 – Fax: (+41) 22 791 41 87

Dirección electrónica: unaids@unaids.org – Internet: <http://www.unaids.org>