

## UNOFFICIAL TRANSLATION

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

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

## TRADUCTION NON OFFICIELLE

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

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

## TRADUCCIÓN NO OFICIAL

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

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

## НЕОФИЦИАЛЬНЫЙ ПЕРЕВОД

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

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

# VIH/SIDA POLÍTICA Y REVISIÓN DE LA LEY

VOLUMEN 14, NÚMERO 2, DICIEMBRE DE  
2009

## La criminalización de la transmisión del VIH: una mala política de salud pública

La criminalización de la transmisión y la exposición al VIH es una herramienta ineficaz para combatir el sida y una costosa distracción de los programas que sabemos que funcionan: programas como la prevención eficaz, la protección contra la discriminación, la reducción del estigma, la capacitación de las mujeres y el acceso a las pruebas y el tratamiento. En este artículo, que se basa en una conferencia pública que pronunció en "From Evidence and Principle to Policy and Action" (De las pruebas y los principios a la política y la acción), el <sup>primer</sup> simposio anual sobre VIH, derecho y derechos humanos, celebrado los días 12 y 13 de junio de 2009 en Toronto (Canadá), el juez Edwin Cameron analiza el aumento de los procesos penales, analiza el papel que desempeña el estigma en estos procesos y argumenta contra la criminalización.

### Introducción

El movimiento por los derechos del SIDA debe abrirse paso con cuidado a través de las complejidades políticas y conceptuales del debate sobre la criminalización. Esto implica tres tareas: una, estratégica y moral; una segunda, reflexiva; y una tercera, política y organizativa.

El primero es el de la definición del territorio. Debemos empezar por reconocer que el derecho penal tiene un papel adecuado y útil que desempeñar en las emergencias de salud pública. Esto implica aceptar no sólo que las personas que viven con el VIH y que exponen a otros a la infección pueden, en algunas circunstancias, enfrentarse legítimamente a la persecución, sino también que procesarlas será en ocasiones

*Continúa en la  
página 63*

La Red de Tratamiento del VIH de Ontario, la Fundación Jurídica de Ontario y la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Sanidad de Canadá han financiado parcialmente esta publicación.

### Sección especial: Simposio sobre VIH, Derecho y Derechos Humanos

Este número de la *Revista* incluye una sección especial con las actas de "From Evidence and Principle to Policy and Practice" (De las pruebas y los principios a la política y la práctica), el <sup>primer</sup> simposio anual sobre VIH, derecho y derechos humanos, celebrado los días 12 y 13 de junio de 2009 en Toronto, Ontario, Canadá.

La sección especial comienza en esta portada y continúa en la página 61.



# La criminalización de la transmisión del VIH: una mala política de salud pública

*continuación de la página 1*

derecho. Más importante que resistirse a todas las persecuciones es definir con cuidado las circunstancias en las que las leyes penales y las persecuciones *no* están realmente justificadas.

A continuación está la tarea de comprensión y entendimiento. Debemos intentar comprender por qué se promulgan leyes injustificadas e injustificables y por qué se persigue a las personas, ya que nuestros argumentos y posiciones estratégicas deben basarse en la comprensión.

Por último, está la labor de consolidación de fuerzas. Debemos unirnos para abordar las causas de esas leyes injustas y resistir sus efectos.

En resumen, el debate sobre la criminalización consiste en elegir nuestro terreno, desprendernos de él de lo que está indefensiblemente más allá y unirnos con sensatez para resistir las invasiones.

## El aumento de la criminalización

Cuando hablamos de la "criminalización del VIH", nos referimos tanto a la promulgación de leyes específicamente dirigidas a castigar las conductas que pueden transmitir el VIH como a la aplicación de leyes generales de manera que se dirijan a las personas con VIH que han actuado de esa manera.

La tendencia mundial hacia la criminalización del VIH se está acelerando, con importantes consecuencias humanas y jurídicas. Canadá posee la oscura distinción de ser un líder mundial en procesos

penales relacionados con el VIH: Canadá ha procesado, per cápita, a más personas con VIH por delitos sexuales relacionados con el VIH que ningún otro país. <sup>1</sup> Más de 90 personas con VIH han sido procesadas, y

casi 70 condenados, de exposición o transmisión criminal del VIH en Canadá desde finales de los años 80. <sup>2</sup>

Sin embargo, Canadá es sólo una de las muchas jurisdicciones que parecen invocar cada vez más la ley contra las personas con VIH. Desde 1997, ha habido 16 juicios exitosos en Texas, Estados Unidos, por exposición o transmisión del VIH, el más reciente a finales de mayo de 2009.<sup>3</sup> En 2008, un indigente fue enviado a la cárcel. Fue condenado por cometer un delito grave al ser detenido por embriaguez y alteración del orden público, a saber, acosar a un funcionario público con un arma mortal. Debido a sus anteriores encuentros con la ley, el sistema aumentó la gravedad de lo que hizo, y acabó siendo condenado a 35 años de cárcel, de los cuales debe cumplir al menos la mitad antes de poder solicitar la libertad condicional. <sup>4</sup>

El "arma mortal" que el hombre utilizado fue su saliva. Se alegó que era "mortal" porque tenía EL VIH. Fue encarcelado porque escupió a los agentes que lo detenían. Según los conocimientos científicos asegurados, después de casi tres décadas, la saliva nunca ha sido demostrado que transmite el VIH. <sup>5</sup> El "arma mortal" no era más que una pistola de juguete, y ni siquiera estaba cargada. Por lo tanto, aumentar la gravedad de su delito porque tenía el VIH es un error.

Un caso anterior de *Thissen*<sup>6</sup> en Ontario, en 1996, se refería a una trabajadora del sexo con VIH que fue condenada a dos años de prisión menos un día por morder a un policía

en la mano durante una refriega mientras la detenía. Se declaró culpable al delito de agresión con agravantes - una acusación basada en la suposición inverosímil de que la mordedura puso en peligro la vida del agente. A pesar de la ausencia de cualquier riesgo significativo de transmisión del VIH por esa vía, y del hecho de que las mordeduras no han desempeñado ningún papel en la propagación de la epidemia, el juez que dictó la sentencia aludió a "la enormidad de las consecuencias [de la epidemia] para los individuos y la sociedad en su conjunto", y concluyó que "la incidencia del VIH/SIDA es tan grande que constituye una amenaza sanitaria mundial conocida".<sup>7</sup>

La Corona solicitó una pena de prisión de tres a cuatro años. El juez estuvo de acuerdo en que una sentencia tan larga era apropiada, pero se negó a imponer una sentencia cuya duración (por superar los dos años) requeriría el encarcelamiento en el sistema correccional federal, "debido a la falta de instalaciones en las instituciones federales de esta provincia para la custodia y el cuidado de los reclusos infectados por el VIH/SIDA". Si bien la preocupación

Si bien es cierto que la protección de la salud de los acusados seropositivos en la cárcel fue encomiable, es difícil escapar a la conclusión de que la policía, la fiscalía y el juez de instrucción reaccionaron de forma exagerada y sin base científica, en gran medida debido a la desinformación y el estigma relacionados con el VIH.

En otro lugar de EE.UU., en abril de 2009 un hombre gay de Iowa fue condenado a 25 años de prisión y a registrarse como delincuente sexual y a someterse a un tratamiento para delincuentes sexuales.

por no revelar su condición de seropositivo antes de un contacto sexual puntual que mantuvo con un hombre que conoció por Internet.<sup>8</sup> No hubo transmisión del virus.

La policía, la fiscalía y el juez que dictó la sentencia reaccionaron de forma dramática y sin base científica, en gran parte debido a la desinformación y el estigma relacionados con el VIH.

En África, en 2007, una mujer de 26 años que vivía con el VIH en una ciudad cercana a Bulawayo, en Zimbabue, fue detenida por mantener relaciones sexuales sin protección con su amante. El delito por el que fue condenada fue "infectar deliberadamente a otra persona". Las pruebas realizadas a su amante revelaron que no tenía el VIH. La mujer estaba recibiendo terapia antirretroviral (ARV).<sup>9</sup> Antes de sentenciarla, el tribunal trató de obtener una nueva prueba de VIH del amante, aunque se informó de que no quería seguir adelante con los cargos.<sup>10</sup> Finalmente fue condenada a una pena de cinco años de prisión en suspenso.<sup>11</sup> La amenaza de prisión y la vergüenza y el calvario de su condena seguirán pesando sobre ella.

El estatuto bajo el cual fue el artículo 79 de la *Ley de Derecho Penal de Zimbabue (Codificación y Reforma)*,<sup>12</sup> es un texto legislativo extraordinario. No se limita a tipificar como delito que una persona

que sepa que tiene el VIH infecte a otra persona. Tipifica como delito que cualquier persona que se dé cuenta "de que existe un riesgo o posibilidad real" de que pueda tener el VIH haga "cualquier cosa" que "se dé cuenta de que implica un riesgo o posibilidad real de infectar a otra persona con el VIH". Aunque el delito se denomina "transmisión deliberada del VIH", se puede cometer aunque no se transmita el VIH. De hecho, se puede cometer aunque no se tenga el VIH.

La redacción de la ley de Zimbabue es lo suficientemente amplia como para cubrir a una mujer embarazada que sabe que tiene, o teme tener, el VIH. Si lo sabe "cualquier cosa" que implique la posibilidad de infectar a otra persona -como dar a luz o amamantar a su bebé recién nacido- la ley podría hacerla culpable de transmisión deliberada, incluso si su bebé no está infectado y la alternativa es abortar o ver el bebé muera de hambre.<sup>13</sup> En todos los casos, la ley prescribe penas de hasta veinte años de prisión.

En Sierra Leona, los legisladores han promulgado una ley que obliga a las personas con VIH que sean conscientes de ello a "tomar todas las medidas y precauciones razonables para evitar la transmisión del VIH a otras personas", y cubre expresamente a las mujeres embarazadas.<sup>14</sup> Le exige que tome medidas razonables para evitar la transmisión del VIH al feto. Esto, en un contexto en el que los medicamentos que pueden reducir o prevenir la transmisión no siempre están disponibles y en el que muchas personas no tienen control sobre todos los aspectos de su vida sexual.

Hay una superabundancia de casos deprimentes que ponen de manifiesto

la forma en que estas leyes estigmatizan y criminalizan un estatus en lugar de servir a cualquier función útil de política pública. Por ejemplo:

- **Egipto:** En febrero de 2008, *Human Rights Watch* informó de que se está deteniendo a hombres por el mero hecho de tener el VIH, en virtud del artículo 9(c) de la Ley 10/1961, que tipifica como delito la "práctica habitual del libertinaje [fujur]", término utilizado para penalizar la conducta homosexual consentida.<sup>15</sup>
- **Suiza:** En junio de 2008, el tribunal supremo de Suiza declaró a un hombre responsable de transmitir por negligencia el VIH a una pareja sexual. de su pareja cuando sabía que una pareja anterior tenía el VIH, a pesar de que creía, porque no experimentaba síntomas de seroconversión, que él mismo no tenía el VIH.<sup>16</sup> Sin embargo, lo más alentador es que, en febrero de 2009, el tribunal canónico de Ginebra absolvió a un hombre en un caso no muy diferente sobre la base de una carga viral indetectable (y otros criterios pertinentes).<sup>17</sup>
- **Singapur:** En julio de 2008, un hombre con VIH fue condenado a un año de prisión por exponer a su pareja sexual al virus. El acto sexual en cuestión merece una mención explícita: Realizó una felación a su "víctima". El riesgo para la pareja receptora era mínimo, si no inexistente.<sup>18</sup>
- **Nueva Zelanda:** En junio de 2009, un hombre gay fue acusado de causar o producir intencionadamente una enfermedad tras transmitir involuntariamente el VIH a su pareja. Es la primera persona acusada únicamente en virtud del artículo 201 de la *Ley de Delitos*, que data de 1961. Se enfrenta a una pena de hasta 14 años de prisión.<sup>19</sup>
- **Arkansas, EE.UU:** También en junio de 2009, un estudiante de secundaria de 17 años fue detenido en virtud de una ley de

divulgación del VIH por no informar a su pareja consentidora de

su estado antes de mantener relaciones sexuales sin protección. Fue acusado como adulto y se enfrenta a hasta 30 años de prisión si es condenado. La acusación no parece estar relacionada con la transmisión, sino sólo con la no divulgación.<sup>20</sup>

- **Estado de Washington, EE.UU:** También en junio de 2009, un hombre con VIH fue detenido en virtud de una ley de exposición y transmisión del VIH tras la denuncia de un hombre bisexual casado al que había conocido en Internet para mantener relaciones sexuales ocasionales. La ley sólo penaliza al individuo con VIH. El hombre se ha declarado culpable y está a la espera de la sentencia. Su caso tampoco se basa en la transmisión, sino sólo en la exposición.<sup>21</sup>

## Casos en Canadá

Johnson Aziga se ha convertido recientemente en la primera persona, al parecer en todo el mundo, en ser condenada por asesinato en primer grado por transmisión sexual del VIH. El Sr. Aziga mantuvo, al parecer, relaciones sexuales sin protección con 13 mujeres después de conocer su condición de seropositivo, y siete de esas mujeres resultaron positivas posteriormente. Dos de ellas murieron posteriormente de cánceres relacionados con el SIDA. Las mujeres alegaron que el Sr. Aziga las había infectado con el virus; que no les había revelado su condición antes de mantener relaciones sexuales sin protección y que, en algunos casos, las había engañado activamente; y que, de haberlo revelado, no habrían mantenido relaciones sexuales con él. Un jurado lo declaró culpable de dos

cargos de asesinato en primer grado y de varios otros cargos de agresión sexual con agravantes.<sup>22</sup>

Es apropiado en un contexto de derechos del SIDA decir que *Aziga* puede ofrecer un buen ejemplo de las circunstancias limitadas en las que se justifica la responsabilidad penal. Si en última instancia se

Si el tribunal determina que la acusación ha probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado *tenía la intención* de causar a las mujeres un daño corporal (es decir, la infección por el VIH) que sabía que podía causar la muerte y que era imprudente en cuanto a si la muerte se producía o no, entonces entraría en la definición de ONUSIDA, y en la mía, de una ejecución justificada. La cuestión de si esta formulación se aplica en última instancia al caso *Aziga* puede ser revisada por un tribunal de apelación. El problema es que casos excepcionales como el del Sr. *Aziga* -y las sensacionales condenas por asesinato que se consiguieron en él- pueden servir de justificación para un impulso más amplio de la criminalización. Y, de hecho, en la práctica, la aplicación de los códigos de criminalización del VIH suele tener muchas menos garantías.

En este sentido, quizás más preocupantes son dos casos muy recientes en Toronto: *Mahmoudi*<sup>23</sup> y *Davis*<sup>24</sup> - en el que, como mejor puede deducirse de las pruebas actualmente disponibles en el registro público, la policía ha presentado cargos de "intento de asesinato" basados únicamente en la acusación de no revelar el estado seropositivo antes de mantener relaciones sexuales sin protección (y por lo demás consentidas). Este puede ser el efecto dominó de las condenas por asesinato en *Aziga*, aunque parece cuestionable que el mero hecho de no revelar el estado serológico respecto al VIH deba bastar para sacar la conclusión de que hubo intención de infectar a otra persona. Eso parece un salto de proporciones considerables, aunque con demasiada frecuencia los medios de comunicación que informan sobre casos tan difíciles han transmitido esa

impresión.

Si esto es, de hecho, una indicación de la "nueva práctica normal" de la policía y los fiscales que buscan ampliar la condena de Aziga, la preocupante cuestión de la sobrecarga (seguramente un abuso del proceso) puede

de los abogados defensores y los activistas - y, se espera, de los jueces - estarán sin duda atentos.

Otro indicio de lo que Richard Elliott, de la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA, ha denominado la "escalada de la criminalización" en Canadá puede surgir de la persecución de personas simplemente por practicar sexo oral sin revelar su estado serológico, otra tendencia potencialmente emergente a la que hay que oponerse. Al parecer, hay al menos un caso actualmente ante un tribunal canadiense en el que el acusado está siendo procesado por agresión sexual con agravantes por no revelar supuestamente su estado seropositivo, aunque sólo se alegan actos de sexo oral.

Sin embargo, el sexo oral se ha caracterizado generalmente por conllevar como mucho un "bajo riesgo" de transmisión, que podría decirse que está muy por debajo del umbral de "riesgo significativo" establecido por el Tribunal Supremo de Canadá hace unos 11 años en la sentencia principal, *R. contra Cuerrier*. De hecho, observo que hace unos años, en el caso *Edwards* de 2001, un fiscal y un juez de Halifax observaron con bastante acierto que "el sexo oral sin protección es una conducta de bajo riesgo que no entraría en [la agravante]".

El problema es que casos excepcionales como el del Sr. Aziga pueden ser aprovechados para justificar un impulso más amplio de criminalización.



vated assault section] del Código Penal y si sólo hubiera habido sexo oral sin protección [en ese caso], no se habrían presentado cargos". Resulta inquietante contemplar que incluso este sensato límite en el recurso al derecho penal pueda estar ahora en peligro por el exceso de celo de la policía y los fiscales.

*R v. Mabior*, un caso que se encuentra actualmente ante el Tribunal de Apelación de Manitoba, es igualmente preocupante. Allí, en 2008, el acusado fue condenado por varios cargos de agresión sexual con agravantes, que conlleva una pena máxima de cadena perpetua.<sup>25</sup> A pesar de saber que tenía el VIH, a pesar de haber sido advertido por los trabajadores de la salud de el peligro de infección para sus parejas sexuales, y a pesar de que se le advirtió que debía revelarles su estado y practicar siempre sexo seguro, mantuvo relaciones sexuales sin protección con varias mujeres.<sup>26</sup> En todos los casos, las relaciones sexuales no fueron forzadas. En el momento de la condena, ninguna de las denunciadas había sido diagnosticada de VIH. En otras palabras, el acusado fue condenado por una conducta claramente imprudente hacia los demás, pero que no tuvo resultados nocivos confirmados.

Sin duda, el hecho de que los demandantes no estén infectados por el VIH es significativo.

Es necesario preguntarse por qué se castiga al acusado: ¿Fue por su mala actitud, por sus malos actos o por sus malas consecuencias? Condenar a un acusado por agresión sexual con agravantes cuando los actos sexuales en cuestión no fueron coercitivos y no condujeron a la infección parece preocupantemente excesivo, sobre todo porque el enfoque de *Mabior* parece implicar

que, para eludir la responsabilidad por la no revelación, la persona con VIH debe tener una carga viral indetectable y utilizar un preservativo - pero es un delincuente incluso cuando usa un preservativo pero tiene virus detectables en su cuerpo, o incluso

cuando tiene una carga viral indetectable y no utiliza el preservativo.

La ausencia de transmisión hace pensar en consideraciones más amplias. A veces la suerte es un factor determinante en la aplicación justa de la ley. Dos personas pueden incurrir en el mismo comportamiento imprudente pero no intencionado; una puede tener la mala suerte de que accidentalmente se produzca una mala consecuencia, mientras que la otra puede tener la buena fortuna de salir airosa sin incidentes. En la primera situación, se produce una tragedia y se pueden presentar cargos penales; pero en la otra, en la que no se produce ningún daño, normalmente no debería haber cargos, a menos que queramos equiparar ahora la no revelación del VIH en las relaciones sexuales con delitos como la conducción bajo los efectos del alcohol, que se castigan incluso cuando no se producen consecuencias negativas. Yo diría que eso es excesivo e injustificado.

El Sr. Mabior y sus socios, es parece, tuvieron la suerte de que no se produjera ninguna transmisión. Los cargos por los que fue condenado no reflejan ese factor crucial, pero las implicaciones de su condena hacen pensar en consideraciones más amplias.

### **Los juicios por VIH y los "delitos de estatus": el papel siempre fundamental del estigma**

Algunos de los casos que he mencionado me traen a la mente la ley que California aprobó en la década de 1960 y que tipificaba como delito que una persona "fuera adicta al uso de narcóticos". Una persona era continuamente culpable de este delito, incluso si nunca había usado o poseído ningún

narcóticos dentro del estado, e incluso si no hubiera sido culpable de ningún comportamiento perjudicial.

La opinión del juez Stewart para la mayoría del Tribunal Supremo

de los Estados Unidos en el caso *Robinson v. California* declaró,

Es poco probable que un Estado, en este momento de la historia, intente criminalizar a un enfermo mental, a un leproso o a un enfermo venéreo. Un Estado podría determinar que la salud y el bienestar general exigen que las víctimas de estas y otras afecciones humanas sean tratadas mediante un tratamiento obligatorio, que implique cuarentena, confinamiento o secuestro. Sin embargo, a la luz de los conocimientos humanos contemporáneos, una ley que tipificara como delito una enfermedad de este tipo sería, sin duda, universalmente considerada como ser un castigo cruel e inusual.<sup>27</sup>

"delitos de VIH".

La inferencia de que la reacción indebida a la condición de VIH de los acusados jugó

Sin embargo, uno se pregunta cuán cerca están algunos de estos casos de lo que El juez Stewart parece haber pensado que es imposible. No es un gran paso desde castigar la conducta de alguien con una "enfermedad venérea", que no tiene ninguna consecuencia adversa -como sí la tienen muchos de los estatutos y juicios que he mencionado- para castigar la mera condición de tener la enfermedad. De hecho, algunas de las sentencias que he mencionado antes son escandalosamente largas. Es un motivo de consternación que las personas que no han infligido realmente un daño físico ni han dañado ninguna propiedad o que hayan causado daños, podrían ser encerrados durante estos periodos de tiempo. Hay que preguntarse si se imponen penas tan duras en otros casos de agresión, en los que el denunciante consintió la actividad, pero en los que sí se produjeron daños graves. Una revisión de casos en varias jurisdicciones sugiere una dureza desproporcionada en las sentencias de los condenados por

un papel importante, probablemente fundamental, en la condena y el encarcelamiento de estos acusados es inevitable. En resumen: se les castigó menos por lo que hicieron que por el virus que portaban. Una persona en situación similar que realizara los mismos actos, pero sin el VIH, casi con toda seguridad no sería acusada de ningún delito. El estado del VIH marcó la diferencia.

La estigmatización, el desconocimiento y la simple fobia al sida se repiten en la epidemia. Por ejemplo:

Los acusados han sido castigados menos por lo que hicieron que por el virus que portaban.

- En mayo de 2009, un miembro del parlamento de Suazilandia pidió que se marcara a las personas con VIH en las nalgas tras la realización de las pruebas obligatorias, de modo que "antes de mantener relaciones sexuales con cualquier persona, la gente tendrá que comprobar las nalgas de sus parejas antes de proceder".
- En diciembre de 2007, un juez de primera instancia de Barrie (Ontario), al enterarse de que un testigo era seropositivo y tenía hepatitis C, ordenó que se le enmascarara o se le exigiera (Una queja ante el Consejo Judicial de Ontario ha hecho que se reconozca que tales

órdenes son inaceptables)<sup>29</sup>.

- En Toronto (y en otros lugares de Canadá, con una frecuencia aparentemente angustiosa), la policía publica los nombres y las fotografías de personas sospechosas de haber mantenido relaciones sexuales sin protección y sin revelar su estado serológico. Celebran conferencias de prensa y emiten "alertas de seguridad pública", pidiendo a cualquier persona que haya tenido contacto sexual con esas personas que se ponga en contacto con la policía.<sup>30</sup>

Uno se pregunta si el debate público subsiguiente deja espacio para preguntarse quiénes fueron las parejas sexuales del acusado y qué responsabilidad asumen, 28 años después de que el VIH se convirtiera en una realidad conocida en el continente norteamericano, por haber mantenido relaciones sexuales sin protección con él. Las dinámicas medievales de la vergüenza pública, de la condena comunitaria burda pero parcial, y de las respuestas crudamente emotivas en lugar de las reacciones ponderadas no parecen estar demasiado lejos.

### Los principales argumentos contra la criminalización

No cabe duda de que algunos de los comportamientos de los procesados son censurables. Algunos de estos individuos no evocan mucha simpatía. Algunos pueden merecer el castigo por lo que han hecho. Sin embargo, los responsables políticos, los agentes de la ley, los fiscales y los jueces deben andarse con cuidado. Existen profundos problemas éticos y jurídicos que surgen al utilizar el instrumento contundente del derecho penal. La parte central que estigmatiza y las reacciones de estigmatización de

la propia enfermedad -en contradicción con cualquier cosa que hayan hecho los que la padecen - de la criminalización debería ser una profunda fuente de preocupación.

He aquí los argumentos centrales contra la criminalización:

**PRIMERO: La criminalización está mal concebida y es ineficaz para prevenir la transmisión.**

Un motivo que justifica muchas de las leyes y persecuciones parece ser el deseo de inhibir la propagación del VIH. Si esto es así, las leyes y persecuciones están mal orientadas. No impiden la propagación del VIH. En la mayoría de los casos, el virus se propaga cuando dos personas tienen relaciones sexuales consentidas. sexo, sin que ninguno de ellos sepa que uno de ellos tiene el VIH. Esto seguirá ocurriendo, independientemente de las leyes penales que se promulguen y de los recursos penales que se apliquen.

Es posible que este tipo de leyes sirvan para inhibir algunos comportamientos de riesgo por parte de algunas personas que saben que tienen el VIH. Sin embargo, la inhibición se produce (como sugieren los argumentos que siguen) a costa de otros objetivos de prevención del VIH, ya que alimenta el estigma e inhibe las pruebas.

**SEGUNDO: La criminalización está mal orientada y no debe sustituir a la reducción de daños.**

Un segundo motivo de peso para la promulgación de las leyes y la puesta en marcha de los procesos parece ser la protección de las personas contra la exposición a la infección por el VIH. Si esto es así, la penalización es un error. Es un sustituto equivocado de las medidas que realmente protegen a los que corren el riesgo de contraer el VIH - que es, la prevención eficaz, la protección contra la discriminación, la reducción de la estigmatización, un fuerte liderazgo y modelos de

conducta, un mayor acceso a las pruebas y, lo que es más importante, el tratamiento para aquellos que están muriendo innecesariamente de SIDA.

El sida es ahora una enfermedad controlable médicamente. Es un virus, no una

delincuencia, y debemos rechazar las intervenciones que sugieran lo contrario. Todas las intervenciones en materia de salud pública, incluido el empleo del derecho penal, deben dirigirse a esta premisa.

Para los no infectados, necesitamos una mayor protección para las mujeres, y un estatus social y económico más seguro, que mejore su capacidad para negociar un sexo más seguro y para protegerse de las parejas sexuales depredadoras. Las leyes y los juicios penales no lo harán. Lo que hacen, por el contrario, es distraernos del objetivo de proteger a las personas del VIH y gastar recursos mejor utilizados en otros lugares con mayor impacto beneficioso en la prevención del VIH.

Las leyes penales y los juicios nos distraen de alcanzar el objetivo de proteger a las personas del VIH.

La criminalización asume lo peor de las personas con VIH y, al hacerlo, castiga la vulnerabilidad. El enfoque de los derechos humanos o de la reducción de daños asume lo mejor de las personas con VIH y apoya el empoderamiento. Como ha señalado el juez Michael Kirby, recientemente jubilado del Tribunal Superior de Australia, los países con leyes de derechos humanos que animan a los no diagnosticados a

hacerse la prueba de VIH tienen mejores resultados en la contención de la epidemia que los que tienen

"adoptaron estrategias punitivas, moralistas y de negación, incluidas las que se basan en el derecho penal como sanción".<sup>31</sup>

Cuando los preservativos están disponibles, cuando las mujeres tienen el poder de utilizarlos, cuando las personas con VIH o en riesgo de contraerlo pueden someterse a las pruebas y al tratamiento, cuando no tienen miedo al estigma, al ostracismo y a la discriminación, es mucho más probable que sean capaces de actuar de forma coherente por su propia seguridad y la de los demás. En lugar de la criminalización, debemos exigir tratamiento, prevención, educación y capacitación.

**TERCERA: La criminalización no protege a las mujeres, sino que las pone en peligro.**

Una motivación aparentemente poderosa, citada a menudo por quienes promulgan estas leyes, es que las mujeres necesitan protección. Lejos de proteger a las mujeres, la criminalización las victimiza, las oprime y las pone en peligro. En África, la mayoría de las personas que conocen su estado serológico son mujeres porque la mayoría de las pruebas se realizan en centros de atención prenatal.

El resultado, inevitablemente, es que la mayoría de las personas que serán procesadas por conocer -o deberían conocer- su condición de seropositivas serán mujeres.

Muchas mujeres no pueden revelar su estado a sus parejas porque temen ser agredidas o excluidas del hogar. Si una mujer en esta situación continúa con una relación sexual (ya sea consentida o no), se arriesga a ser procesada bajo muchas de estas leyes africanas por exponer a sus compañeros al VIH. Es insensible proponer una doctrina de igualdad de

responsabilidad en la toma de decisiones sexuales autónomas en situaciones en las que las mujeres carecen de poder para tomar decisiones definitivas sobre su práctica sexual. Cuando existe igualdad de estatus y de poder de negociación en el dormitorio, entonces la responsabilidad

La responsabilidad debe recaer por igual en ambos miembros de la pareja.

**CUARTO: La criminalización desplaza la carga moral de la autoprotección y traslada la carga de la prevención de la transmisión a una sola persona en lugar de reconocerla como compartida por dos.**

Esto es algo duro, pero necesario, de decir. El VIH existe desde hace casi tres décadas, durante las cuales

El mensaje universal de información pública ha sido que nadie está exento de ello. Así que el riesgo de contraer el VIH debe verse ahora como una faceta ineludible de tener relaciones sexuales sin protección. Me parece que esto es cierto tanto en un país como el mío, Sudáfrica, donde el VIH es una enfermedad de prevención masiva, como en Canadá, donde sigue limitándose en gran medida a grupos vulnerables definidos, aunque observo la creciente proporción de nuevas infecciones atribuibles a encuentros heterosexuales, que se refleja en la tasa de infección en constante aumento entre las mujeres.

No podemos pretender que el riesgo lo introduzca en un encuentro que, por lo demás, es seguro, la persona que sabe o debería saber que tiene el VIH. El riesgo forma parte del entorno, y la responsabilidad práctica de los hábitos de sexo seguro recae en toda persona que pueda ejercer su autonomía a la hora de decidir tener relaciones sexuales con otra. La persona que transmite el virus puede ser, en efecto, "más culpable" que la que lo adquiere, pero la criminalización hace recaer injustamente la culpa en la persona con VIH. Las relaciones sexuales sin protección siempre conllevan el riesgo de transmisión de una serie de enfermedades de transmisión sexual.

En estas circunstancias, ¿se puede esperar que una persona informe a su pareja de su situación si ésta no pregunta? En caso de que haya

tes (ITS). ¿Puede ser correcto

niveles iguales de autonomía sexual y de toma de decisiones, es sin duda la responsabilidad de ambos miembros de la pareja de preguntar, contar, proteger y prevenir.

Es cierto que la posición subordinada de muchas mujeres, sobre todo en África, hace difícil, si no imposible, que puedan negociar un sexo más seguro. Cuando una mujer no tiene elección sobre el sexo, y su pareja, a pesar de saber que tiene el VIH, la infecta, es incuestionable que merece la culpa. Sin embargo, el hecho es que la criminalización no ayuda a las mujeres en esta situación. Simplemente las pone en mayor riesgo de victimización. La criminalización señala a una pareja sexual. Con demasiada frecuencia, a pesar de su mayor vulnerabilidad, será la mujer. La criminalización agrava el mal, en lugar de combatirlo.

**QUINTO: La criminalización tiende a para ser inaceptablemente vago.**

Muchas de estas leyes están muy mal redactadas. Por ejemplo, según las leyes basadas en una "ley modesta" mal redactada que han adoptado muchos países de África oriental y occidental, una persona que sabe que está infectada por el VIH debe informar de este hecho a "cualquier contacto sexual por adelantado". Sin embargo, las leyes no dicen qué es "cualquier contacto sexual". ¿Es tomarse de la mano? ¿Besarse? ¿O sólo formas de contacto exploratorio más íntimas? ¿O sólo se aplica a las relaciones sexuales con penetración? Tampoco dice qué significa "por adelantado". No hay transmisión. La ley "modelo" no sería -ni debería ser- aprobada en ningún Estado constitucional donde se aplique el

Estado de Derecho. La ley "modelo" no sería -ni debería ser- aprobada en ningún Estado de Derecho. El Estado de Derecho requiere claridad de antemano sobre el significado de

El Estado de Derecho requiere claridad de antemano sobre el significado de las disposiciones penales y los límites de la responsabilidad penal.

disposiciones penales y los límites de la responsabilidad penal.<sup>32</sup>

Además, estas leyes son difíciles y degradantes de aplicar. Se inmiscuyen en la intimidad y la privacidad de las relaciones sexuales consentidas. (No estamos hablando de relaciones sexuales no consentidas; eso es violación, y la violación debe ser siempre perseguida). Pero cuando el sexo es entre dos parejas adultas que consienten, el aparato de pruebas y la metodología necesaria para el enjuiciamiento degradan a las partes y degradan la ley. Me viene a la mente de nuevo el caso de la mujer de Zimbabwe: Su amante quería que se retirara la persecución, pero la ley vetó sus deseos. También contravino los intereses de ella. El resultado es una tragedia para todos y un grave revés para los esfuerzos de prevención y tratamiento del VIH.

Cuando hay una intención deliberada de transmitir el virus y la persona logra transmitirlo, no puede haber ninguna dificultad para procesar a esa persona y no hay objeción para pero no necesitamos estatutos específicos sobre el VIH para ello. En los casos en los que no hay una intención deliberada, las categorías y distinciones de la ley se vuelven inevitablemente confusas. Se vuelven incapaces de ofrecer una orientación clara a los sujetos que las padecen o a la fiscalía.

tores. Las leyes que se centran en la transmisión imprudente, negligente o inadvertida del VIH sólo sirven para introducir incertidumbre en un área que ya es difícil de vigilar.

La combinación de la vaguedad de los estatutos y la dificultad de su aplicación contribuye a la aplicación injusta y selectiva de la criminalización. Tales leyes crean al menos el riesgo de que los fiscales puedan señalar a grupos ya vulnerables, como los trabajadores del sexo, los hombres que tienen relaciones sexuales con hombres y, al menos como se ha visto en los países europeos, los varones negros. El riesgo de la aplicación selectiva La aplicación de la ley surge precisamente porque el comportamiento que las leyes persiguen es extremadamente común: las relaciones sexuales consentidas.

#### **SEXTO: Criminalización alimenta el estigma.**

Desde el primer diagnóstico de hace 28 años de lo que finalmente llegó a llamarse SIDA, el VIH ha arrastrado una enorme carga de estigma. De hecho, el estigma ha sido el rasgo preponderante de la respuesta política al sida. Ninguna otra enfermedad infecciosa es vista con tanto temor como el VIH. De hecho, enfermedades mucho más infecciosas que el VIH son tratadas con menos repugnancia. Esto se debe a dos razones principales: el hecho de que el VIH se transmite por vía sexual y el hecho de que se encuentra predominantemente en grupos que ya están socialmente desfavorecidos o marginados: los hombres homosexuales, los pobres, los negros africanos, las mujeres, los que consumen drogas, los trabajadores del sexo.

Es el estigma lo que hace que las personas con riesgo de contraer

el VIH sean reacias a someterse a las pruebas; es el estigma lo que dificulta, y a menudo imposibilita, que hablen de su infección; y es el estigma lo que sigue obstaculizando el acceso a las terapias antirretrovirales que salvan vidas.



ahora cada vez más disponible en toda África. También es el estigma lo que está detrás del impulso de la criminalización. Casos como los de Iowa y Singapur, y casos en los que se presentan cargos graves por conductas que no conllevan ningún riesgo significativo -como los cargos presentados recientemente en Hamilton, Ontario, contra un hombre gay seropositivo por realizar una felación- ponen de manifiesto la persistencia y la promisión del estigma del VIH/SIDA. Es el estigma, arraigado en el moralismo que surge de la transmisión sexual del VIH, el que con demasiada frecuencia proporciona el principal impulso para la promulgación y aplicación de estas leyes.

#### **SÉPTIMO: Criminalización puede desalentar las pruebas.**

La criminalización es radicalmente incompatible con una estrategia de salud pública que pretende animar a las personas a conocer su estado serológico. El sida es ahora una enfermedad médicamente controlable; yo soy la prueba viviente de ello. Pero, ¿por qué querría alguien averiguar su estado serológico, cuando ese conocimiento sólo puede exponerle al riesgo de ser perseguido? Al reforzar el estigma, al utilizar las armas del miedo, la culpa y la recriminación, la criminalización dificulta el acceso a las pruebas de detección, a hablar sobre el diagnóstico del VIH y a recibir tratamiento y apoyo a las personas con o en riesgo de contraerlo.

Es lamentable que, en *Cuerrier*, la mayoría del Tribunal rechazó la propuesta de que la ampliación del delito de agresión sexual para incluir el estado de VIH no declarado desalentaría las pruebas.<sup>33</sup> Lo hizo sin citar ninguna prueba. La experiencia humana ordinaria sugiere lo

contrario.<sup>34</sup> (Es una observación justa de que, incluso cuando el Tribunal en *Cuerrier* rechazó esta preocupación sobre la disuasión de las pruebas como unevi-

denado, aceptó, a falta de pruebas, que la penalización disuadiría de las conductas de riesgo).

Por lo tanto, tenemos un cálculo nefasto pero inevitable: la criminalización inadecuada está costando vidas. La Comunidad Internacional de Mujeres que Viven con el VIH y el SIDA (ICW) ha descrito acertadamente leyes como ésta como parte de una "guerra contra las mujeres".<sup>35</sup> no son sólo una guerra contra las mujeres; son una guerra contra todas las personas que viven con el VIH.

Por supuesto, ha habido cierta oposición. Un académico calificó de "tonto" el argumento de que la penalización no impedirá la transmisión, señalando que las normas de tráfico no impiden el exceso de velocidad, pero que, sin embargo, sirven para fines sociales valiosos, como la reducción de las muertes accidentales. Por supuesto, pero las normas de tráfico no estigmatizan a ningún grupo socialmente vulnerable ni tienen consecuencias nefastas para la vida de las personas sujetas a ellas; y las normas de tráfico suelen estar adaptadas a las condiciones de la carretera y se basan en una gran cantidad de datos. Por el contrario, las leyes de penalización del VIH son demasiado amplias, ignoran una gran cantidad de datos médicos y tienen graves consecuencias para la gestión eficaz de la epidemia en su conjunto.

#### **¿Por qué el aumento de la criminalización?**

El aumento de los juicios y de las nuevas leyes es en cierto modo sorprendente. Esto se debe a dos razones. En primer lugar, la población mundial que vive con el VIH se ha estabilizado.<sup>37</sup> Aunque hay lugares en los que la epidemia sigue expandiéndose (en Europa del Este y en los centros urbanos de

Norteamérica), y aunque algunas comunidades de especial riesgo (como los hombres homosexuales) están mostrando una mayor prevalencia, en términos globales la epidemia parece haber alcanzado su

apogeo. Ya no se considera una plaga potencialmente maltusiana. Un  
habría esperado una disminución correspondiente de las reacciones alarmistas.

En segundo lugar, el VIH se reconoce más ampliamente como una enfermedad totalmente humanizable. Ya no es la temida "plaga" mortal que era antes. También era de esperar que este hecho entrara en la conciencia pública y oficial y, por lo tanto, que se redujera la presión sobre las leyes penales y su aplicación.

Por ello, parece extraño que se extiendan las leyes y los juicios dirigidos a las personas con VIH. En otros aspectos, no es extraño. Me he preguntado por qué se está produciendo esta ola de criminalización en este momento. Y he llegado a la conclusión de que las razones pueden no ser profundas.

Algunas razones radican en las circunstancias. La ley modelo para África, que se ha promulgado en más de una docena de países de África Occidental y Central, pretendía ser una intervención beneficiosa para proteger a las personas con VIH: sus disposiciones sobre criminalización, que son realmente aterradoras, se añadieron casi a posteriori.

En Europa Occidental y América del Norte, el aparente aumento de los juicios puede deberse a

Los estatutos de criminalización del VIH son demasiado amplios, ignoran una gran cantidad de ciencia médica y tienen graves consecuencias para nuestra gestión eficaz de la epidemia.

el hecho de que haya más heterosexuales afectados por la epidemia, o del hecho positivo de que, a pesar de la persistencia del estigma, estar infectado por el VIH puede dejar de ser tan incalificable como para que aquellos que se consideran víctimas de depredadores desalmados ya no estén demasiado asustados o avergonzados para hablar.<sup>38</sup>

Si las razones del aumento de la criminalización son locales, contingentes y quizás incluso fortuitas, se trata de una información importante que debería servir de base para nuestras respuestas tácticas y estratégicas, ya que nos ayudaría a entender nuestros argumentos de que la criminalización equivocada es contraproducente y desacertada.

### **El debate de fondo: apuntar a las respuestas "normales" al sida**

Esto nos lleva al debate central: ¿qué es lo que pretenden conseguir los activistas del sida? Durante bastante tiempo, la comunidad de los derechos del SIDA ha disfrutado de una relación de apoyo con los comentaristas liberales y de derechos civiles. La página web El impulso de la criminalización ha introducido complicaciones en la relación.

La luna de miel ha terminado. Las personas razonables se preguntan, con toda la razón, por qué no se deben castigar las conductas de riesgo de quienes saben que tienen el VIH. Su preocupación es comprensible, y nuestras respuestas deben estar a la altura.

Desde el comienzo de la epidemia, la respuesta social y política al sida ha estado profundamente marcada por el estigma. En muchas sociedades, el estigma ha sido, probablemente, el

factor determinante de las respuestas sociales y legales.

En consecuencia, la lucha ha consistido en asegurar respuestas racionales y justas al VIH. Al decir esto, debemos tener en cuenta, siempre, tanto para las tácticas y la estrategia, y a un nivel de principio profundo, lo que queremos conseguir.

Denuncia de los juicios improcedentes y Las sentencias injustas no deben impedirnos reconocer la legitimidad de algunas aplicaciones del derecho penal.

Nuestros objetivos son dobles: Por un lado, conseguir un mundo en el que todas las enfermedades y todas las poblaciones vulnerables reciban un trato justo, equitativo y racional. Por otro, es

Lograr un mundo en el que el VIH se trate de la misma manera -ni mejor ni peor- que otras enfermedades y en el que las personas con riesgo de contraer el VIH reciban el mismo trato que otros grupos vulnerables.

En definitiva, queremos un mundo en el que el sida sea una situación normal, que asuste, que ponga en peligro la vida y que requiera intervenciones justas y sensatas, pero que las exija del mismo modo que cualquier otra situación similar. Estos objetivos deben determinar la política. Hay casos en los que la conducta de riesgo de una persona con el VIH que conduce a la transmisión debería acusarse penalmente, siempre y cuando se apliquen las pruebas de responsabilidad penal generalmente aplicables. Y la penalización debería limitarse a la transmisión real de una enfermedad incurable y potencialmente mortal.<sup>39</sup>

Los avances en el tratamiento y la prevención del VIH hacen que sea cuestionable que los códigos penales puedan justificar un tratamiento del VIH diferente al de otras infecciones transmisibles, como la hepatitis. La contrapartida

La consideración para los activistas de los derechos del SIDA es que esto concuerda con la lucha que ha estado en el centro de la contienda social sobre la epidemia: que el SIDA no debe ser tratado peor que otras enfermedades ("normalización"). La comunidad del SIDA debe ser clara a la hora de distinguir las conductas que no deben ser criminalizadas de las que merecen ser perseguidas y castigadas. Debemos definir cuidadosamente el "terreno" y tener claro por qué lo defendemos. De hecho, muchos activistas del sida han adoptado una posición matizada, aunque parece que esto se ha ignorado en ocasiones al representar su postura.

El hecho es que procesamientos como el del Sr. Aziga y el del Sr. Mabior, con sus consternantes hechos, son un revés para todos los seropositivos. Eso no disminuye el deber de apoyar la aplicación coherente de los principios racionales y justos del derecho penal. La denuncia de los juicios improcedentes y las sentencias injustas no debe impedirnos reconocer la legitimidad de algunas aplicaciones del derecho penal. Y una posición de principios y matices -como la que la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA ha tratado de adoptar- nos permitirá pedir con autoridad que se imparta una formación adecuada sobre el VIH y el SIDA a jueces, fiscales y todos los que se ocupan de la epidemia (y escriben sobre ella).

### **Aplicación del principio de "normalización" al debate sobre el derecho penal**

Partiendo de una base firme de principios, podemos proceder con confianza a desafiar muchas formas de criminalización del VIH.

#### **Consentimiento**

El principio que he mencionado

sobre la divulgación y el consentimiento. Por ejemplo, podemos aceptar en líneas generales que el consentimiento está viciado "si alguien ha engañado deliberadamente a una persona sobre la naturaleza y la calidad del acto y, al hacerlo, ha puesto a esa persona en riesgo de sufrir un daño".<sup>40</sup> "Un consentimiento que no se basa en el conocimiento de los factores relevantes significativos no es un consentimiento válido."<sup>41</sup> Según esta línea de razonamiento, el consentimiento es "inválido" si se puede demostrar que el denunciante se habría negado a mantener relaciones sexuales sin protección con el acusado si supiera que éste tenía el VIH42 y si existe un "riesgo significativo de daño corporal grave" derivado del engaño.

Esto es esencialmente la ley establecida por el artículo 265(3)(c) del *Código Penal* canadiense, tal como lo interpreta la mayoría de los El Tribunal Supremo de Canadá dictaminó en 1998 en el caso *Cuerrier* que, en tales circunstancias, lo que parecía ser una relación sexual consentida se convierte en una agresión sexual. La sentencia deja "claro que no revelar que uno es seropositivo constituye un fraude que niega el consentimiento" cuando existe un riesgo significativo de transmisión.

Ninguno de los tres magistrados que emitieron opiniones en el caso "estableció explícitamente una distinción entre la no revelación y la mentira deliberada sobre el propio estado serológico".<sup>43</sup>

A pesar del contexto específico del estatuto de la decisión canadiense, apoyé el resultado en *Cuerrier* como parte de una estrategia exitosa en la Comisión de Reforma Legislativa

de Sudáfrica para resistir la promulgación de una ley penal especialmente dirigida al VIH. Cuando se le preguntaba por qué el derecho penal ordinario era suficiente, respondía que la exposición no revelada a un peligro mortal anulaba el consentimiento, dejando a la persona con VIH expuesta a

enjuiciamiento por violación. Por lo tanto, no se requiere ninguna ley especial.

Con el paso de los años, la cuestión de si esto era correcto me ha preocupado cada vez más. No informar a tu pareja sexual de que estás infectado con una enfermedad potencialmente mortal y exponerla a ella es un grave error ético. Sin embargo, ¿es conceptualmente exacto y útil calificar el coito subsiguiente como *agresión sexual*? Esto parece cuestionable.

Durante mucho tiempo, la ley ha reconocido que lo que constituye un factor relevante para evaluar la realidad del consentimiento sexual es muy limitado.<sup>44</sup> Por ejemplo, aceptamos que la mayoría de los fraudes, trucos y estratagemas que se emplean en bares, clubes y primeras citas en todo el mundo no vician el consentimiento para el sexo. Siempre que haya consentimiento para el encuentro sexual, no hay violación, por muy despreciable que sea el fraude. Aprecio la fuerza del argumento de que, cuando el fraude o la supresión de información crea un riesgo material de daño grave, debe considerarse que vicia el consentimiento. Sin embargo, sostener que la falta de cierre convierte la relación sexual consentida en violación parece una interpretación errónea de las categorías penales y un abuso de la terminología. Considerar que la no divulgación no es ética es correcta, pero sostener que hace desaparecer el consentimiento para el inter-curso parece una hábil estratagema de abogado para reconstruir el mundo real.

Si fuera así, la excepción no debería limitarse al VIH. Más bien debería ampliarse para incluir enfermedades contagiosas como la hepatitis C. Aunque la sentencia en el caso

*Cuerrier* amplió específicamente la excepción para incluir otras ITS que causan "daños corporales graves", en la práctica el caso no se ha utilizado prácticamente en ningún proceso.

de las ITS distintas del VIH. <sup>45</sup> Tal vez debería incluir incluso el caso en el que un hombre finge a una mujer para la que el embarazo supone un alto riesgo para la salud que se ha sometido a una vasectomía. ¿Y qué hay de la ocultación del hecho de que uno es menor de edad en las relaciones sexuales que puede hacer que la pareja sea responsable de los cargos de estupro?

Por estas razones, como persona no canadiense que vive con el VIH, para la que *Cuerrier* era antes un artículo de fe, he llegado a tener serios recelos al respecto. La no revelación del estado serológico debería ser un delito sólo si el comportamiento intencionado condujera realmente a una transmisión del VIH.

#### **Riesgo/peligro: otra mirada a Mabior**

El caso del Sr. Mabior en Winnipeg, actualmente ante el Tribunal de Apelación de Manitoba, también merece un análisis más profundo, dado su preocupante enfoque de la aplicación de la prueba *Cuerrier*. Entre otros cargos, el Sr. Mabior fue acusado de 10 agresiones sexuales con agravantes. Consideremos el delito de agresión sexual agravada en la legislación canadiense. Los elementos del delito son: (a) que el acusado haya aplicado intencionadamente la fuerza a la (b) que la fuerza puso en peligro la vida del denunciante de forma intencionada; (c) que la fuerza se aplicó en circunstancias sexuales; (d) que el denunciante no consintió la fuerza que el acusado aplicó intencionadamente; y (e) que el acusado sabía que el denunciante no consintió. <sup>46</sup>

En varios casos, las personas con VIH han sido acusadas de este delito por practicar sexo anal o vaginal sin revelar su estado

serológico. En algunos casos, esto puede ser una aplicación inobjetable del derecho penal ordinario, siempre que se trate de la

transmisión real del VIH. Como señala Isabel Grant, existe una curiosa anomalía en el marco de *Cuerrier*: El enjuiciamiento es más fácil cuando el denunciante nunca da positivo en las pruebas y, por lo tanto, definitivamente no hay transmisión debido a la dificultad de atribuir una seroconversión al acusado en el juicio.<sup>47</sup>

Se ha producido un cambio importante: El tratamiento del VIH es ahora un medio probado de prevención eficaz.

El enfoque del tribunal de *Mabior sobre la cuestión de la peligrosidad me deja, como persona que vive con el VIH, llena de recelo. Como juez extranjero, soy respetuoso con la decisión de la liga. Como alguien que vive con el VIH, debo ser franco al describir la grave preocupación que me causa la decisión. Los tribunales canadienses consideran que la exposición voluntaria de una pareja sexual al VIH equivale a poner en peligro la vida.*<sup>48</sup> No es necesario demostrar que la pareja estaba efectivamente infectada.<sup>49</sup> El riesgo de daño no puede ser trivial; debe tener el efecto de exponer a la persona que supuestamente consiente "a un riesgo significativo de sufrir daños corporales graves daño".<sup>50</sup>

La pregunta candente hoy en día, según la legislación canadiense actual, es: ¿qué constituye un riesgo significativo de daño corporal grave en el VIH? Según

a una declaración de 2008 en nombre de la Comisión Federal Suiza para el VIH/SIDA, redactada por cuatro de los principales mediadores suizos en materia de VIH.

según los expertos, las personas con VIH que siguen una terapia antirretrovírica eficaz y no tienen infecciones de transmisión sexual (ITS) son sexualmente no infecciosas. La declaración dice que "tras revisar la literatura médica y debatir ampliamente", la Comisión Federal Suiza para el VIH/SIDA resuelve que "una persona infectada por el VIH que sigue una terapia antirretrovírica con viremia completamente suprimida ("TAR eficaz") no es sexualmente infecciosa, es decir, no puede transmitir el VIH por contacto sexual".<sup>51</sup>

Algunos consideran que esto va demasiado lejos. Una reciente declaración del Consejo Francés del Sida matiza la posición suiza y elude sus trampas: Ofrece un marco médico actualizado para normalizar el debate ético sobre el SIDA.<sup>52</sup> Aunque siempre puede haber algún riesgo residual de transmisión, por muy baja que sea la carga viral, el punto central es que se ha producido un cambio importante: El tratamiento del VIH es ahora un medio probado de prevención eficaz.

Unas tasas más altas de pruebas y diagnósticos, un inicio más temprano del tratamiento y unas tasas más altas de éxito del mismo pueden contribuir de forma significativa a la prevención. Poner a un mayor número de personas en tratamiento antirretroviral podría reducir considerablemente la transmisión del VIH.<sup>53</sup> De hecho, en el caso *Mabior se* presentaron pruebas científicas sobre el impacto de los antirretrovirales en la carga viral y, por tanto, en la posibilidad de transmisión.

Sin embargo, parece cuestionable que se le otorgue su justa fuerza y significado. El acusado fue condenado por casos de sexo en los que había usado un preservativo y en momentos en los que su carga viral se redujo debido a su medicación, pero

aún era detectable, a pesar de que ninguna de sus parejas se infectó.

El juez tuvo el mérito de absolver al acusado cuando se utilizó el preservativo y la carga viral fue indetectable.<sup>54</sup> Sin embargo, la fuerza de la lógica parecía más débil en otros casos, incluida la negativa del tribunal a aceptar que los preservativos por sí solos bastaran para reducir el riesgo de transmisión de forma que dejara de ser "significativo", tal y como exige la decisión *de Cuerrier*.

El tribunal aceptó las pruebas de que los preservativos sólo tienen una tasa de éxito del 80%<sup>55</sup>, y concluyó que la puesta en peligro de la vida estaba probada incluso cuando se utilizaban preservativos. Esta conclusión parece estar en desacuerdo con la autoridad científica y parece que se equivocan los factores de riesgo. El tribunal parece considerar que la estadística de que los conductores tienen una tasa de fracaso del 20% significa que existe un riesgo de transmisión del 20%. Esto es un error. Dependiendo de las particularidades de la relación sexual, las tasas de transmisión son a menudo significativamente inferiores al 1% sin el uso del preservativo. Por lo tanto, aunque sea cierto, el hecho de que los preservativos "sólo" tengan un 80 por

El porcentaje de éxito del preservativo es prácticamente nulo.

La carga viral extremadamente baja de los acusados durante muchos de los encuentros puede haber hecho que la posibilidad de transmisión sea nula. Sin embargo, el tribunal no aceptó que las pruebas de una baja carga viral redujeran suficientemente el riesgo de poner en peligro la vida de los denunciantes.<sup>56</sup> Sostuvo que "las consecuencias potencialmente letales del contacto sexual sin protección no dejan lugar a otra

conclusión que la de que se ha justificado la puesta en peligro de la vida".

A pesar de las pruebas de que la carga viral del acusado era extremadamente baja durante de tratamiento - de hecho, el médico



El experto testificó que, al menos en algunos de los casos, había una "probabilidad muy alta de que el acusado no fuera infeccioso y no pudiera haber transmitido el VIH" -y el hecho de que se utilizaran preservativos en algunos casos y el hecho de que no se transmitiera el virus-, el acusado fue sentenciado a 14 años de cárcel por varios cargos de agresión sexual agravada.

ser mayor que sus beneficios.<sup>58</sup>

El movimiento por los derechos del sida debería diferenciar entre la aplicación justa de las leyes penales y la persecución selectiva basada en el estigma.

¿Cómo debemos actuar en un caso como éste, cuando nos preocupamos por garantizar la justicia y la racionalidad en la epidemia?

Deberíamos admitir que el enjuiciamiento debe producirse cuando hay intención -lo que, en mi sistema jurídico, incluye la conducta imprudente ante la perspectiva de un daño

- para transmitir el virus, junto con la transmisión real. En este punto no estoy de acuerdo con algunos de mis distinguidos colegas y aliados, como el Dr. Mark Wainberg, presidente de la Sociedad Internacional del Sida, que es un clínico y activista con un profundo historial de compromiso en el campo y que ha planteado con pasión la preocupación, que comparto, de que el daño de la criminalización puede

*Mabior* y algunos de los otros casos recientes son profundamente perturbadores-ción. Incorporan vaguedades y una ausencia de rigor científico que invitan a un deslizamiento hacia abajo para convertir el VIH en un delito de estatus. Con una base de principios en mente, el movimiento por los derechos del sida debería diferenciar entre la aplicación justa de las leyes penales y la persecución selectiva basada en el estigma. Si nuestra resistencia a la criminalización es demasiado amplia, corre el riesgo de disiparse. Si los activistas del sida utilizan toda su credibilidad política para negar que la persecución penal sea siempre apropiada, lo harán:

- perder el apoyo de la opinión pública a las batallas más significativas contra la injusticia, porque todos los casos de criminalización se presentan bajo la misma luz, y el público cree, con razón, que al menos algunos procesos están justificados;
- alimentar el excepcionalismo del SIDA, que es parte de lo que perpetúa el estigma; y
- minan la capacidad de las personas que viven con el VIH para ser adultos autónomos y responsables, y perpetúan la mentalidad de victimismo e impotencia.

En resumen, si gastamos toda nuestra energía en defender lo indefendible, seremos incapaces de sostener el matiz y la autoridad moral que necesitamos para resistir los casos de escupitajos de Texas y de Canadá, los casos de sexo por Internet de Iowa, el caso de no transmisión de Zimbabue y la atterradoramente vaga legislación africana "modelo".

## Conclusión

La tendencia mundial hacia la criminalización del VIH se manifiesta de diferentes maneras, pero parece haber un hilo conductor. En África, la

La legislación "modelo" es excesivamente inclusiva y, en mi opinión, radicalmente contraria a la mejora del acceso a las pruebas. En América del Norte y Europa Occidental, es sobre todo la discreción judicial y de los fiscales la que invita a preguntarse si el VIH podría convertirse en un delito de estatus. En ambos contextos, desde Ciudad del Cabo hasta Calgary, el tema común parece seguir siendo las reacciones excesivamente reticentes e insuficientemente informadas al sida.

Lamentablemente, la tendencia canadiense a la ampliación de los procesamientos es inapropiada. Esta práctica nacional seguramente animará a otros países, que se han fijado en el historial de derechos humanos de Canadá, a ampliar sus propias leyes y políticas de enjuiciamiento. En efecto, Canadá exportará un mayor estigma y discriminación.

En medio de todo esto, debemos tener en cuenta que la lucha por la racionalidad en la epidemia siempre ha consistido en garantizar un tratamiento equivalente para las personas con y en riesgo de contraer el VIH. Si lo hacemos, nuestra tarea se vuelve más clara.

En este contexto, la "normalización" del VIH abarca, por un lado, la aplicación de las normas ordinarias del derecho penal a las conductas que, a todas luces, merecen ser procesadas; pero, por otro lado, la resistencia a los procesamientos excepcionales y a las promulgaciones que se centran únicamente en el estado del VIH.

Porque un mundo sin VIH parece, por ahora, tan lejano e inalcanzable como un mundo sin prejuicios irracionales contra el VIH.

La fuerza de nuestra posición como defensores de una acción racional y justa en la epidemia es que nuestra lucha contra esta última

sigue proporcionándonos la guía más segura para conseguir la primera.

- *Edwin Cameron*

Edwin Cameron

(cameron.edwin@gmail.com) es juez del Tribunal Constitucional de Sudáfrica.

<sup>1</sup> E.J. Bernard, "Guilty verdict in first ever murder trial for sexual HIV transmission", *Aidsmap News*, en línea: [www.aidsmap.com/en/news/779517F3-B26C-473F-B809-58C1548E4A91.asp](http://www.aidsmap.com/en/news/779517F3-B26C-473F-B809-58C1548E4A91.asp).

<sup>2</sup> George House Trust, "Canada - HIV Transmission Murders", en línea:

<sup>3</sup> Véase <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/>.

<sup>4</sup> G. C. Kovach, "Prison for man with H.I.V. who spit on a police officer", *New York Times*, 16 de mayo de 2008.

<sup>5</sup> Centros para el Control de Enfermedades, "El contacto con la saliva, las lágrimas o el sudor nunca ha demostrado provocar la transmisión del VIH", (revisado y modificado por última vez el 20 de octubre de 2006) en línea: [www.cdc.gov/hiv/resources/qa/qa37.htm](http://www.cdc.gov/hiv/resources/qa/qa37.htm).

<sup>6</sup> *R v. Thissen* [1996] O.J. No. 2074; véase también, R. Elliott, "Sex trade worker sentenced to two years for biting", *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* 3(1) (1996).

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Véase el material publicado por E.J. Bernard en <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2009/05/iowa-gay-man-gets-25-years-for-one-time.html>.

<sup>9</sup> Véase P. Vernazza et al, "Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle", *Bulletin des médecins suisses* 89(5), 2008.

<sup>10</sup> Publicado en el (Zimbabwe) *Herald*, 2 de abril de 2008.

<sup>11</sup> *Herald*, 8 de abril de 2008.

<sup>12</sup> Zimbabue, *Ley de Derecho Penal (Codificación y Reforma) [Capítulo 9:23] (n° 23/2004)*.

<sup>13</sup> Contrasta con *Johnson v. State*, 602 So.2d 1288 (Fla. 1992) (que sostiene que una madre no puede ser condenada por entregar narcóticos a los niños a través del cordón umbilical), que va en contra del efecto aparente de la ley de Zimbabue.

<sup>14</sup> *Ley de Prevención y Control del VIH y el SIDA de Sierra Leona de 2007*, s. 21, en línea: [www.sierra-leone.org/Laws/2007-8p.pdf](http://www.sierra-leone.org/Laws/2007-8p.pdf).

<sup>15</sup> Para más detalles sobre estas alegaciones, véase la carta de protesta en [www.hrw.org/english/docs/2008/04/07/egypt18439\\_txt.htm](http://www.hrw.org/english/docs/2008/04/07/egypt18439_txt.htm).

<sup>16</sup> Véase el material publicado por E.J. Bernard en <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/>.

<sup>17</sup> Véase E.J. Bernard, "Suiza: Geneva Court of Justice accepts 'Swiss statement,' quashes HIV exposure conviction," online: <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2009/02/switzerland-swiss-courts-accept-swiss.html>; and *Procureur Général c. "S," Arrêt, Cour de Justice (Chambre pénale), République et canton de Genève*, 23 de febrero de 2009, en línea: <http://criminalhivtransmission.blogspot.com>.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> J. Huber y T. Crawford, "Murdict verdict in HIV case sets off alarm; first in Canada", *National Post*, 6 de abril de 2009,

p. A1.; E.J. Bernard, "Guilty verdict in first ever murder trial for sexual HIV transmission", *Aidsmap News* (en línea), 7 de abril de 2009; S. Chu, "Criminal Law and cases of HIV transmission or exposure", *HIV/AIDS Policy & Law Review* 13(2/3) (2008): 33-39 en 33-34.

<sup>23</sup> "Police accuse man of unprotected sex without revealing HIV status" (La policía acusa a un hombre de mantener relaciones sexuales sin protección sin revelar su estado serológico), *CBC News* (en línea), 8 de mayo de 2009; D. Black, "HIV carrier charged in sex case" (Portador del VIH acusado en un caso sexual), *Toronto Star* (en línea), 8 de mayo de 2009.

<sup>24</sup> J. McLean, "HIV-positive man faces attempted murder charge", *Toronto Star* (en línea), 4 de junio de 2009; A. Minsky, "HIV-positive Toronto man charged with attempted murder", *Canwest News Service*, 4 de junio de 2009.

<sup>25</sup> A. Symington, "Criminalization confusion and concerns: the decade since the *Cuerrier* decision", *HIV/AIDS Policy & Law Review*, 14(1), (2009): 1, 5-10 en 5.

<sup>26</sup> *R v. Mabior*, 2008 MBQB 201, párr. 42.

<sup>27</sup> *Robinson v. California* 370 U.S. 660; 82 S. Ct. 1417; 8 L. Ed. 2d 758; 1962 U.S. LEXIS 850. El acusado fue condenado sobre la base del testimonio de un agente de policía de que tenía tejido cicatricial y decoloración en el interior de su brazo, así como marcas de agujas y una costra debajo del pliegue del codo, que el oficial creyó que era el resultado de inyecciones con agujas hipodérmicas. El oficial también testificó que admitió el uso ocasional de narcóticos

- pero en el momento de su detención, el acusado no estaba involucrado en ninguna conducta ilegal, y no había ninguna prueba de que hubiera consumido realmente estupefacientes dentro de California.

<sup>28</sup> "Marcar a los seropositivos en las nalgas", publicado originalmente en la página 1 del (Johannesburgo) *Sunday Independent*, el 24 de mayo de 2009. Desde entonces, el diputado se ha disculpado y ha retirado los comentarios. Online: [www.iol.co.za/index.php?set\\_id=1&click\\_id=68&art\\_id=vn20090524074908246C297054](http://www.iol.co.za/index.php?set_id=1&click_id=68&art_id=vn20090524074908246C297054).

<sup>29</sup> T. Tyler, "Judge's ignorance of AIDS draws fire", *Toronto Star* (en línea), 30 de enero de 2008, en línea: [www.thestar.com/News/Ontario/article/298672](http://www.thestar.com/News/Ontario/article/298672).

<sup>30</sup> *CTV News*, "Man accused of not disclosing HIV status to partner", 7 de mayo de 2009, en línea: [http://toronto.ctv.ca/servlet/an/local/CTVNews/20090507/police\\_accused\\_090507/20090507/?hub=TorontoNewHome](http://toronto.ctv.ca/servlet/an/local/CTVNews/20090507/police_accused_090507/20090507/?hub=TorontoNewHome).

<sup>31</sup> "Un juez australiano denuncia la criminalización del VIH", *Poz*, 18 de julio de 2008.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999) (que sostiene que una ley no puede ser tan vaga que una persona de inteligencia ordinaria no pueda averiguar qué es una actividad inocente y qué es ilegal).

<sup>33</sup> *R v. Cuerrier* (1998), 127 C.C.C. (3d) 1, [1998] S.C.J. No.64 (S.C.C.) (QL), párr. 74.

<sup>34</sup> I. Grant, "The boundaries of the criminal law: the crim-

inalization of the non-disclosure of HIV", *Dalhousie Law Journal* 123 (2008): 123-180 en 140.

<sup>35</sup> Comunicación por correo electrónico de Beri Hull, de ICW.

<sup>36</sup> U. Schuklenk, "Why some HIV transmissions should be punished", *Bioethics and the Law* 31 (2008), en línea: [www.thehastingscenter.org/Bioethicsforum/Post.aspx?id=2684](http://www.thehastingscenter.org/Bioethicsforum/Post.aspx?id=2684).

<sup>37</sup> ONUSIDA, "Informe sobre la epidemia mundial de sida 2008". Según el informe, "El porcentaje mundial de adultos que viven con el VIH se ha estabilizado desde 2000". En línea: [http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510\\_2008\\_global\\_report\\_pp29\\_62\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510_2008_global_report_pp29_62_en.pdf).

<sup>38</sup> De hecho, Grant (supra), en 179, señala que "la gran mayoría de los procesos judiciales canadienses afectan a parejas heterosexuales, y no a hombres homosexuales, consumidores de drogas intravenosas o mujeres que ejercen la prostitución.... Los casos en los que los denunciantes representan a la clase media canadiense tienen más probabilidades de ser procesados y más probabilidades de resultar en una condena. En cierto modo, el VIH/SIDA puede ser más aterrador ahora, precisamente porque la dicotomía "nosotros" y "ellos" se ha roto".

<sup>39</sup> S. Burris y E. Cameron, "The case against criminalization of HIV transmission", *Journal of the American Medical Association* 300(5) (2008): 578-581.

<sup>40</sup> *R v. Mabior*, para. 12.

<sup>41</sup> *R v. Cuerrier*, párr. 127.

<sup>42</sup> *Ibidem*, párr. 130.

<sup>43</sup> Grant (supra), pp. 136-137.

<sup>44</sup> *People v. Evans*, 85 Misc. 2d 1088, 379 N.Y.S.2d 912 (N.Y. Sup. Ct. 1975).

<sup>45</sup> Grant (supra), p. 140.

<sup>46</sup> *R v. Mabior*, para. 9.

<sup>47</sup> Grant (supra), p. 137.

<sup>48</sup> *R v. Cuerrier*, párrafo 8.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párr. 95.

<sup>50</sup> *R v. Cuerrier*, párr. 128.

<sup>51</sup> P. Vemazza et al (supra).

<sup>52</sup> F. Bourdillon et al, "Statement followed by recommendations on the appropriateness of treatment as an innovative tool for fighting the epidemic of HIV infections", Conseil national du sida (Francia), 9 de abril de 2009. .

<sup>53</sup> Se trata de un ámbito controvertido. Véase R. Granich et al, "Universal voluntary HIV testing with immediate anti-retroviral therapy as a strategy for elimination of HIV transmission: a mathematical model", *The Lancet* (en línea), 26 de noviembre de 2008: doi:10.1016/S0140-6736(08)61697-9; y J. Montaner, "Clinical principle of treatment as prevention; benefits of early treatment to the individual and the community", <sup>50</sup> IAS Conference on HIV Pathogenesis, Treatment and Prevention, Cape Town, satellite presentation SUSAT0501, 2009.

<sup>54</sup> *R v. Mabior*, párr. 143.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párr. 104.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 105.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 100.

<sup>58</sup> M.A. Wainberg, "El caso Johnson Aziga: La transmisión del VIH no debería ser un delito", *McGill Reporter*, 1 de diciembre de 2008, en línea: <http://reporter.mcgill.ca/2008/12/el-caso-johnson-aziga-el-vih-no-debe-ser-un-crimen/>.