

## 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)



**EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE  
MALAWI REGISTRO DEL  
DISTRITO DE ZOMBA CASO  
PENAL NO. 36 DE 2016**

**(Siendo el caso criminal No. 95 de 2016)**

**(En el Tribunal de Magistrados de Segundo Grado con sede en  
Machinga)**

**ENTRE**

**E.L (FEMENINO)**

**APELANTE**

**Y**

**LA REPÚBLICA**

**RESPUESTA**

**CORAM** : **Z. NTABA, J.**  
: Sr. W. Mwafulirwa, abogado de la parte recurrente  
: Sr. P. Salamba, abogado de la parte demandada  
: Sr. Nthondo, Intérprete Judicial Oficial  
: Sra. L. Mboga, Reportera del Tribunal

**Ntaba J.**

---

**SENTENCIA**

**1.0 ANTECEDENTES**

1.1 El Tribunal de Magistrados de Segundo Grado con sede en Machinga condenó a E.L (mujer) por el delito de realizar ilegalmente (por negligencia) un acto que podía propagar una enfermedad peligrosa, en contra de lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal. Los<sup>th</sup> detalles de la acusación eran que la recurrente, el 25 de agosto de 2016 o alrededor de esa fecha, en la aldea de Kotamo, en el distrito de Machinga, cometió ilegalmente, por negligencia y a sabiendas, un acto que podía propagar la infección del VIH al amamantar a un bebé de cinco meses de la Sra. M.P.

1.2 El tribunal la declaró culpable y la condenó a nueve (9) meses de prisión con pena privativa de libertad, a reserva de su confirmación por el Tribunal Superior en agosto de 2016. La condena se basó en su propia declaración de culpabilidad.

1.3 Contra esta decisión del tribunal de primera instancia apeló y planteó los  
**En el caso de E.L**

siguientes motivos

- 1.3.1 que tanto la condena como la sentencia eran inseguras y debían ser anuladas;

y

1.3.2 el artículo 192 del Código Penal era inconstitucional.

## 2.1 EL RECURSO

- 2.1 La recurrente presentó un recurso y una declaración jurada del abogado Mwafulirwa y lo apoyó con escritos en los que destacaba los cargos y las circunstancias del caso. Además, adjuntó a su recurso una declaración jurada de la Dra. Ruth Margaret Bland, experta médica británica e investigadora en el ámbito de la transmisión del VIH, incluidas las situaciones de madre a hijo. La Dra. Bland indicó que ha trabajado en el campo de la pediatría y la salud infantil durante más de 20 años, la mitad de ellos como pediatra clínica y los últimos años trabajando en África, incluido Malawi, como científica clínica. Su declaración jurada da fe de las cuestiones relativas a la transmisión de madre a hijo, especialmente en lo que se refiere a las circunstancias del caso que nos ocupa.
- 2.2 La tercera declaración jurada fue realizada por la Sra. Michaela Clayton, de nacionalidad británica y residente permanente en Namibia. Atestiguó que es una abogada con más de 34 años de experiencia, de los cuales 28 son de derechos humanos y se centran en el VIH. Indicó que actualmente es la directora de la Alianza para el SIDA y los Derechos en el África Meridional, que es una asociación de la sociedad civil que trabaja para promover un enfoque del VIH y la tuberculosis basado en los derechos humanos en 18 países del África Meridional y Oriental. Su testimonio fue que el tribunal, al determinar este asunto, debería tener en cuenta una serie de cuestiones. En primer lugar, las recomendaciones internacionales y regionales son contrarias a la criminalización excesiva de la transmisión y la exposición al VIH, así como a la discriminación vertical. En segundo lugar, que en África no hay pruebas del impacto de las leyes penales en la prevención de la transmisión del VIH. En consecuencia, estas leyes han tenido un impacto negativo, ya que socavan los esfuerzos de prevención del VIH. En tercer lugar, alertó al tribunal sobre los enfoques actuales que están funcionando para prevenir la propagación del VIH. Concluyó que el tribunal debería tener en cuenta que la criminalización de la exposición y la transmisión del VIH es una cuestión compleja y que actualmente en el mundo existen políticas públicas injustas e ineficaces al respecto. Admitió que cuando el asunto ante el tribunal es un caso obvio, es decir, que hubo una transmisión deliberada o maliciosa con intención de dañar, los tribunales deberían utilizar el derecho penal para castigar al infractor.
- 2.3 La recurrente declaró que los hechos fueron que el 25<sup>th</sup> de agosto de 2015, la recurrente asistió a una reunión del pueblo junto con su hijo más pequeño que entonces tenía once años (11) meses. Se sentó junto a la denunciante, M.P., que también tenía un bebé con ella. La recurrente indicó que había estado amamantando a su hijo, pero que luego se lo entregó a su abuela. Por cierto, la denunciante pidió a la recurrente que llevara a su hijo para poder hacer otras cosas. La Apelante y la Reclamante observaron que el hijo de esta última estaba siendo amamantado por la Apelante. Ella declaró que intentó impedir que el niño lo hiciera. El 28

de agosto de 2016, la Reclamante denunció el asunto a la policía y E.L fue detenido y acusado en virtud del artículo 192 del Código Penal. La denunciante fue remitida al Centro de Salud de Tholowa para recibir atención médica tras comprobar que E.L estaba en tratamiento antirretroviral. El hijo de la denunciante fue tratado con profilaxis postexposición (PEP) y enviado a casa.

- 2.4 Durante el juicio, E.L se declaró culpable de los cargos y fue condenado por el tribunal inferior. Las actas del tribunal indicaron que la única prueba admitida fue un documento del hospital en el que se indicaba que E.L estaba en tratamiento antirretroviral. El demandante no estuvo presente en el juicio. Además, durante el juicio E.L no añadió nada después de que se leyera su declaración de cautela. Sólo después de la sentencia, durante la mitigación, indicó que su bebé estaba enfermo, que tenía otros tres hijos y que era la cuidadora de su madre. El recurrente señaló que los sentimientos del magistrado eran erróneos y que el tribunal debía tenerlos en cuenta.

*"Sin embargo, la conducta que mostró tiene mucho que desear. Es consciente de que es seropositiva. Viene a amamantar a un bebé que no es suyo. Es lo mismo que un hombre que, sabiendo que es seropositivo, decide acostarse con una colegiala. De hecho, esta conducta no puede quedar impune".*

- 2.5 Al argumentar el recurso, el recurrente afirmó que la declaración realizada en el juicio no se ajustaba a lo prescrito en el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas, que establece

(1) Cuando un acusado comparezca o sea llevado ante un tribunal, se le leerá y explicará un cargo que contenga los detalles del delito del que se le acusa y se le preguntará si admite o niega la veracidad de la acusación.

(2) Si el acusado admite la veracidad de la acusación, se hará constar su admisión con la mayor exactitud posible en las palabras utilizadas por él y podrá ser condenado y sentenciado por ello:

Siempre que, antes de que se registre una declaración de culpabilidad, el tribunal se cerciore de que el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de su declaración y tiene la intención de admitir sin reservas la verdad de la acusación que se le hace.

- 2.6 Además, se argumentó que, a pesar de que admitió en el juicio haber amamantado al hijo de la demandante. Sin embargo, sostuvo que tanto la admisión como la declaración de culpabilidad se debían a la ignorancia. Al afirmar que cuando uno se declara culpable por ignorancia de los elementos esenciales del delito aplicados a los hechos del caso, en la apelación, una condena por declaración de culpabilidad debe ser anulada. En consecuencia, el juez Chatsika declaró en el caso **Maharaj c. República** (1971-1972) 6 ALR (Mal) 275 y 277, lo siguiente

*"En primer lugar, hay que observar que el recurrente se declaró culpable de ambos cargos en el tribunal inferior, y si se aceptan sus alegaciones, no podrá apelar contra la condena (véase el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas (Cap 8:01)). Las palabras utilizadas en respuesta al segundo cargo fueron: "Admito que he infringido la ley". No tengo ninguna duda en aceptar estas palabras como una admisión inequívoca del delito. Sin embargo, a la vista de su petición de apelación y del punto en el que se basa en apoyo de su recurso contra la condena, tengo algunas dudas sobre si el recurrente apreció plenamente la naturaleza del delito que se le imputaba y si también apreció lo que estaba alegando. Además, se aprecia que los hechos del caso no son en absoluto controvertidos y el recurso se basa*

en una importante cuestión de derecho que no fue comprendida plenamente por el recurrente en el momento en que formuló su declaración. El hecho de que no apreciara la naturaleza del delito en el segundo cargo queda claro

cuando se lee lo que el recurrente dijo como atenuante inmediatamente antes de ser condenado. En estas circunstancias, después de haber escuchado la hábil argumentación del sabio abogado del Estado sobre el tema, he decidido tratar la declaración como de "no culpable" por el hecho de que se hizo sin apreciar plenamente su naturaleza. "

- 2.7 Por lo tanto, el resultado de presentar, erróneamente, una declaración de culpabilidad es que en la apelación el Tribunal Superior anularía la condena y haría que el proceso fuera nulo y, en algunos casos, el Tribunal Superior ordenaría un nuevo juicio. Esta posición se expuso en el caso **Byson y otros contra la República** [1997] 1 MLR 47. Al continuar con el argumento de la declaración defectuosa, también se alegó que ella no apreciaba la naturaleza del delito cuando se declaró culpable. Esta posición puede examinarse mejor si se examina detenidamente el pliego de cargos.

"E.L el 25 de agosto de 2016 o alrededor de esa fecha, en la aldea de Kotamo, en el distrito de Machinga, realizó ilegalmente, por negligencia y a sabiendas, un acto susceptible de propagar la infección de la enfermedad del VIH al amamantar a un bebé de cinco (5) meses de la señora M.P."

- 2.8 Podría decirse que, al examinar los elementos esenciales del delito, el tribunal debería considerar el artículo 269 del Código Penal de la India, que es sorprendentemente similar al artículo 192 del presente documento. La disposición india dice lo siguiente

"Acto negligente que pueda propagar la infección de una enfermedad peligrosa para la vida - quien ilegalmente o por negligencia realice cualquier acto que sea, y que sepa o tenga razones para creer que es, susceptible de propagar la infección de cualquier enfermedad peligrosa para la vida, será castigado con prisión en cualquiera de sus descripciones por un período que puede llegar a los dos años, o con una multa, o con ambas."

- 2.9 El Tribunal Superior de Delhi, comentando el artículo 269 del Código Penal de la India en el caso del **Dr. Meeru Bhatia Prasad contra el Estado** 2002 Cri LJ 1674, 94 señaló

"4. El artículo 269 del Código Penal Internacional tipifica como delito el acto negligente que pueda propagar la infección de una enfermedad peligrosa para la vida. Los ingredientes esenciales son: que el acusado realice un acto ilegal o negligente; que dicho acto pueda propagar la infección de cualquier enfermedad peligrosa para la vida; y que sepa o tenga razones para creer que el acto puede causar dicha infección. Por lo tanto, causar la infección de la enfermedad peligrosa para la vida están cubiertos por esta sección".

- 2.10 El recurrente afirmó que para que una condena sea segura en virtud del artículo 192 del Código Penal, los elementos de la disposición deben responderse positivamente y, si hay un juicio, deben probarse más allá de toda duda razonable. Estos elementos eran



- 2.10.1 la comisión de un acto que pueda propagar la infección de un **enfermedad** que es un **peligro para la vida**;
- 2.10.2 el acto se realiza de forma ilegal, negligente o temeraria; y

2.10.3 el acusado sabe o tiene razones para creer que el acto puede propagar la infección de una "enfermedad peligrosa para la vida".

- 2.11 Por cierto, el tribunal inferior debería haberse preguntado si la lactancia materna era un acto que podía propagar el VIH. Además, en el caso de la recurrente, el Estado debería haber aportado la prueba necesaria de que el acto de amamantar al hijo de la demandante era un acto "probable" de propagación del VIH. La recurrente sostiene que este hecho no se probó más allá de toda duda razonable y que el Estado no presentó pruebas a tal efecto ni se disponía de ellas. Esta posición se vio agravada por el hecho de que el criterio de "probabilidad" fue presentado como un criterio objetivo e independiente de su carga de probar el conocimiento de la acusada de que la transmisión era una consecuencia probable de su acción.
- 2.12 Al argumentar este punto, indicó que la jurisprudencia internacional ofrece ayuda para garantizar que el estándar de "probabilidad de propagar una enfermedad" se interpreta de manera que no hace que el delito sea excesivamente amplio en este elemento. En el caso *S c. Gutiérrez, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para las Fuerzas Armadas* 23 de febrero de 2015, No 13-0522, Crim. App No 37913, el Tribunal consideró una apelación de un hombre condenado por agresión agravada por no revelar que tenía [VIH] antes de participar en una actividad sexual, por lo demás consentida, con múltiples parejas. El testimonio de los expertos reflejó que, como máximo, el recurrente tenía una probabilidad de 1 entre 500 de transmitir el VIH a algunas de sus parejas. Tampoco había pruebas de que el acusado hubiera transmitido realmente el VIH. El delito de agresión con agravantes requería que el acusado cometiera una agresión con medios o fuerza que *podieran* producir la muerte o daños corporales. La apelación se centró en si la conducta del acusado era "probable" que diera lugar a la propagación del VIH. El Tribunal consideró el significado en inglés de "likely" y sus precedentes en relación con la agresión con agravantes en general para considerar que los medios (varias formas de contacto sexual) utilizados para cometer la "agresión" (con una probabilidad inferior a 1 entre 500 de infectar a las parejas sexuales con el VIH) eran legalmente insuficientes para cumplir el elemento de "probabilidad de producir la muerte o un daño corporal grave". Por lo tanto, se revocó la condena del acusado por agresión con agravantes. Al considerar el significado legal de "probable", el tribunal rechazó el uso del significado atribuido a "probable" en otros casos de exposición al VIH de "no más que una mera posibilidad fantástica, especulativa o remota". En cuanto a las pruebas periciales presentadas sobre el riesgo de transmisión del VIH a través del sexo oral sin protección, el Tribunal declaró que no debería haber ninguna duda de que un riesgo "casi nulo" (como se detalla en las pruebas periciales) no supera ningún umbral o probabilidad razonable. Ello se debe a que ningún juzgador racional de los hechos podría

concluir que su conducta era susceptible de causar daños corporales graves. El Tribunal declaró que -

*Sin embargo, el criterio último sigue siendo si -en términos sencillos- la conducta imputada era "probable" que produjera un daño corporal grave. En relación con este caso, la pregunta es: ¿fue el daño corporal grave la consecuencia probable de la*

- 2.13 El Tribunal de *Gutiérrez* afirmó que, al determinar el significado de "probable", "la ley no debe adoptar un criterio *sui generis* en los casos de exposición al VIH. Además, las pruebas de los expertos sobre la probabilidad de transmisión del VIH a través de las diversas formas de conducta sexual siempre deben ser consideradas por el tribunal.
- 2.14 A este respecto, la demandante argumentó que la ausencia de cualquier prueba de que la lactancia materna fuera seropositiva no cumple la norma legal de ser suficientemente "probable" que transmita el VIH en este caso. Por lo tanto, no puede sostenerse una condena en virtud del artículo 192. Sólo sobre esta base, la condena de la recurrente debe ser anulada, ya que el Estado no ha cumplido con su obligación.
- 2.15 En apoyo del argumento anterior, la prueba de la recurrente, a través de la declaración jurada de la Dra. Bland, opinó que el riesgo de transmisión al hijo de la demandante tras una única exposición a la leche materna [de la recurrente] mientras ella estaba en tratamiento antirretroviral sería infinitamente pequeño. Ilustró que en el caso de las mujeres que reciben tratamiento antirretroviral, como la recurrente, el riesgo de transmisión del VIH a través de la leche materna se elimina esencialmente por debajo del 1%. Subrayó que los estudios que miden el riesgo en los casos en que los bebés están expuestos repetidamente a la leche materna de mujeres infectadas por el VIH durante muchos meses concluyeron lo mismo. Por tanto, el riesgo en una única exposición, como es el caso del que se acusa a la recurrente, era aún menor e "infinitesimalmente pequeño".
- 2.16 También destacó que esta posición se expone en las directrices mundialmente reconocidas sobre la lactancia materna para las madres seropositivas. Llamó la atención del tribunal sobre la afirmación de la seguridad y la conveniencia de la lactancia materna para las mujeres que viven con el VIH. Destacó las directrices de 2016 de la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como las propias directrices de Malawi emitidas por el Ministerio de Salud. Por lo tanto, sostener que el acto de amamantar es "susceptible de propagar" el VIH no sólo es inexacto y contrario a las políticas y directrices gubernamentales e internacionales, sino que puede convertir la maternidad y la lactancia en un delito, ya que la identidad del niño amamantado no es relevante para este elemento del delito. En conclusión, argumentó que el apoyo a la lactancia materna para las mujeres que viven con el VIH, tanto en entornos de bajos como de altos ingresos, tiene resultados a largo plazo para la salud materna e infantil. Las prácticas alternativas, como el uso de sucedáneos de la leche materna y la alimentación de sustitución, han tenido efectos significativos en la mortalidad y la morbilidad infantil.

- 2.17 Volviendo al argumento de la negligencia, el estándar no se encuentra a menudo en los delitos enjuiciables sin palabras calificativas. Por ejemplo, en los casos de homicidio, el concepto se califica y el estándar de negligencia requerido para el homicidio es propio de ese delito. Sin embargo, legalmente se dice que una persona es negligente si no ejerce el cuidado, la habilidad o la previsión que un hombre razonable en su situación ejercería. De este modo, el estándar es objetivo.

En estas circunstancias, la cuestión es si una mujer razonable, en la situación de la recurrente, habría tenido un grado de cuidado diferente.

- 2.18 En Nueva Zelanda, *el Tribunal de Distrito de Wellington, en el caso Police v Dalley* CRI2004- 085-009168, de 4 de octubre de 2005, examinó una acusación de molestias penales en virtud del artículo 145 de la Ley de Delitos de Nueva Zelanda de 1961 contra un hombre que vivía con el VIH por omitir el cumplimiento de la obligación legal de informar a su pareja sexual de su estado serológico respecto al VIH antes de mantener relaciones orales sin protección y antes de mantener relaciones vaginales con preservativo. El delito de alteración del orden público se enmarca en los siguientes términos: "Comete alteración del orden público toda persona que realiza un acto ilícito u omite el cumplimiento de un deber legal, siendo dicho acto u omisión uno que sabía que pondría en peligro la vida, la seguridad o la salud del público, o la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona". El tribunal sostuvo que el acusado tenía la obligación, en virtud de la ley, de no adoptar una conducta que se puede prever que puede exponer a otros a un daño. El deber de precaución o cuidado surgió en este caso porque el virus del VIH podía "poner en peligro la vida humana". Sin embargo, sostuvo que el acusado no incumplió de hecho su deber en virtud de la ley. Para ello, el Tribunal consideró las pruebas periciales sobre el riesgo de transmisión del VIH en función de las diferentes formas de conducta en cuestión: el coito oral sin protección y el coito vaginal con preservativo. Además, determinó que el acusado no había violado su deber de cuidado, ya que el riesgo de transmisión era insuficiente en ambos casos y, por tanto, incluso en ausencia de revelación de su estado serológico respecto al VIH a la denunciante, no se había incumplido su deber de tomar "cuidados y precauciones razonables" para evitar un acto que pusiera en peligro la vida de otra persona. Con respecto a las relaciones sexuales vaginales con uso de preservativo, el Tribunal sostuvo

*"Me parece que la mayoría de las personas querían que se les dijera que una posible pareja sexual es seropositiva. Es posible que exista un deber moral de revelar esa información. Sin embargo, hay una diferencia entre un deber moral y un deber legal, siendo el deber legal en este caso el de tomar precauciones razonables y utilizar un cuidado razonable para evitar la transmisión del virus del VIH. Observo que el deber en el derecho común es esencialmente el mismo: tomar medidas razonables: R v Lunt [2004] 1 NZLR 498.*

*Las pruebas de los expertos fueron relativamente consistentes. El riesgo de transmisión del virus cuando el varón es seropositivo y no utiliza preservativo es relativamente bajo. La acusación dice que es de aproximadamente el 5,75%. La defensa sitúa el riesgo en un nivel aún más bajo, ya que cuatro pruebas diferentes sitúan el riesgo entre 820 por cada 10.000 exposiciones; otras fuentes lo sitúan en el 0,1%. Las pruebas de la defensa fueron extensas, completas y persuasivas en este punto".*

- 2.19 El argumento de la recurrente siempre ha sido que no amamantó intencionadamente al hijo de la demandante. Por cierto, una persona razonable

en la posición de la recurrente no habría considerado que el acto de amamantar en general, cuando se está en tratamiento antirretroviral, entrañaba un riesgo de transmisión del VIH lo suficientemente importante como para abstenerse de hacerlo.

- 2.20 En este punto, argumentó la cuestión de si los hechos del caso revelaban el "conocimiento" por su parte de que su conducta era "probable" que propagara el VIH. Recordó al tribunal que el conocimiento de la probabilidad de que la conducta de uno propague una "enfermedad peligrosa para la vida" es un componente vital del delito. Lord Reid resultó instructivo sobre esta cuestión en el caso *Sweat v Parsley* [1970] AC 132, 149, HL. Allí se sostuvo que la Corona tiene que probar el conocimiento por parte del delincuente de todas las circunstancias materiales del delito. Por ejemplo, en una acusación de "tener en su poder una sustancia explosiva a sabiendas", la Corona debe probar que el acusado sabía tanto que la tenía en su poder como que era una sustancia explosiva. Por consiguiente, antes de que un tribunal condene a un acusado por haber cometido un delito "a sabiendas", el Estado debe haber presentado pruebas que demuestren el conocimiento de todas las circunstancias y detalles que constituyen el delito. En el caso *R v Crawley* (1862) 2 F & F 109, el tribunal sostuvo que una persona no puede ser acusada por enviar a un vendedor de carne que sabe que no es apta para la alimentación humana, si no sabe ni tiene la intención de que se venda como alimento humano.
- 2.21 De manera concluyente, el Estado carecía de pruebas de que la recurrente tuviera conocimiento de que su conducta podía causar la propagación del VIH. Sin embargo, por el contrario, de acuerdo con las 2014 Clinical Management of HIV in Children and Adults: Malawi Integrated Guidelines for Providing HIV Services in Antenatal Care, Maternity care, Under 5 Clinics, Family Planning Clinics, HIV Exposed Children / Pre-ART Clinics, and ART Clinics" y la "Young Child Nutrition Policy and Guideline, es más probable que la recurrente supiera que la lactancia materna era segura y que no era probable que transmitiera el VIH mientras estuviera en tratamiento antirretroviral.
- 2.22 En cuanto al ataque a la constitucionalidad del artículo 192 del Código Penal, se afirmó que es un hecho que todas las leyes, incluido el Código Penal, deben ser conformes con la Constitución y no ser injustificadamente incompatibles con ninguna disposición de la Constitución; de lo contrario, pueden ser declaradas inconstitucionales y, por lo tanto, inválidas en la medida de la incoherencia y con el apoyo de los artículos 5, 10, 199 y 200 de la Constitución. Además, la Constitución establece el derecho a la igualdad ante la ley según el artículo 20, el derecho a un recurso efectivo ante la ley según el artículo 48 y el derecho a un juicio justo según el artículo 42. Por lo tanto, se señaló que los principios de interpretación constitucional generalmente requieren que un tribunal busque primero una interpretación de la ley que sea constitucionalmente compatible, a menos que una disposición no pueda ser razonablemente leída de manera que preserve su constitucionalidad. Por lo tanto, el delito contemplado en el artículo 192 es inconstitucional por ser vago y excesivamente amplio y, por lo tanto, violar los derechos constitucionales.
- 2.23 En cuanto a la adecuación de la sentencia, el recurrente recordó al tribunal que



algunas de las consideraciones más importantes a la hora de dictar una sentencia eran como Mwaungulu

J (como era entonces) en *Republic v Nazombe* [1997] 2 MLR 105 dictaminó que la naturaleza del delito, las circunstancias personales del condenado, el interés de la comunidad y el impacto del delito en la víctima deben ser cuestiones que deben examinarse y determinarse. Asimismo, la sentencia debe tener en cuenta los intereses de la comunidad, así como el impacto del delito en la víctima. El recurrente sostiene que el presunto acto delictivo tuvo un impacto negativo nulo o muy escaso. El niño que fue amamantado dio negativo en la prueba del VIH y, por lo tanto, el interés de la comunidad de evitar la propagación del VIH no tuvo ningún impacto negativo.

2.24 En términos de la sección 340 del Código de Procedimiento Penal y Pruebas, que establece que cuando una persona es condenada por un tribunal por un delito y no se ha probado ninguna condena anterior en su contra, no podrá ser condenada por ese delito, de forma distinta a lo dispuesto en la sección 339, a una pena de prisión, que no sea una pena de prisión en defecto del pago de una multa razonable, a menos que el tribunal considere, por motivos fundados, que deberán ser expuestos por el tribunal en el acta, que no hay ningún otro medio adecuado para tratarla... Además, el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal y Pruebas establece el procedimiento para la suspensión de la pena. La norma en la imposición de penas es que el tribunal normalmente no considerará como factor atenuante el hecho de que la condena suponga dificultades para otros miembros de la familia, *a menos que* se demuestren circunstancias excepcionales, como en el caso de *Republic v Chilenje* [1996] MLR 361. El tribunal llegó a la conclusión de que, cuando se demuestran circunstancias excepcionales, el tribunal puede ejercer la "misericordia" y ordenar la liberación inmediata de un condenado si la familia inmediata del recurrente sufre dificultades excepcionales a causa de la condena privativa de libertad del recurrente. Además, sostuvo que esto es especialmente cierto si existen condiciones médicas graves conocidas (y no desconocidas).

2.25 En cuanto al presente caso, el encarcelamiento de la recurrente con sus catorce (14) meses de edad que también era VIH positivo no era la mejor opción. Se observó que en todos los casos en los que los derechos de un niño van a verse afectados, los tribunales deben sopesar el interés superior del niño. El principio del "interés superior del niño" es una cuestión que nuestros tribunales han reconocido. El Tribunal Supremo de Apelación *In Re: The Adoption of Children Act CAP 26:01; In Re: CJ A Female Infant of C/o P.O.Box 30871, Chichiri, Blantyre 3*, MSCA Adoption Appeal No. 28 of 2009 expuso lo que significaba en el contexto malawiano, así como su aplicación. Los tribunales también han utilizado este principio en las solicitudes de fianza, por ejemplo en *Neziyasi Dickson y otro c. República*, Misc. Crim. Case No. 107 of 2007(HC)(LL)(Unrep), Singini J (como era entonces) declaró que un factor convincente para la concesión de la fianza es la situación de este bebé que está bajo custodia con la demandante como su madre y, a mi juicio, el interés superior del niño requiere que la madre sea liberada bajo fianza. Recientemente Kapindu J, en *Rhoda Alasoni v Republic*,

Misc Criminal Appl No. 72 of 2015 (HC)(ZA)(Unrep) al considerar si conceder la libertad bajo fianza en espera de la confirmación de la sentencia, declaró que el interés superior del hijo de la demandante que estaba con

en la cárcel requirió que fuera liberada bajo fianza.

- 2.26 Además, *en el caso R (on the application of Stokes) v Gwent Magistrates Court* [2001] All ER(D) 125, en el que la Sra. Stokes, madre de cuatro hijos de 16, 15, 6 y 9 meses de edad, fue ingresada en prisión durante 12 días, pero suspendida con el pago de 5 libras semanales por multas pendientes y órdenes de indemnización. El Tribunal Superior sostuvo en la revisión judicial que la decisión de los magistrados era perversa y declaró que un tribunal que estudia una orden de prisión que

*"separaría por completo a una madre de sus hijos pequeños con consecuencias desconocidas del efecto de esa orden sobre esos niños, debía tener en cuenta la necesidad de proporcionalidad y preguntarse si la injerencia propuesta en el derecho de los niños a que se respete su vida familiar era proporcionada a la necesidad que la hacía legítima. El ingreso en prisión debe ser un recurso de última instancia si todo lo demás ha fracasado".*

- 2.27 En el caso de las madres con bebés, la recurrente afirmó que la jurisprudencia contemporánea en materia de derechos humanos y el interés superior del niño implican que, en muy raras circunstancias y de forma excepcional, el tribunal debe imponer una pena privativa de libertad cuyo efecto sea encarcelar tanto a la madre como al bebé. Directrices internacionales como las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes ("Reglas de Bangkok"), de diciembre de 2010, establecen claramente la preferencia por las alternativas no privativas de la libertad a la detención preventiva y las penas de prisión para las mujeres delincuentes en general. En cuanto a las mujeres embarazadas y las madres, la Regla 64 especifica que se preferirán las penas no privativas de libertad para las mujeres embarazadas y las mujeres con hijos a cargo siempre que sea posible y apropiado, considerándose las penas privativas de libertad cuando el delito sea grave o violento o la mujer represente un peligro continuo, y después de tener en cuenta el interés superior del niño o de los niños, garantizando al mismo tiempo que se han tomado las medidas adecuadas para el cuidado de dichos niños.

- 2.28 Por último, el recurrente alegó que es un principio de sentencia que el tribunal siempre debe dictar sentencias comparables. En *Flora Jeki v The Republic* Crim. Appeal No. 139 of 2008 (HC)(LL)(Unrep) donde el tribunal consideró una sentencia de 18 meses de prisión de una mujer, con un niño pequeño que se había declarado culpable del cargo de lesiones ilegales en contra de la sección 241(a) del Código Penal. El cargo conllevaba un máximo de 7 años de prisión con trabajos forzados. El Tribunal Superior sustituyó la sentencia de privación de libertad por otra que garantizaba la liberación inmediata de la recurrente, basándose en los factores mencionados y en "motivos humanitarios".

- 2.29 En conclusión, la recurrente alegó que contaba con un gran número de factores

atenuantes que el tribunal de primera instancia debería haber tenido en cuenta al dictar sentencia. La recurrente destacó que era relativamente joven, sólo tenía 26 años, se había declarado culpable del cargo, tenía un hijo de unos 14 meses y estaba en

custodia con su madre; tenía otros 3 hijos, todos menores de 18 años y que vivían en las zonas remotas de Machinga y necesitaban los cuidados de su madre, se casó y cuidó de su madre. Además, se había declarado culpable y estaba arrepentida. Además, no había transmitido el virus del VIH al hijo de la demandante (según su leal saber y entender) y no había ninguna prueba científica que indicara que su conducta supusiera una amenaza en cuanto a la transmisión del virus del VIH, y estaba en tratamiento antirretroviral y, por lo tanto, necesitaba una atención mejor que la que se obtenía en las instalaciones penitenciarias.

2.30 La recurrente alegó finalmente que su condena y su juicio eran erróneos desde el punto de vista jurídico e inconstitucionales. Concluyó con las siguientes súplicas: que este Tribunal anule la condena del tribunal inferior contra la recurrente porque

2.30.1 los hechos ante el Tribunal no probaron los elementos del delito y, por lo tanto, el tribunal inferior se equivocó al declararse culpable contra ella, por lo que el tribunal debe absolverla;

2.30.2 el procedimiento en el tribunal inferior era nulo;

2.30.3 el Tribunal debe declarar inconstitucional el artículo 192 del Código Penal y, por tanto, invalidarlo en la medida de la inconstitucionalidad; y

2.30.4 con carácter subsidiario, que el magistrado cometió un error de hecho y de derecho al condenar al recurrente a 9 meses de prisión con trabajos forzados, cuando dicha condena era manifiestamente excesiva a la luz de las circunstancias del caso. Por lo tanto, este Tribunal debe anular la sentencia dictada por el tribunal inferior y sustituirla por otra que garantice la inmediata puesta en libertad del recurrente.

### 3.0 LA RESPUESTA DEL ESTADO

3.1 El Estado presentó y adoptó sus alegaciones en respuesta al recurso del recurrente. En primer lugar, abordaron la cuestión de si la declaración de culpabilidad era defectuosa. Citaron la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Pryce v Republic* 1971-72 ALR Mal 65 en la página 77, en la que se describía el planteamiento que debe adoptar un tribunal de apelación (y en la revisión, obviamente) al conocer de una apelación sobre una cuestión de hecho y en la que el tribunal decía

*"Corresponde al tribunal de apelación revisar el registro de las pruebas, sopesar las pruebas contradictorias y extraer sus propias inferencias. El tribunal, en palabras de Coghlan v Cumberland [1898] 1 Ch. 704-705, "debe entonces formarse su propia opinión, no ignorando la sentencia recurrida, sino sopesándola y considerándola cuidadosamente..."*

*Siempre es importante que el tribunal de apelación tenga en cuenta que el magistrado ha vivido el caso en el curso del juicio y debe tener en cuenta este factor. Al formarse su propia opinión, el tribunal debe recordar que no ha visto ni oído a los testigos y que la opinión del magistrado sobre la credibilidad, ya sea expresada o*

*visto desde esta sentencia por inferencia necesaria, tiene derecho a un gran peso".*

- 3.2 El Estado está de acuerdo con el recurrente en que el artículo 192 del Código Penal tipifica tres delitos. Es decir, la persona acusada realizará el acto de forma ilegal, negligente o imprudente, por lo que el pliego de cargos debe detallar el delito cometido por la persona acusada, tal como se establece en el artículo 128 (b) del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas.
- 3.3 También argumentaron que, según la legislación de Malawi, en particular el artículo 251(2) del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas, sólo puede registrarse una declaración de culpabilidad cuando existe una admisión inequívoca de culpabilidad. La ley sobre la declaración de culpabilidad se ha explicado considerablemente en muchos casos. En *Magwaya v Republic* 8 MLR 323 (SCA) en las páginas 325 líneas 40-44 y 326 líneas 30-41, Skinner C.J., donde el demandante admitió el delito en términos generales, dijo lo siguiente

*"Era entonces necesario determinar si la declaración de los hechos, aceptada por el recurrente, había subsanado los defectos de la declaración. Un examen tanto de la declaración como de la declaración a la que se refiere arroja dudas sobre si pretendía admitir la acusación. En efecto, los hechos expuestos no parecían justificar el delito que se le imputaba. Sus declaraciones formaban parte de esos hechos y en ellas daba cuenta de lo que había hecho con el dinero, es decir, que se lo había dado a su superior, y negaba haber robado. Tales afirmaciones no habían sido contradichas en ninguna otra parte del relato de los hechos. Dado que las pruebas no habían subsanado el defecto de la declaración, se anularía la condena y la sentencia. El recurrente será puesto en prisión preventiva hasta que se celebre un nuevo juicio".*

- 3.4 Hicieron hincapié en que el tribunal de primera instancia debe explicar al acusado, antes de declararlo, los elementos o ingredientes de la acusación y debe asegurarse de que el acusado los entienda. En el caso *Lwanja v Republic* 1995 1 MLR 212, la acusada fue acusada de ser pícara y vagabunda. Se sostuvo que la declaración de culpabilidad de la acusada era defectuosa porque no entendía la acusación. Se alegó que entonces se invocaría el artículo 5 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas, así como que debía hacerse justicia sustancial sin tener en cuenta indebidamente los tecnicismos, como dispone el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas.
- 3.5 El tribunal aplicó este principio en el caso *Watson y otro contra la República* [1994] MLR 383 (HC), en el que Kalaile, J., aplicó la ley sobre la invocación de las disposiciones de los artículos 3 y 5 del Código de Procedimiento Penal y Pruebas en los casos en los que la irregularidad no supone un fallo de la justicia. En ese caso, los dos acusados se declararon culpables del cargo de encontrarse en posesión de bienes de los que se sospechaba razonablemente que habían sido robados u obtenidos ilícitamente y de no dar cuenta



satisfactoriamente de los mismos, en contra de lo dispuesto en el artículo 329 del Código Penal. Al responder a la acusación, el primer acusado dijo: "Entiendo la acusación. Admito la acusación. Es cierto que se me encontró en posesión de 16 bidones de gasolina. Estaba en compañía de

del segundo acusado. Esta es una propiedad sospechosa. El segundo acusado también dijo que entendía la acusación. Admito la acusación. Eran 16 bidones de gasolina, que se me encontró [con] en posesión de gasolina. La acusación es cierta.

- 3.6 El tribunal consideró que las declaraciones eran erróneas desde el punto de vista jurídico porque eran equívocas. Una declaración como "admito" una acusación no es suficiente para ser considerada como una declaración de culpabilidad, ya que no se refiere específicamente a los diversos elementos que constituyen un delito concreto. Una admisión de la acusación es inaceptable como declaración de culpabilidad de un delito contemplado en el artículo 329 del Código Penal, ya que la culpabilidad del acusado depende de que el magistrado acepte su explicación de cómo se obtuvieron los bienes en cuestión. Sin embargo, los acusados confirmaron la exactitud de los hechos que les fueron narrados. El tribunal consideró que, aunque los motivos eran erróneos, la absolución del acusado se basaría en un tecnicismo. A la vista de los artículos 3 y 5 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas, se confirmaron las condenas. La omisión de pedir al acusado que diera una explicación (la explicación era clave para el delito que se le imputaba) al tribunal no supuso un fallo de la justicia.
- 3.7 Afirman que la recurrente se declaró culpable del delito imputado. Declaró que había entendido la acusación, es decir, que había amamantado a un bebé que no era suyo y que sabía que podía infectar al bebé con el VIH/SIDA. Sin embargo, admitieron que la acusación era ambigua, carecía de claridad y era doble porque el artículo 192 del Código Penal tipifica tres delitos. Afirmaron que una persona puede realizar el acto peligroso de forma ilícita, por negligencia o por imprudencia. Un acusado no puede ser acusado de todos los delitos al mismo tiempo si no son alternativos. Y también esa sección no incluye que el acto deba hacerse a sabiendas. Sin embargo, si la persona realiza el acto de forma ilícita, negligente o imprudente, debe probarse que tenía conocimiento o creencia razonable de que el acto probablemente propagaría una enfermedad peligrosa. En segundo lugar, la acusación no contenía el elemento mencionado de que el recurrente tenía conocimiento o creencia razonable de que el acto de amamantar probablemente propagaría una enfermedad peligrosa.
- 3.8 Por lo tanto, no era apropiado formular la acusación de esa manera en este caso. Además, el derecho del acusado a un juicio justo en virtud del artículo 42(2)(f)(ii) estaba comprometido. El derecho de un acusado a un juicio justo incluye el derecho a ser informado con suficiente detalle de la acusación. Pensaron que era irónico que la recurrente indicara que entendía la acusación, especialmente porque no estaba representada y no había forma de que pudiera responder a una acusación tan ambigua que no era clara y carecía de los

elementos clave del delito.

- 3.9 En cuanto al motivo, los elementos clave del delito eran que el recurrente debía actuar de forma negligente, ilícita o temeraria en uno de estos aspectos. En segundo lugar, que el acto sea susceptible de propagar la infección de cualquier

enfermedad peligrosa para la vida. En tercer lugar, que el recurrente tuviera conocimiento o razones para creer, también en uno de estos aspectos, que el acto probablemente propagaría la infección de alguna enfermedad peligrosa para la vida. En consecuencia, la acusación estaba obligada a probar estos elementos más allá de toda duda razonable. De ello se desprende que, durante el alegato, el tribunal inferior debía presentar estos elementos al recurrente para que se declarara culpable.

- 3.10 Afirmaron que no había pruebas de que estos elementos del delito se hubieran planteado a la recurrente en la toma de declaración. De su respuesta se desprende que se limitó a decir que entendía la acusación y que la admitía. Concluyeron que la recurrente no podía entender la acusación, ya que ésta era ambigua y carecía de claridad, así como de algunos elementos clave del delito. El tribunal inferior también cometió un error al no explicarle cómo el acto de amamantar podía propagar el VIH/SIDA *en relación con la acusación*. Por último, su respuesta en la toma de declaración no puede interpretarse como honesta, lo que hace claramente equívoca la declaración de culpabilidad.
- 3.11 Además, los hechos narrados no pudieron subsanar la acusación defectuosa ni el motivo inequívoco. La narración de los hechos no estableció ningún acto de negligencia, ilegalidad o imprudencia. Su declaración de cautela indicaba que la denunciante le entregó al niño para su custodia. Más tarde, observó que el niño le daba el pecho, lo que intentó detener. Fue después de haberle devuelto el niño, que la denunciante informó a las autoridades en la reunión. Esta narración no era coherente con su respuesta en la toma de declaración, ya que respondió que había amamantado a sabiendas a un bebé que no era suyo. Por lo tanto, el motivo fue matizado a este respecto, ya que en su declaración de cautela indicó categóricamente que no animó al niño a ser amamantado por ella. Además, la declaración de cautela no había demostrado ningún acto de ilegalidad, negligencia o imprudencia. La recurrente no animó al niño a que le diera el pecho. Por lo tanto, ni siquiera fue negligente ni imprudente en su actuación, ya que la madre le entregó el niño. Su comportamiento hospitalario no puede interpretarse como negligencia ni imprudencia.
- 3.12 El tribunal debería haber ordenado a la fiscalía que modificara la acusación y que se declarara inocente y comenzara el juicio completo. También consideraron que un tribunal de apelación está facultado para revocar el fallo y la sentencia del tribunal inferior, y absolver o poner en libertad al acusado, u ordenar que sea juzgado por un tribunal de jurisdicción competente, o internarlo para que sea juzgado. Sin embargo, también es posible que un tribunal de apelación o de revisión esté facultado para ordenar un nuevo juicio cuando considere que la apelación se ha hecho en los términos de la sección 362 en relación con la sección 353(2)(a)(i) del Código de Procedimiento Penal y Pruebas. Sólo puede ordenarse un nuevo juicio cuando exista un error de

derecho y de procedimiento que no pueda ser subsanado por el artículo 5 del Código de Procedimiento Penal y Pruebas. En particular, la discreción

para ordenar un nuevo juicio debe ejercerse con referencia a todas las circunstancias del caso, en particular si las pruebas revelan un caso, es decir, si hay intención de recargar y está dentro de los intereses de la justicia como se sostiene en *P Banda y otros contra la República* (SCA) 10 MLR 142. Reconocieron que la discreción para ordenar un nuevo juicio debe ejercerse con referencia a todas las circunstancias del caso, en particular si las pruebas revelan un caso contra el recurrente, si hay intención de recargar, y los intereses de la justicia: un nuevo juicio no debe ser ordenado para permitir a la fiscalía llenar los vacíos en las pruebas.

- 3.13 En cuanto a la cuestión del VIH/SIDA, el Estado argumentó que es una política bien conocida que una madre a la que se le ha diagnosticado el VIH/SIDA debe buscar asesoramiento si quiere amamantar a su hijo, porque el acto de amamantar en ese estado es peligroso para el niño lactante, ya que las posibilidades de transmitir el virus al niño son altas. Sin embargo, la recurrente había amamantado a su hijo incluso en su estado (estaba en tratamiento ARV/ART). Por lo tanto, si no tenía la intención de infectar a su propio hijo con el VIH/SIDA a través de la lactancia materna. Posteriormente, si pudo haber tenido la intención de causar un daño a su propio hijo a través de la lactancia materna o de otras maneras, especialmente cuando se le aconsejó que diera leche materna a su hijo, el hecho de amamantar a otro niño con la misma condición de salud no debe interpretarse erróneamente como que tenía conocimiento o razones para creer que sus acciones iban a propagar el VIH/SIDA al otro niño. Afirmaron que la recurrente no tenía el conocimiento o la creencia requeridos de que amamantar al hijo de la demandante podría propagar la infección al niño. Si la recurrente sabía que no había peligro en amamantar a su hijo en su estado, puede concluirse con seguridad que no tenía el conocimiento de que amamantar a otro niño haría lo contrario, que el otro niño no estaría a salvo de la leche materna sana.
- 3.14 El Estado también argumentó que también se ha sostenido en muchos casos que cuando un condenado ha cumplido una parte sustancial de la pena impuesta, digamos, más de la mitad de la misma, un tribunal de revisión o de apelación no debe ordenar un nuevo juicio de su caso cuando se anula la condena. En el presente caso, la fiscalía tendrá que volver a redactar la acusación si este tribunal ordena un nuevo juicio. Esto da al Estado la oportunidad de reconstruir el caso y rellenar las lagunas expuestas. En segundo lugar, la recurrente ya ha cumplido una parte sustancial de su condena si tenemos en cuenta la cuestión de la remisión de un tercio de su condena por parte de las autoridades penitenciarias. Ordenar un nuevo juicio no será justo para la recurrente ni para la justicia penal en su conjunto. Sobre todo, teniendo en cuenta las circunstancias de este caso, que no hubo una intención clara por parte de la recurrente y que está débil y medicada, la sentencia adecuada debería ser una sentencia no privativa de libertad. Por lo tanto, una orden de

nuevo juicio no será apropiada, ya que debe ser puesta en libertad.

- 3.15 En cuanto a la invalidación constitucional del artículo 192 del Código Penal, el Estado argumentó que el artículo 9 de la Ley de Tribunales prevé cómo constitucional

que se debe abordar. Según su opinión, la alegación de la recurrente de que el artículo es inconstitucional por infringir el principio de legalidad, en el sentido amplio de la palabra, por ser vago y excesivamente amplio es errónea. Además, que se infringieron sus derechos, es decir, los del artículo 42 de la Constitución, así como el derecho a la libertad. En su opinión, este tribunal no puede ocuparse de la constitucionalidad del artículo 192 del Código Penal a la hora de resolver el presente recurso, ya que este tribunal está constituido por un solo juez y no por tres. Por último, consideran que el procedimiento del tribunal inferior o el artículo 192 del Código Penal no plantean cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de la Constitución de la República de Malawi. No obstante, este tribunal puede dar instrucciones sobre la remisión de este caso al Presidente del Tribunal Supremo en el caso de que este tribunal considere apropiado considerar la constitucionalidad del artículo 192 del Código Penal.

- 3.16 En conclusión, el Estado afirmó que, a la vista de los argumentos expuestos, la condena debe ser anulada y la sentencia anulada.

#### **4.0 LA LEY Y LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL**

- 4.1 En primer lugar, vamos a conocer las formalidades de cómo este tribunal es el que conoce del asunto. Por ley, en virtud de los artículos 42 (2) de la Constitución, 25 y 26 de la Ley de Tribunales, así como el 346 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas, este tribunal conoce de este caso a efectos de apelación. Al resolver un recurso de apelación, este tribunal debe examinar el expediente de cualquier procedimiento penal ante cualquier tribunal subordinado con el fin de garantizar que el juicio en el tribunal inferior se tramitó correctamente, fue legal o adecuado en términos de procedimiento, así como cualquier hallazgo, sentencia u orden registrada o dictada, y en cuanto a la regularidad de cualquier procedimiento de dicho tribunal subordinado.
- 4.2 El derecho penal de Malawi ha hecho fundamental que la justicia sustancial se haga siempre sin tener en cuenta indebidamente los tecnicismos, y que se respete en todo momento en todos los asuntos penales, como se estipula en el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas. Esta cuestión es a la que este tribunal se ha adherido principalmente en el examen de este recurso. Sin embargo, este Tribunal también reconoce que cuando una conclusión de un tribunal inferior da lugar a un fallo de la justicia, dicho fallo debe ser rectificado. La rectificación debe hacerse a la mayor brevedad posible. El artículo 5 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas es claro al respecto

5.(1) Sujeto a la sección 3 y a otras disposiciones de este Código, ninguna conclusión, sentencia u orden dictada por un tribunal de jurisdicción competente será revocada o modificada en apelación de la denuncia, citación, orden, acusación, proclamación, orden, sentencia u otros procedimientos antes o durante el juicio o en cualquier investigación u otros procedimientos en virtud de este Código, a menos que dicho error, omisión o irregularidad haya ocasionado de hecho un fallo de la justicia.



(2) Para determinar si algún error, omisión o irregularidad ha ocasionado una denegación de justicia, el tribunal considerará la cuestión de si la objeción podría y debería haberse planteado en una fase anterior del procedimiento.

(3) La admisión o el rechazo importante de una prueba no será, por sí mismo, motivo de revocación o de modificación de cualquier decisión en cualquier caso, a menos que, en opinión del tribunal ante el que se plantea una objeción-

(a) el acusado no habría sido condenado si no se hubiera practicado dicha prueba o si no hubiera otras pruebas suficientes para justificar la condena; o

(b) habría variado la decisión si se hubieran recibido las pruebas rechazadas.

- 4.4 Al resolver los asuntos que tienen ante sí, es importante que los tribunales siempre garanticen y protejan los derechos constitucionales de las personas. Este tribunal está de acuerdo en que las libertades y los derechos previstos en la Constitución deben ser promovidos y protegidos. Por lo tanto, los principios constitucionales del derecho a un juicio justo, tal y como se recoge en el artículo 42, son cuestiones que este tribunal y los tribunales de Malawi deben tener siempre presentes en los asuntos que se les presentan. Es primordial que durante todo el proceso del juicio, los derechos del acusado sean considerados y, en la medida de lo posible, defendidos. En consecuencia, se debe reconocer que la justicia debe hacerse garantizando la imparcialidad y la equidad para las personas implicadas, así como en todos los aspectos del juicio.
- 4.5 En el caso que nos ocupa, la primera cuestión que se examinó fue la acusación formulada contra E. L. Los principios malawianos sobre la elaboración de los pliegos de cargos se establecen en el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal y Pruebas. En particular, se ha sostenido que la acusación es el punto de apoyo de un caso en todo juicio penal, por lo que debe prestarse gran atención a su redacción. Por lo tanto, una acusación establece los parámetros de cualquier caso penal que la fiscalía presente ante el tribunal, tal y como declaró Chipeta, J (como era entonces) en *Republic v Brian Chikometsa*, caso de confirmación número 790 de 2007(HC)(PR)(Unrep). Por lo tanto, una acusación bien redactada no sólo ayudará al tribunal sino también al acusado a saber cuál es exactamente el caso al que se le pide que responda.
- 4.6 Los tribunales de Malawi se han pronunciado en varias ocasiones sobre el efecto de las acusaciones defectuosas *en relación con las conclusiones* del tribunal. En la mayoría de los casos, las acusaciones defectuosas han invalidado la decisión del tribunal. Los tribunales han sostenido esto porque una acusación defectuosa significa que la persona no tuvo un juicio justo, especialmente en términos de la sección 42 de la Constitución. Por ejemplo, en el caso *Rendall-Day v Republic* [1966-68] ALR Mal. 155, en el que se defendió el principio de que los detalles del delito deben poner en conocimiento del acusado la naturaleza exacta de los cargos que se le imputan para que pueda preparar su defensa. Recientemente, el juez Chikopa (como era entonces) en el caso *Gusto Daston Ndalahoma c. la República*, Apelación Penal Número. 2 de 2008 (HC)(MZ)(Unrep) declaró que el deber del tribunal es garantizar que el acusado sea juzgado ante un tribunal imparcial e independiente y no ayudar a la fiscalía a fijar cargos defectuosos modificándolos. Observó lo siguiente

*"En lo que respecta a este último derecho, también opinamos que el*

*acusado debe recibir información suficiente sobre los cargos que se le imputan con una antelación razonable al inicio del juicio. Dichos detalles le permitirán conocer la naturaleza del caso contra él y preparar su defensa en consecuencia. En el caso Visomba, dijimos que una mera mención de la acusación real no es suficiente. El acusado debe recibir, entre otras cosas, una lista de los*

*testigos y un resumen de sus testimonios previstos. Al hablar específicamente de los detalles de un delito imputado, es esencial que den una imagen lo más exacta posible de las acusaciones contra un acusado. Esto no es sólo porque se quiera informar al acusado de las acusaciones contra él con suficiente detalle, sino porque sólo se puede condenar a un acusado a partir de la prueba de los datos que se han declarado.*

*Por lo tanto, es vital que cualquier decisión de modificar los datos sea competencia exclusiva de quien los haya presentado ante el tribunal, es decir, la fiscalía. Igualmente importante es el hecho de que dicha modificación debe ser la permitida por el artículo 151 del CPyC pero dentro del contexto del derecho a un juicio justo."*

4.7 En cuanto a la acusación formulada contra E. L., este tribunal opina que no habría superado la prueba del artículo 128 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas por el hecho de que el fiscal no haya señalado si realizó el acto acusado de forma ilícita o por negligencia o imprudencia. El pliego de cargos incluía los dos aspectos de ilegalidad y negligencia en la sección inicial. En particular, el artículo 192 del Código Penal establece claramente tres términos que tienen diferentes implicaciones en el derecho penal. Como se señala en la sección 9 del Código Penal, que define la intención: el motivo como

(1) Sin perjuicio de las disposiciones expresas de este Código relativas a los actos y omisiones negligentes, una persona no es responsable penalmente por un acto u omisión que se produzca independientemente del ejercicio de su voluntad, o por un hecho que se produzca por accidente.

(2) A menos que se declare expresamente que la intención de causar un resultado concreto es un elemento del delito constituido, en todo o en parte, por una acción u omisión, el resultado que se pretende causar con una acción u omisión es irrelevante.

(3) A menos que se declare expresamente lo contrario, el motivo por el que una persona es inducida a hacer u omitir un acto, o a formar una intención, es irrelevante en lo que respecta a la responsabilidad penal.

4.8 En lo que respecta a la toma de declaración, el procedimiento se establece en las secciones 251 y 252 del citado Código de Procedimiento Penal y de Pruebas. Además, los tribunales también han establecido que todos y cada uno de los elementos del delito deben ser leídos al acusado y, a continuación, el tribunal debe registrar una respuesta para cada cargo por separado, como se pronunció en *Magwaya v Republic*, 8 MLR 323. Además, el alegato que se haga debe garantizar que pase la prueba del equívoco. Es un hecho que el tribunal de primera instancia sólo debe obtener una declaración inequívoca. Cuando un alegato es equívoco, el tribunal está legalmente obligado a proceder al juicio si el alegato es equívoco y en *República v Benito* (1978-80) 9 MLR 211, 213, Chatsika, J (como era entonces) dijo

*"Es una ley trillada que ha sido enfatizada muchas veces en este tribunal que antes de que se presente una declaración de culpabilidad todos los ingredientes del delito deben ser presentados a la persona acusada y ella debe admitir todos y cada uno de esos ingredientes. Sólo cuando se ha hecho esto, se puede presentar una declaración de culpabilidad. Si el acusado, al responder a la acusación, modifica su admisión mediante alguna justificación, no debe presentarse una*

*declaración de culpabilidad".*

- 4.9 La ley ha establecido, además, que cuando se ha hecho una declaración de culpabilidad

El acusado también debe responder positivamente a los hechos expuestos por el Estado. De este modo se garantiza que el acusado comprenda adecuadamente la acusación a la que se declara y reconozca ante el tribunal que la declaración presentada es correcta. En el caso *Lwanja c. República* [1995] 1 MLR 212, se sostuvo que la declaración de culpabilidad de la acusada era defectuosa porque no comprendía la acusación. Los tribunales de Malawi han señalado además que este es un proceso importante en nuestro sistema penal porque muchos de los acusados en nuestros tribunales son acusados sin representación. Como tal, el tribunal inferior debe garantizar que se diga al acusado la esencia de cada aspecto del delito y que se registren las respuestas individuales y que los hechos también se reconozcan positivamente. Además, se asegura de que la admisión del delito sea sin limitaciones ni calificaciones. Notablemente Mwaungulu J's (como era entonces) enfatizó este punto en *Cliff Njovu v Republic*, Crim. Appeal No. 7 of 2010 -

*"Los hechos que el tribunal toma en apoyo de la declaración son importantes. Ayudan al tribunal a apreciar si el acusado quiere realmente declararse culpable del cargo. Esto es importante. El tribunal sólo puede aceptar una declaración inequívoca. La declaración es equívoca si los hechos que el tribunal acepta no aportan material suficiente para explicar los elementos del delito o plantear una defensa razonable de la acusación. Además, los hechos junto con lo que el acusado plantea como atenuante son significativos para la sentencia.*

*El fiscal, en los hechos probatorios, establece tanto los ingredientes y los elementos del delito como los particulares del cargo. Si los hechos desvirtúan un ingrediente o elemento del delito o muestran una complejidad fáctica diferente a la de los particulares, el tribunal debe considerar la posibilidad de cambiar el motivo.*

*Los hechos que presenta el fiscal pueden hacer insostenible una declaración de culpabilidad. Pueden diferir sustancialmente de los datos o no establecer datos críticos. El tribunal de primera instancia, en ese caso, hasta la sentencia, puede y debe modificar la declaración de culpabilidad por la de inocencia. La importancia del particular determina el curso del tribunal de primera instancia. Si la variación es de minimis puede ser injusto para la acusación y la defensa ir a un juicio completo. Todo dependerá de los hechos que tenga ante sí el tribunal de primera instancia. Por ejemplo, para un acusado que está de acuerdo en cometer un delito sobre una víctima concreta y colocar una desviación en la fecha en que se cometió el delito puede y debe subsanarse mediante una enmienda en lugar de un juicio completo. Sin embargo, cuando los hechos establecen que el acusado no pudo haber cometido el delito y de los hechos presentados por el fiscal surge una coartada, la fecha del delito es importante. La cuestión sólo puede resolverse en un juicio. El tribunal de primera instancia debe modificar la declaración de culpabilidad a una de no culpabilidad cuando la duda en los datos sólo puede resolverse mediante un juicio sobre la cuestión."*

- 4.10 Al examinar las actas del tribunal, es obvio que la declaración de culpabilidad del recurrente fue inequívoca. Ello se vio agravado por el hecho de que los principios del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas establecen que una declaración de culpabilidad sólo puede registrarse cuando existe una admisión inequívoca de culpabilidad. Por lo tanto, las palabras de Skinner C.J. en el caso *Magwaya* son válidas.

*"era necesario determinar si la exposición de los hechos, aceptada por el recurrente, había subsanado los defectos de la declaración. Un examen tanto del alegato como de la declaración a la que se refiere arroja dudas sobre su intención de admitir la acusación. En efecto, los hechos*

*No parece que el delito que se le imputa esté justificado. Sus declaraciones formaban parte de esos hechos y en ellas daba cuenta de lo que hizo con el dinero, es decir, que se lo dio a su superior, y negaba haber robado. Tales afirmaciones no habían sido contradichas en ninguna otra parte del relato de los hechos. Dado que las pruebas no han subsanado el motivo defectuoso, se anulará la condena y la sentencia. El recurrente será puesto en prisión preventiva a la espera de un nuevo juicio".*

- 4.11 Basta con decir que cualquier defecto en la toma de declaración cuando se mide con las secciones 3 y 5 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas, en la mayoría de los casos, se consideraría insuficiente. Este tribunal está de acuerdo con las opiniones de Kalaile J. (como era entonces) en el caso *Watson y otro c. La República* [1994] MLR 383 (H.C.) donde decidió que las disposiciones de las secciones 3 y 5 deben ser invocadas especialmente cuando la declaración simplemente dice "admito". Señaló que no es suficiente en derecho para ser considerado como una declaración de culpabilidad porque no hay especificidad en términos de los diversos elementos que constituyen un delito particular. Sin embargo, en este caso, como el acusado había confirmado la exactitud de los hechos narrados, el tribunal confirmó la condena.
- 4.12 Por cierto, la recurrente se declaró culpable en el tribunal inferior. El tribunal de primera instancia le hizo indicar además que entendía la acusación de que había amamantado a un bebé que no era suyo y que **era consciente (subrayado mío) de que** podía infectar al bebé con el VIH/SIDA. Cabe señalar que esta respuesta era suficiente si la acusación estaba bien formulada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estaba admitiendo una acusación que, en palabras del Estado, era ambigua, carecía de claridad y era engañosa. El artículo 192 del Código Penal tipifica claramente tres delitos: realizar actos peligrosos de forma ilegal, por negligencia o por imprudencia. Por lo tanto, no hace falta decir que la fiscalía no puede, por lo tanto, redactar una acusación por un solo delito con los tres (3) delitos al mismo tiempo cuando se han cometido en un solo acto o si no son alternativos. Además, el artículo 192 no incluye el elemento de que una persona deba haber realizado el acto a sabiendas, sino que actúe de forma ilegal, negligente o imprudente. Por lo tanto, hay que reconocer que durante el juicio no se pudo probar que tuviera conocimiento o creencia razonable, especialmente, de que el acto de amamantar probablemente le contagiaría el VIH/SIDA.
- 4.13 La recurrente, en sus alegaciones, enumeró los tres (3) elementos que deberían haberse puesto de manifiesto en la toma de declaración. Es obvio que de la lectura del expediente del tribunal de primera instancia no se desprende que estos elementos se presentaran a la recurrente para su declaración ni que los hechos, una vez leídos, fueran suficientes para demostrarlos. De su respuesta a la narración de los hechos después de su declaración, se desprende claramente que los hechos eran verdaderos y correctos, sin nada que añadir ni quitar. He



leído detenidamente los hechos leídos en la narración, así como la declaración de cautela. Coincidiendo con el Estado, la narración de los hechos no estableció ningún acto de negligencia, ilegalidad o imprudencia. Además, la declaración de cautela de la recurrente sólo indicaba que la denunciante le entregó al niño para

de seguridad y que, posteriormente, la recurrente observó que la niña se amamantaba de ella. Afirmó que trató de impedir que se alimentara de la leche de sus pechos y que fue entonces cuando la denunciante informó de ello a las autoridades en la reunión. Sin embargo, esto no era coherente con los hechos narrados en el juicio. Estas claras incoherencias sin duda calificaron el motivo, ya que en su declaración de precaución, la recurrente indicó categóricamente que no animó al niño a alimentarse de su pecho. En mi opinión, esto habría hecho que la declaración fuera inequívoca. Además, el tribunal inferior, si hubiera prestado especial atención, habría tomado nota de ello y habría tomado las medidas necesarias, como declararse inocente o hacer que la acusación reconsiderara los cargos. En consecuencia, este tribunal no puede confirmar la declaración registrada en el tribunal inferior porque, según la ley, sería una injusticia.

- 4.14 Es importante que después de señalar las cuestiones jurídicas anteriores, sea pertinente que este tribunal aborde la cuestión implícita en este caso de que la recurrente pretendía transmitir el VIH/SIDA al bebé de la demandante a través de la leche materna. Quiero discutir este asunto a pesar de que mi determinación anterior ya ha demostrado que la decisión del tribunal inferior es defectuosa. En primer lugar, hay una cuestión fundamental que me preocupa: ¿se violó el derecho a la dignidad y a la intimidad de la recurrente, garantizado por los artículos 19 y 21 de la Constitución? En la transcripción del juicio, se observa que el estado de la recurrente, así como el tratamiento, fueron introducidos como prueba en el tribunal. Este tribunal se pregunta cómo la policía obtuvo la información y cómo el tribunal la admitió como prueba. Me gustaría advertir que estos asuntos requieren que los tribunales se preocupen y sean especialmente cuidadosos. La policía debe asegurarse de que, en su afán de servir y proteger, no infringe la ley ni viola los derechos de las personas. Además, los tribunales deben estar atentos a la admisión de tales pruebas cuando éstas tengan una base muy inestable para cumplir con el Código de Procedimiento Penal y de Pruebas.
- 4.15 El VIH/SIDA sigue haciendo estragos en el mundo y Malawi no se ha librado. Malawi ha desarrollado varias políticas y directrices para tratar la prevención y el tratamiento de la enfermedad, desde una Política sobre el VIH y el SIDA hasta la Gestión Clínica del VIH en Niños y Adultos: Malawi Integrated Guidelines for Providing HIV Services in Antenatal Care, Maternity Care, Under 5 Clinics, Family Planning Clinics, HIV Exposed Child/Pre-ART Clinics and ART Clinics. Malawi también suscribe las actualizaciones de las directrices de la OMS sobre el VIH y la alimentación infantil. Varios expertos en salud han declarado que la madre que está en tratamiento antirretroviral puede amamantar a su hijo, ya que las posibilidades de transmitir el VIH/SIDA son mínimas en comparación con una madre que no está en tratamiento. Esto se debe a que la terapia antirretroviral reduce la carga viral

del VIH en el organismo y, si se gestiona de forma eficaz, reduce la transmisión del VIH. Estudios recientes en los que se incluyó a Malawi han indicado que los bebés que recibieron leche materna de una madre en tratamiento con una carga viral suprimida tienen una tasa de transmisión extremadamente baja, de cero puntos.

tres por ciento (0,3%). En particular, el experto de la recurrente, el Dr. Bland, era de la misma opinión. Casualmente, el Estado alegó que la recurrente aquí presente había estado amamantando a su propio hijo, incluso con tal condición, porque estaba en tratamiento antirretroviral y creía que podía infectar a su propio hijo con el VIH/SIDA. En consecuencia, al no tener intención de causar daño a su propio hijo a través de la lactancia materna o de otras formas, no amamantaría a otro niño y su intención debe interpretarse en el sentido de que tenía conocimiento o razones para creer que sus acciones podían contagiar el VIH/SIDA al otro niño. En opinión de este tribunal, la recurrente no tenía el conocimiento o la creencia necesarios de que amamantar al hijo de la demandante probablemente propagaría la infección al hijo de ésta.

- 4.16 En este punto, también es importante que este tribunal discuta el enfoque de los casos de infección intencional. La recurrente argumentó, a través de su experta, la Sra. Michaela Clayton, que el Programa Conjunto de las Naciones Unidas (ONUSIDA) 2013 sobre el fin de la penalización excesivamente amplia del VIH, la no revelación, la exposición y la transmisión: Consideraciones científicas, médicas y jurídicas fundamentales (Nota de orientación), en la página 2, afirma que la aplicación excesivamente amplia del derecho penal a la no revelación, la exposición y la transmisión del VIH plantea graves problemas de derechos humanos y públicos. Sin embargo, defiende que la aplicación de la ley debería limitarse a los casos de transmisión intencionada, es decir, cuando una persona es plenamente consciente de su estado serológico respecto al VIH y actúa con la intención de infectar a otra persona y, de hecho, la transmite. En particular, la tendencia actual en todo el mundo es que la mayoría de los países están avanzando hacia la penalización de los casos de infección intencionada.
- 4.17 Se ha argumentado que la transmisión intencionada de enfermedades infecciosas debe diferenciarse de los casos en los que una persona no es consciente de su estado serológico. Sin embargo, este tribunal suscribe la opinión de que el derecho penal no debería aplicarse a los casos en los que no hay un riesgo significativo de transmisión o en los que la persona no sabía que era VIH negativo, no entendía cómo se transmite el VIH, no reveló su estado seropositivo por miedo a la violencia u otras consecuencias negativas graves. Los sistemas jurídicos deben garantizar que su aplicación a estos casos sea coherente con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.
- 4.18 En cuanto a la legislación penal y/o de salud pública, se ha defendido que no se incluyan delitos específicos contra la transmisión deliberada e intencionada del VIH, sino que se apliquen delitos penales generales a estos casos excepcionales. La ley debería asegurarse de que incluye elementos como la previsibilidad, la intención, la causalidad y el consentimiento están clara y legalmente establecidos para apoyar un veredicto de culpabilidad y/o penas más severas. En el *caso R v Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, el Tribunal Supremo de Canadá dictaminó que exponer a sabiendas a una pareja sexual al VIH constituye un delito perseguible de agresión con

agravantes según la legislación canadiense. Mientras que en el Reino Unido, los tribunales han reconocido que la transmisión de persona a persona de una infección sexual que tendrá consecuencias graves, quizás mortales, para la salud de la persona infectada puede

equivale a una lesión corporal grave en virtud de la Ley de Delitos contra la Persona de 1861, como se sostuvo en *R v Dica* [2004] 2 Cr. App. R. 28. En consecuencia, estas jurisdicciones han dictaminado que la transmisión de dicha infección puede constituir el delito de infligir o causar daños corporales graves, que cuando es intencional puede conllevar una pena de cadena perpetua.

- 4.19 Mientras que el caso *R v Golding* [2014] EWCA Crim. 889 planteaba la cuestión de si el herpes genital podía calificarse de "daño corporal realmente grave" para que entrara en el ámbito de aplicación del artículo 20 de la Ley contra la persona de 1861. El recurrente no reveló su diagnóstico de herpes genital a la víctima a la que había transmitido la enfermedad. El Tribunal consideró que el Sr. Golding entendía que tenía la infección y cómo se transmitía, y que al no evitar la transmisión ni revelar su condición permitió a la denunciante tomar una decisión informada sobre si quería o no arriesgarse a adquirir el herpes. Por lo tanto, fue culpable de lesiones corporales graves por imprudencia en virtud del artículo 20.
- 4.20 Sin embargo, este tribunal, después de tomar nota de los diversos materiales proporcionados por los expertos, así como de su propia lectura de la jurisprudencia, la investigación y el material disponibles, es de la opinión de que la infección por negligencia de una enfermedad mortal a través de la lactancia materna no debe ser puesta en la misma categoría o clase de infecciones intencionales. La ley debe ser sensible a varias cuestiones, incluida la falta de conocimiento sobre cómo se transmite el VIH. Y lo que es más importante, las circunstancias del acusado también deben desempeñar un papel. Indudablemente, la ley debe seguir garantizando la aplicación del estándar de prueba tradicional y debe ser establecido por los fiscales. Fundamentalmente, en esta era de los derechos humanos, la ley debe recordar que debe defender los derechos del acusado a la privacidad, la dignidad y el debido proceso. En palabras del renombrado juez sudafricano y activista del VIH que vive con la enfermedad, Edwin Cameron, en su conferencia "Using the Law in the HIV Pandemic: Sword or Shield" en el Birkbeck College de Londres, pronunciada el 28 de junio de 2007 (<sup>th</sup>), consultada en <http://www.aidsmap.com/SouthAfricas-Justice-Edwin-Cameron-irrational-fear-and-stigma-feed-increasing-callsfor-criminal-HIV-transmission-laws/page/1427669/el-9/03/2012> afirmó que el papel de la ley en una crisis de salud pública debe ser contener la epidemia y mitigar su impacto. Añadió que la función de la ley debe ser principalmente protectora y debe tener como objetivo salvar a los no infectados de la infección y proteger a los infectados de las consecuencias injustas del pánico público.
- 4.21 Por último, este tribunal también quiso asegurarse de que abordaba la cuestión planteada por el Estado de la posibilidad de ordenar un nuevo juicio a pesar de que su presentación final era que la condena y la sentencia se anularan y se

dejaran sin efecto. Los parámetros para ordenar un nuevo juicio están previstos en el Código de Pruebas y Procedimientos Penales, a saber, los artículos 3 y 5. Además, esta facultad es discrecional y debe ejercerse a la luz de todos los factores del caso examinados y que se consideren carentes de justicia o ilegales. De acuerdo con el Estado, los tribunales no deben

ordenar un nuevo juicio cuando las pruebas no revelan un caso contra el recurrente, si hay intención de recargar, pero más aún si los intereses de la justicia lo exigen. Además, los tribunales de Malawi han declarado con vehemencia que no ordenarán un nuevo juicio si hacerlo permite a la acusación rellenar las lagunas en las pruebas, como en el caso de ***Banda (P) y otros contra la República*** SCA 10 MLR 142. Además, ello seguiría perpetuando la injusticia ya causada al recurrente.

- 4.22 La recurrente afirma que ha estado detenida durante cuatro (4) meses, lo que representa la mitad de la pena de prisión que se le impuso. Además, si se tiene en cuenta la cuestión de la remisión de un tercio de la pena por parte de las autoridades penitenciarias, se verá que la recurrente ya ha cumplido una parte sustancial de su condena. Un nuevo juicio significaría castigarla dos veces.
- 4.23 Pasando a la cuestión final de la sentencia. Este tribunal quiere recordar, a sí mismo y al tribunal inferior, que la sentencia debe seguir siempre los principios establecidos en los artículos 339 y 340 del Código Penal. El delito del que se declaró culpable al recurrente fue un delito menor que se castiga con una pena no superior a dos (2) años, según el artículo 34 del Código Penal. Es un derecho trillado que los delitos menores muestran hasta cierto punto la gravedad del delito así como su impacto. Por lo tanto, se supone que los tribunales siempre deben tener en cuenta estas molestias en los asuntos penales que se les presentan. Por lo tanto, es sorprendente que Su Señoría Boasi, que declaró

*"El delito es de naturaleza grave, está castigado con catorce años de prisión con trabajos forzados. Pero debo admitir que es uno de los raros casos que han llegado a nuestros tribunales. En cuanto a mi tribunal, este caso llega por primera vez.*

*Sea como fuere, merece una pena de prisión. Cumplirá nueve (9) meses de prisión con trabajos forzados con efecto desde la fecha de su detención".*

- 4.24 Las circunstancias de este caso exigían clemencia, especialmente cuando las pruebas revelaron que el hijo de la demandante dio negativo. Por cierto, que los hechos en sí mismos apenas mostraban una mala actuación por su parte. Además, la recurrente también tenía un hijo pequeño en período de lactancia que, de no haber estado amamantando ese día y tener los pechos expuestos, no la habría llevado a encontrarse en esta situación. El tribunal debería haber recordado que los tribunales de Malawi siempre han defendido el principio del interés superior del niño.
- 4.25 Este tribunal también estaba muy preocupado por la parcialidad del magistrado cuando ordenó la pena privativa de libertad por las palabras que utilizó



*"He tenido en cuenta las disposiciones de los artículos 339 y 340 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas en cuanto a si debo aprobar una*

*con sentencia suspendida o no. De hecho, me preocupa el bebé, pero la conducta que ha mostrado tiene mucho que desear. Es consciente de que es seropositiva. Viene a amamantar a un bebé que no es suyo. Es lo mismo que un hombre que, sabiendo que es seropositivo, decide acostarse con una colegiala. De hecho, esta conducta no puede quedar impune.... La sentencia le servirá para tener más cuidado cuando tenga bebés de otras mujeres. La sentencia servirá de lección a otros posibles delincuentes de su comunidad".*

- 4.26 La pena de prisión por un delito que era una falta y no un delito grave era sumamente excesiva. Me gustaría decir que estas declaraciones que he hecho aquí son conscientes de que la víctima en el tribunal inferior era un bebé de cinco (5) meses. Sin embargo, la función principal de este tribunal es garantizar que se administre justicia. Por lo tanto, al haber realizado numerosas visitas a prisiones, este tribunal conoce muy bien el estado de las mismas y encarcelar a una mujer con su hijo debería ser siempre el último recurso de cualquier tribunal, especialmente cuando el delito es menor. En este sentido, los tribunales de Malawi deberían tener realmente en cuenta las directrices establecidas por las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y las medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes.

## 5.0 CONCLUSIÓN

- 5.1 Este tribunal declara que el procedimiento en el tribunal inferior presentaba irregularidades procesales, incluida una flagrante parcialidad, especialmente cuando se examina cómo se dictó la sentencia. Por lo tanto, en defensa de las libertades y derechos constitucionales que se garantizan a E.L. y reconociendo los principios fundamentales del derecho penal consagrados en los artículos 3 y 5 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas, es evidente que el alegato no podía superar la prueba del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal y de Pruebas. No cabe duda de que el derecho del recurrente a un juicio justo se vio comprometido, por lo que la condena del recurrente fue errónea desde el punto de vista jurídico y, por tanto, nula.
- 5.2 Por lo tanto, ordeno que se anule la condena y la pena impuesta, lo que conlleva su inmediata puesta en libertad.
- 5.3 En cuanto a la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, este tribunal considera que el recurrente presenta un argumento jurídico convincente. Es comprensible que, en virtud del artículo 108(2) de la Constitución, este tribunal esté facultado para acceder a la petición del recurrente, pero considero que se trata de un asunto que requiere una aportación nacional y, por tanto, recomiendo que el recurrente haga una remisión adecuada en virtud del artículo 9 de la Ley del Tribunal.

**Declarado en audiencia pública este 19<sup>th</sup> día de enero  
de 2016.**



**Z.J.V. Ntaba Juez**