

UNOFFICIAL TRANSLATION

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

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

TRADUCTION NON OFFICIELLE

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

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

TRADUCCIÓN NO OFICIAL

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

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

НЕОФИЦИАЛЬНЫЙ ПЕРЕВОД

Этот документ был переведен с языка оригинала с помощью DeepL Pro (технологии перевода на основе искусственного интеллекта), чтобы обеспечить доступ пользователей Академии правосудия по ВИЧ к 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

Volumen 63

*Simposio número 2: La educación
americana: Diversidad, desegregación y
resegregación*


Artículo 10

2015

La amenaza continúa: Cómo excluir a las futuras madres del enjuiciamiento por mera exposición del VIH a sus fetos y bebés

Shahabudeen K. Khan

Derecho de la Nova Southeastern University

Siga este y otros trabajos en: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev>  Parte de los Comunes de Derecho Penal, y de los Comunes de Derecho y Política de la Salud
¿Cómo le beneficia el acceso a esta obra? Háganoslo saber.

Cita recomendada

Shahabudeen K. Khan, *The Threat Lives On: Cómo excluir a las futuras madres del enjuiciamiento por la mera exposición del VIH a sus fetos y bebés*, 63 Clev. St. L. Rev. 429 (2015)
disponible en <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol63/iss2/10>

Este artículo se ofrece en acceso libre y gratuito por las revistas de EngagedScholarship@CSU. Ha sido aceptado para su inclusión en Cleveland State Law Review por un editor autorizado de EngagedScholarship@CSU. Para más información, póngase en contacto con library.es@csuohio.edu.

LA AMENAZA SIGUE VIVA: CÓMO EXCLUIR A LAS MUJERES EMBARAZADAS DEL ENJUICIAMIENTO POR LA MERA EXPOSICIÓN DEL VIH A SUS FETOS Y BEBÉS

SHAHABUDEEN K. KHAN*

I.	INTRODUCCIÓN.....	429	
II.	AVANCES MÉDICOS EN EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCIÓN DEL VIH/SIDA		434
III.	LAS LEYES QUE PENALIZAN LA EXPOSICIÓN O LA TRANSMISIÓN DEL VIH SON ARMAS POBRES EN LA GUERRA CONTRA EL VIH INFANTIL.....	436	
	A. <i>Tipos de leyes que podrían utilizarse para castigar la exposición materno-fetal o la transmisión del VIH</i>	438	
	B. <i>Algunas leyes de transmisión penal del VIH suponen riesgos indebidos e imprudentes para las futuras madres seropositivas</i> ...	440	
	1. Son vagos/ambiguos	440	
	2. Son excesivamente amplias	448	
IV.	EL ENJUICIAMIENTO O LA AMENAZA DE ENJUICIAMIENTO DE LAS FUTURAS MADRES EN VIRTUD DE LAS LEYES ESPECÍFICAS DE EXPOSICIÓN Y TRANSMISIÓN DEL VIH PERJUDICARÍA A LA SOCIEDAD EN LUGAR DE AYUDARLA.....	450	
	A. <i>La penalización es ineficaz y probablemente perjudicial desde el punto de vista médico para el niño in utero</i>	451	
	B. <i>El enjuiciamiento en virtud de estas leyes tendría un impacto desigual en las mujeres de las minorías</i>	452	
V.	UN MODELO PARA EL CAMBIO.....	454	
VI.	CONCLUSIÓN	457	

I. INTRODUCCIÓN

"El amor de una madre por su hijo no se parece a nada en el mundo. No conoce leyes ni piedad. Se atreve con todo y aplasta sin piedad todo lo que se interpone en su camino".

-Agatha Christie.¹

* Profesora adjunta de Derecho, Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center. Doctora en Derecho, *Summa Cum Laude* Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center, 2003; licenciada, *Summa Cum Laude* Florida International University, 1999. Estoy muy agradecida a la profesora Kathy Cerminara por su orientación, tutoría, comentarios y opiniones. También agradezco a las profesoras Seema Mohapatra, Olympia Duhart y Kathryn Webber su inestimable orientación. También agradezco a mi ayudante de investigación, Monica Vaks, su ayuda editorial. Este artículo fue presentado en el Taller de Nuevos Académicos de la Asociación de Escuelas de Derecho del Sureste (SEALS) el 5 de agosto de 2014 en Amelia Island, Florida.

¹ SEARCH QUOTES, http://www.searchquotes.com/quotes/author/Agatha_Christie/ (visitado por última vez el 20 de febrero de 2014).

Gran noticia: la epidemia de VIH/SIDA² está cambiando para mejor.³ Mala noticia: no te quedes embarazada siendo seropositiva.⁴ Algunas leyes de transmisión penal del VIH han perdido el tren.⁵ Si las futuras madres infectadas por el VIH siguieran las actuales directrices sanitarias de EE.UU.,⁶ el riesgo de transmisión a sus fetos/bebés podría reducirse significativamente, en algunos casos por debajo de un asombroso uno por ciento.⁷ Los médicos e investigadores están más cerca de encontrar una cura para la transmisión perinatal del VIH.⁸ En marzo de 2014, surgieron informes de que un bebé podría haberse curado del virus.⁹ Sin embargo, en algunos estados, las leyes que penalizan la exposición y la transmisión del VIH

² Véase *Acerca del VIH/SIDA*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENCIÓN, <http://www.cdc.gov/hiv/basics/whatishiv.html#panel> (última actualización: 12 de febrero de 2014). Virus de la Inmunodeficiencia Humana, es el virus que causa el SIDA, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. Se le conoce comúnmente como "VIH/SIDA". El VIH se propaga a través de ciertos fluidos corporales que afectan a determinadas células del cuerpo, lo que acaba afectando al sistema inmunitario y podría ser mortal en la mayoría de los casos. Aunque actualmente no hay cura para el VIH/SIDA, una persona puede llevar una vida casi normal con la enfermedad si se detecta y se trata a tiempo. *Id.*

³ Véase la nota 29 *infra*.

⁴ Véase *infra* Parte III.

⁵ Véase James B. McArthur, *As the Tide Turns: The Changing HIV/AIDS Epidemic and the Criminalization of HIV Exposure*, 94 CORNELL L. REV. 707, 709 (2009).

⁶ Véase *Revised Recommendations for HIV Testing of Adults, Adolescents, and Pregnant Women in Health-Care Settings*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENCIÓN (22 de septiembre de 2006), <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/rr5514a1.htm>. Se recomienda que todas las mujeres embarazadas se sometan a pruebas de detección temprana. Sin embargo, el cribado y las pruebas deben ser voluntarios y no forzados. El cribado y las pruebas deben realizarse al principio del embarazo y en las distintas fases del mismo, durante el parto y el posparto/recién nacido. El cribado y las pruebas tempranas permitirán a los profesionales sanitarios iniciar el tratamiento y planificar en consecuencia. Los tratamientos incluyen la administración de medicamentos antirretrovirales, programar el parto por cesárea y evitar la lactancia materna. *Id.*

⁷ Véase *HIV Among Pregnant Women, Infants, and Children*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENCIÓN, <http://www.cdc.gov/hiv/risk/gender/pregnantwomen/facts/index.html> (última actualización: 10 de enero de 2014) [en adelante, *HIV Among Pregnant Women*]; véase también Michael A. Tolle, MD, MPH, *Preventing Perinatal Transmission of HIV*:

Su vigilancia puede dar sus frutos, 59 J. FAM. PRAC. 1, 1-2 (mar. 2010), disponible en [http://www.jfponline.com/index.php?id=21643&cHash=071010&tx_ttnews\[tt_news\]=16537](http://www.jfponline.com/index.php?id=21643&cHash=071010&tx_ttnews[tt_news]=16537).

⁸ En marzo de 2013, los médicos del Centro Médico de la Universidad de Mississippi informaron de que podrían haber curado del VIH a un bebé de dos años y medio. Véase Liz Szabo, *Doctors Report First Cure of HIV in a Child*, USA TODAY (4 de marzo de 2013, 8:35 AM), <http://www.usatoday.com/story/news/nation/2013/03/03/first-cure-hiv-child/1957943/>. Pero véase *'Mississippi Baby' Now Has Detectable HIV: UMMS Immunologist Among Researchers Studying the Case*, UMASS MED NOW (10 de julio de 2014), <http://www.umassmed.edu/news/news-archives/2014/07/Mississippi-Baby-now-has-detectable-HIV-researchers-find/>. Desgraciadamente, es posible que el bebé no se haya curado del virus del VIH. El 10 de julio de 2014, se informó que el Virus del VIH había reaparecido en los resultados de las pruebas médicas del bebé. Aunque los médicos y los científicos han expresado su decepción, siguen buscando una cura para el VIH infantil.

⁹ Lisa M. Larson, *Case of Second Baby Apparently Cleared of HIV Offers More Hope for Early Therapy*, UMASS MED NOW (06 de marzo de 2014), <http://www.umassmed.edu/news/news-archives/2014/03/Luzuriaga-Case-of-second-baby-apparently-cleared-of-HIV-offers-more-hope-for-early-therapy/>.

permanecen inalterados e intactos;¹⁰ en consecuencia, el riesgo de persecución de las madres seropositivas que exponen o transfieren el virus a sus fetos o recién nacidos sigue vivo.¹¹ Este artículo explica cómo esta amenaza desalentará y asustará a las mujeres para que no busquen un tratamiento médico adecuado, en lugar de fomentar el tratamiento y la prevención del VIH.¹²

La aparición del VIH/SIDA en la década de 1980 no sólo causó enfermedades, lesiones y la muerte de innumerables personas, sino que también provocó un pánico generalizado.¹³ Ese pánico dio lugar a acciones por parte de los gobiernos estatales y federales.¹⁴ Los gobiernos respondieron legislando y promulgando leyes que penalizaban la exposición y la transmisión del VIH.¹⁵ Hasta la fecha, casi dos tercios de los estados, treinta y tres para ser exactos, han promulgado leyes específicas de exposición y transmisión del VIH.¹⁶ Algunas de las leyes son amplias, otras ambiguas y vagas, y algunas penalizan la mera exposición de otras personas al virus.¹⁷ Algunas de las leyes, en su diseño de gran alcance, podrían dar lugar a la persecución penal de las madres por la transmisión y, en algunos casos, la exposición del VIH a sus fetos o recién nacidos.¹⁸ Este artículo ilustra cómo la amenaza y el estigma¹⁹ de la persecución asociada a las leyes específicas de transmisión penal del VIH podría obstaculizar y sofocar el progreso en la prevención y el tratamiento de la transmisión vertical²⁰ del virus.²¹

¹⁰ Véase McArthur, *supra* nota 5, en 709; véase también *infra* Parte III.

¹¹ Christina M. Shriver, *State Approaches to Criminalizing the Exposure of HIV: Problems in Statutory Construction, Constitutionality and Implications*, 21 N. ILL. U. L. REV. 319, 322, 347 (2001).

¹² Véase *infra* Parte III.

¹³ J. Stan Lehman, et al., *Prevalence and Public Health Implications of State Laws that Criminalize Potential HIV Exposure in the United States*, SCI. & BUS. MEDIA, (15 de marzo de 2014), <http://www.preventionjustice.org/wp-content/uploads/2014/03/HIV-Crim-Article-2014.pdf>.

¹⁴ *Id.*; 42 U.S.C. § 201 (2012); véase también Ryan White Comprehensive AIDS Resources Emergency Act of 1990, Pub. L. No. 101-381, 104 Stat. 567 (1990) (en la que el gobierno federal vinculó la ayuda financiera a los estados para la atención relacionada con el VIH si los estados tenían leyes adecuadas para perseguir la exposición y la transmisión del virus).

¹⁵ Lehman, et al., nota 13 *supra*.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ André A. Panossian, et al., *Criminalización de la transmisión perinatal del VIH*, 19 J. LEGAL MED. 223, 249 (1998).

¹⁸ Shriver, *supra* nota 11, en 349.

¹⁹ Véase Ronald O. Valdiserri, MD, MPH, *HIV/AIDS Stigma: An Impediment to Public Health*, 92 AM. J. PUB. HEALTH 341, 341-42 (marzo de 2002), disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1447072/pdf/0920341.pdf>.

²⁰ La gran mayoría de los casos pediátricos de VIH en los Estados Unidos se producen como resultado de la transmisión de madre a hijo (MTCT), también conocida como transmisión "vertical" o "perinatal". Véase *HIV Infections in Infants and Children*, NAT'L INST. OF ALLERGY & INFECTIOUS DISEASES, disponible en http://www.niaid.nih.gov/news/newsreleases/2000/Pages/drug_regimen_backgrounder.aspx (última actualización: 31 de enero de 2000).

²¹ Scott Burris, et al., *¿Influyen las leyes penales en el comportamiento de riesgo del VIH? An Empirical Trial*, 39 ARIZ. ST. L.J. 467, 481-88 (2007).

Además, existe un desafortunado y continuo impulso por parte de algunos estados para criminalizar las lesiones relacionadas con el abuso de sustancias en los niños como resultado del uso perinatal de drogas ilícitas.²² Esto pone de manifiesto la urgente necesidad de reformar las leyes de transmisión penal del VIH en relación con la transmisión vertical o perinatal del virus. Consideremos, por ejemplo, el reciente estatuto de Tennessee aprobado el 29 de abril de 2014, que establece: "[una] mujer puede ser procesada por agresión por el uso ilegal de un estupefaciente mientras está embarazada, si su hijo nace adicto o dañado por el estupefaciente".²³ Teniendo en cuenta esta dirección, este artículo ilustrará cómo una madre seropositiva o una futura madre corre el mismo riesgo de ser procesada por la exposición o transmisión del VIH a su feto o recién nacido. El artículo también abordará cómo podría remediarse este problema.²⁴

Desde principios de la década de 1990 y principios de la década de 2000, se ha hablado de la amenaza potencial de persecución de las futuras madres seropositivas.²⁵ Hasta la fecha, no se ha hecho mucho para eliminar esa amenaza. Los responsables políticos no deben esperar a que surja un caso para impulsar el cambio. Éste es demasiado delicado para esperar. La amenaza se intensifica hoy más que antes.²⁶ Algunas de las leyes están anticuadas,²⁷ ya que la mayoría se promulgaron a finales de los años 80 y principios de los 90 en respuesta a la histeria del VIH/SIDA.²⁸ El tratamiento médico y las medidas de prevención del VIH han avanzado mucho desde entonces.²⁹ Algunas de las leyes tienen más de veinte años y ya no sirven para una buena política, son contrarias a la intuición y no promueven las buenas prácticas sanitarias, especialmente en la lucha contra el VIH infantil.³⁰ Como se comenta más adelante en el artículo, ser seropositivo no es un delito y una madre o futura madre seropositiva no debería ser considerada o tratada como un delincuente.³¹ El VIH es una enfermedad.³² El

²² Véase, por ejemplo, TENN. CODE ANN. § 39-13-107 (West 2012); véase también Sen. Reginald Tate, et al., *Summary for S . B.1391/H.B. 1295*, TENNESSEE GEN. ASSEMB., <http://wapp.capitol.tn.gov/apps/billinfo/BillSummaryArchive.aspx?BillNumber=SB1391&ga=108> (última visita el 12 de abril de 2014).

²³ *Id.*

²⁴ Véase *infra* Parte V.

²⁵ Lehman, et al., nota 13 *supra*.

²⁶ Véase *In re* Keara J. et al., 376 S.W.3d 86, 95-96 (Tenn. Ct. App. 2012), *apelación denegada*, (11 de abril de 2012) analizado en la Parte III (B) del artículo.

²⁷ Sen. Chris Coons, *Outdated Laws Preserve HIV Stigma*, HUFFINGTON POST (10 de diciembre de 2013, 11:23 AM), http://www.huffingtonpost.com/chris-coons/outdated-laws-preserve-hi_b_4419360.html; véase también *infra* Parte III.

²⁸ Lehman, et al., nota 13 *supra*.

²⁹ Véase *Prevención del VIH: Progress to Date*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, <http://www.cdc.gov/nchstp/newsroom/docs/HIVFactSheets/Progress-508.pdf> (última visita el 27 de enero de 2014).

³⁰ Chris Johnson, *¿El VIH/SIDA vuelve a ser el centro de atención?*, WASH. BLADE (10 de diciembre de 2013), <http://www.washingtonblade.com/2013/12/12/is-hiv-aids-set-to-re-emerge-as-a-gay-issue/>.

³¹ Véase *El VIH no es un delito: Un debate comunitario sobre la criminalización del VIH*, CTR. PARA HIV LAW & POL'Y, <http://new.hivlawandpolicy.org/news/hiv-not-a-crime-a-community-discussion-hiv-criminalization> (visitado por última vez el 12 de marzo de 2014).

³² Véase *Acerca del VIH/SIDA*, nota 2 *supra*.

El énfasis debe estar en la prevención, la atención sanitaria adecuada y la curación, no en el miedo, el estigma, la persecución o el encarcelamiento.³³ Este artículo aboga por la eliminación de estas leyes anticuadas por razones normativas. Las leyes se aprobaron sobre la base de puntos de vista anticuados y hostiles sobre el VIH y, en última instancia, desalientan la prevención que más ayudará a los niños que las leyes pretendían proteger.³⁴

Existe un renovado interés por las cuestiones relacionadas con el VIH/SIDA, dado que se dispone de mejores tratamientos.³⁵ La División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia (DOJ) ha publicado recientemente unas directrices sobre las mejores prácticas para reformar las leyes penales específicas del VIH para adaptarlas a la ciencia moderna.³⁶ Las últimas directrices del DOJ instan a los estados a "reformar y modernizar" las leyes para que reflejen la ciencia moderna.³⁷ Hay mucho trabajo inacabado en relación con la ineficacia y el estigma asociados a las leyes penales sobre la transmisión del VIH en su conjunto.³⁸ Estas leyes "no sirven" y son contraproducentes en la lucha contra esta desafortunada enfermedad.³⁹ Se ha pedido que se deroguen estas leyes en su totalidad.⁴⁰ Esto no es necesario. Este artículo vuelve a hacer hincapié en la gravedad de este problema y sugiere que un paso fundamental es modificar las leyes para eliminar cualquier amenaza de enjuiciamiento de las madres seropositivas. La parte II del artículo aborda los avances médicos en el tratamiento y la prevención del VIH/SIDA.⁴¹ La Parte III examina ciertas leyes que penalizan la exposición y la transmisión del VIH y cómo estas leyes suponen riesgos indebidos e imprudentes para las futuras madres seropositivas. La Parte IV del artículo aborda cómo el procesamiento o la amenaza de procesamiento de las futuras madres en virtud del derecho penal específico del VIH perjudicaría a la sociedad en lugar de ayudarla.⁴² Por último, la parte V propone un modelo de cambio para abordar estos estatutos específicos de transmisión penal del VIH, en particular para eliminar cualquier amenaza de sanciones penales contra las mujeres seropositivas que están embarazadas o desean quedarse embarazadas.

³³ Roberto H. Potter y Jeffrey W. Rosky, *The Iron Fist in the Latex Glove: The Intersection of Public Health and Criminal Justice*, 38 AM. J. CRIM. JUST. 276, 281-82 (12 de junio de 2012), *disponible en* <http://new.hivlawandpolicy.org/sites/www.hivlawandpolicy.org/files/The%20Iron%20First%20in%20the%20Latex%20Glove%20-%20The%20Intersection%20of%20Public%20Health%20and%20Criminal%20Justice%20%28Roberto%20Hugh%20Potter%20and%20Jeffrey%20W.%20Rosky%29.pdf>.

³⁴ Véase *infra* Parte IV(A).

³⁵ *Best Practices Guide to Reform HIV-Specific Criminal Laws to Align with Scientifically-Supported Factors*, U.S. DEPT OF JUSTICE, CIVIL RTS. DIV. (15 de julio de 2014), *disponible en* <http://aids.gov/federal-resources/national-hiv-aids-strategy/doj-hiv-criminal-law-best-practices-guide.pdf>.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ Véase Burris, et. al., nota 21 *supra*, en 515-16.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Véase *infra* Parte II.

⁴² Véase *infra* Parte IV.

II. AVANCES MÉDICOS EN EL TRATAMIENTO Y LA PREVENCIÓN DEL VIH/SIDA

Se estima que 36 millones de personas en todo el mundo han muerto a causa del VIH/SIDA desde su descubrimiento oficial a principios de la década de 1980.⁴³ Casi el mismo número, 35,3 millones, viven con el VIH en todo el mundo desde 2012.⁴⁴ Las estimaciones recientes de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) sugieren que alrededor de 50.000 personas se infectan con el VIH cada año en los EE.UU.⁴⁵ . Esta cifra es inferior a las 130.000 anuales de mediados de la década de 1990.⁴⁶ Aunque más de 1,1 millones de personas viven con el VIH en los Estados Unidos,⁴⁷ ha habido un enorme éxito en el tratamiento y la prevención del VIH.⁴⁸ El 21 de julio de 2014, investigadores de la Universidad de Temple anunciaron que habían eliminado por primera vez el virus del VIH de células humanas cultivadas.⁴⁹ "Más estadounidenses se someten a la prueba del VIH que nunca antes", más buscan el tratamiento adecuado y siguen las medidas de prevención, y se infectan sustancialmente menos.⁵⁰ Uno de los estudios médicos más recientes realizado por investigadores de EE.UU. y Canadá concluyó: "Un adulto seropositivo de 20 años que sigue una terapia antirretroviral en el UU. o Canadá se espera que vivan hasta los 70 años, una esperanza de vida que se acerca a la de la población general".⁵¹

Según los CDC, "desde mediados de la década de 1990, las pruebas del VIH y las intervenciones preventivas han dado lugar a un descenso de más del 90% en el número de niños

⁴³ Véase *VIH/SIDA, hoja informativa N360*, WORLD HEALTH

ORG., <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/en/> (última actualización en julio de 2014).

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Véase *HIV in the United States: At a Glance*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, <http://www.cdc.gov/hiv/statistics/basics/ataglance.html> (visitado por última vez el 6 de marzo de 2014).

⁴⁶ Véase *Prevención del VIH*, nota 29 *supra*.

⁴⁷ Véase *VIH en Estados Unidos*, nota 45 *supra*.

⁴⁸ Véase *Prevención del VIH*, nota 29 *supra*. Los CDC

estima que sólo hay cuatro transmisiones al año por cada 100 personas que viven con el VIH en Estados Unidos, lo que significa que la gran mayoría (al menos el 95%) de las personas que viven con el VIH no transmiten el virus a nadie más. Esto representa un descenso del 89% en la tasa de transmisión desde mediados de la década de 1980, lo que refleja el impacto combinado de las pruebas, el asesoramiento en materia de prevención y los esfuerzos de tratamiento dirigidos a las personas infectadas por el VIH.

Id.

⁴⁹ Véase Wenhui Hu, et al., *RNA-Directed Gene Editing Specifically Eradicates Latent and Previene nuevas infecciones por VIH-1*, PROCEEDING OF THE NAT'L ACAD. OF SCIS. (19 de junio de 2014), disponible en <http://www.pnas.org/content/early/2014/07/17/1405186111.full.pdf+html?sid=3221fd6e-d3d7-44ed-9136-682d258c8c2a>.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Hasina Samji, et al., *Closing the Gap: Increases in Life Expectancy Among Treated HIV-Positive Individuals in the United States and Canada*, PLOS ONE (18 de diciembre de 2013), <http://www.plosone.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0081355>.

infectadas perinatalmente por el VIH en Estados Unidos".⁵² Un estudio que encuestó a mujeres urbanas seropositivas en Estados Unidos concluyó que el cincuenta y nueve por ciento deseaba tener un hijo.⁵³ La gran mayoría de los casos pediátricos de VIH en Estados Unidos se producen como resultado de la transmisión de madre a hijo (TMI), también conocida como transmisión *in utero*, vertical o perinatal.⁵⁴ En 2010, aproximadamente 217 niños menores de 13 años fueron diagnosticados con el VIH en los EE.UU.⁵⁵ . Un asombroso setenta y cinco por ciento de esos niños fueron infectados perinatalmente.⁵⁶ La transmisión de madre a hijo puede producirse durante la duración del embarazo, el parto o después del mismo, y mediante la lactancia materna.⁵⁷ Según los estudios médicos, si no hay intervención o tratamiento adecuado, el riesgo de transmisión del VIH de la madre al feto/bebé es del quince al treinta por ciento.⁵⁸ Estos estudios también estiman que alrededor del setenta por ciento de la transmisión puede producirse antes del parto del niño (alrededor del veinte por ciento de la transmisión antes de las 36 semanas de embarazo, alrededor del cincuenta por ciento desde las 36 semanas hasta el parto), y alrededor del treinta por ciento de la transmisión se produce durante el parto.⁵⁹ El riesgo de transmisión a través de la lactancia materna es de entre el cinco y el veinte por ciento.⁶⁰ Los informes de los CDC indican que aproximadamente el cuarenta por ciento de los bebés infectados por el VIH en EE.UU. nacen de madres que no sabían que estaban infectadas por el virus.⁶¹ Como se ha señalado anteriormente, si las futuras madres infectadas por el VIH siguieran las actuales directrices de atención sanitaria de EE.UU., el riesgo de transmisión a sus bebés podría reducirse significativamente, en algunos casos por debajo del uno por ciento.⁶²

⁵² Véase *HIV Among Pregnant Women, Infants, and Children in the United States*, CTRS. PARA DISEASE CONTROL & PREVENTION (Dic. 2012), http://www.cdc.gov/hiv/topics/perinatal/PDF/HIV_WIC_US.pdf.

⁵³ Sarah Finocchiaro-Kessler, et al., *Understanding High Fertility Desires and Intentions Among a Sample of Urban Women Living with HIV in the United States*, 14 AIDS & BEHAVIOR 1106 (Oct. 2010), disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19908135>.

⁵⁴ Véase *HIV Infections in Infants and Children*, nota 20 *supra*; véase también *Preventing Mother- To-Child Transmission of HIV Strategic Vision 2010-2015*, WORLD HEALTH ORG. (2 de febrero de 2010), disponible en http://www.who.int/hiv/pub/mtct/strategic_vision/en/. En todo el mundo, aproximadamente 430.000 niños se infectaron con el VIH sólo en 2008. Sorprendentemente, más del 90% fue resultado de la transmisión de madre a hijo (MTCT). Sin ningún tipo de tratamiento, un terrible 50% de estos niños infectados morirán antes de cumplir dos años. *Id.*

⁵⁵ Véase *HIV among Pregnant Women, Infants, and Children in the United States*, nota *supra* 52.

⁵⁶ *Id.*; véase también Michael A. Grizzi, *Compelled Antiviral Treatment of HIV Positive Pregnant Women*, 5 UCLA WOMEN'S L.J. 473, 480 (1995).

⁵⁷ Véase *HIV Among Pregnant Women*, nota 7 *supra*.

⁵⁸ Tolle, *supra* nota 7, en 2-3.

⁵⁹ *Id.* en 1.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Véase *HIV Among Pregnant Women*, nota 7 *supra*.

⁶² Véase *idem*; véase también Tolle, nota 7 *supra*, en 1-2.

En marzo de 2013, por primera vez, los médicos del Centro Médico de la Universidad de Mississippi informaron de que podrían haber curado del VIH a un bebé de dos años y medio.⁶³ El bebé contrajo el virus al nacer de su madre seropositiva que no recibió ningún tratamiento prenatal contra el VIH.⁶⁴ El tratamiento antirretroviral se inició 30 horas después del nacimiento del bebé.⁶⁵ El tratamiento antirretroviral continuó hasta que el bebé cumplió 18 meses.⁶⁶ A los 30 meses, el virus era indetectable en el bebé.⁶⁷ Desgraciadamente, a los casi cuatro años de edad, las pruebas recientes han demostrado que el bebé sigue teniendo el virus.⁶⁸ Se ha reanudado el tratamiento, el bebé lo tolera y el virus está disminuyendo.⁶⁹ En marzo de 2014, se conoció la noticia de que un segundo bebé podría estar curado del virus.⁷⁰ Este bebé también contrajo el virus de su madre seropositiva. El bebé sigue recibiendo tratamiento.⁷¹ No se ha informado de que el virus haya reaparecido en el segundo bebé. Los médicos e investigadores están siguiendo de cerca a estos dos bebés con la esperanza de entender por qué el virus volvió a aparecer en el primer bebé.⁷²

En cualquier caso, estos dos casos evidencian los importantes avances médicos en el tratamiento y la prevención del VIH infantil. Lo más importante es que, incluso a falta de una cura, el riesgo de transmisión de la madre al feto/bebé podría reducirse significativamente por debajo del 1% con un tratamiento médico adecuado.⁷³ Es crucial aprovechar este increíble progreso y no frenar o infrutilizar estos prometedores avances médicos. Las amenazas criminales a las madres embarazadas seropositivas les harán un tremendo daño a ellas y a sus bebés al disuadirlas de acceder al tratamiento médico de vanguardia disponible.⁷⁴ La siguiente sección del artículo se centra en las razones por las que el derecho penal no es el mejor medio para controlar la propagación del VIH, especialmente entre los niños.

III. LAS LEYES QUE PENALIZAN LA EXPOSICIÓN O LA TRANSMISIÓN DEL VIH SON ARMAS POBRES EN LA GUERRA CONTRA EL VIH INFANTIL

Si el derecho penal pudiera realmente controlar o prevenir la transmisión del VIH, qué poción sería. Cuando la gente piensa en el derecho penal, piensa en delitos,

⁶³ Deborah Persaud, M.D., et al., *Absence of Detectable HIV-1 Viremia After Treatment Cessation in an Infant*, NEW ENG. J. MED. 3 (4 de marzo de 2013), disponible en <http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa1302976#t=article>.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Véase Monte Morin, *Girl who was declared 'functionally cured' of HIV now has active virus*, L.A. TIMES (10 de julio de 2014, 4:36 P.M.), disponible en <http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-hiv-baby-mississippi-functional-cure-sick-20140710-story.html>.

⁶⁹ Véase "El bebé de Mississippi" tiene ahora el VIH detectable, nota supra 8.

⁷⁰ Larson, supra nota 9.

⁷¹ *Id.*

⁷² Véase "El bebé de Mississippi" tiene ahora el VIH detectable, nota supra 8.

⁷³ Véase *HIV Among Pregnant Women*, supra nota 7; véase también Tolle, supra nota 7, en 1-2.

⁷⁴ Véase infra Parte IV(A).

la inocencia, la culpabilidad, el castigo, la prisión, la justificación, la equidad y la moralidad, por nombrar algunas. Rara vez se le pasa por la cabeza a la gente la idea de padecer una enfermedad que ponga en peligro su vida. Según el profesor Henry Hart, la conducta delictiva conlleva un pronunciamiento formal y solemne de condena moral de la comunidad.⁷⁵ Cierta conducta no debe ser criminal simplemente porque una legislatura lo diga.⁷⁶ Es delictiva porque la comunidad y la sociedad la condenan moralmente.⁷⁷ En esencia, pues, las leyes penales de exposición y transmisión del VIH están condenando moralmente a los que tienen la desgracia de padecer el VIH/SIDA.

Las dos teorías dominantes del castigo en el derecho penal son la utilidad y la retribución.⁷⁸ Los principios utilitaristas de la pena fomentan la disuasión de futuros delitos, y también fomentan la rehabilitación y la reforma, y por tanto la reducción de los delitos.⁷⁹ Por otro lado, las teorías retributivas sirven para castigar por castigar.⁸⁰ Si alguien comete un delito, debe ser castigado simplemente porque lo merece;⁸¹ en otras palabras, "ojo por ojo".⁸² Podría decirse que las leyes de exposición y transmisión penal del VIH encajarían en esta última teoría del castigo, que en principio no sirve para una buena política pública y, por tanto, no tiene sentido. En esencia, la justicia retributiva sería la justificación de dichas leyes.⁸³

Tres profesores y dos investigadores con una subvención de los CDC realizaron un estudio empírico para determinar si el derecho penal influye en determinados comportamientos sexuales de los seropositivos.⁸⁴ El estudio evaluó a individuos de Nueva York e Illinois.⁸⁵ Nueva York no tiene una ley penal específica sobre la transmisión del VIH, a pesar de que utiliza su derecho penal general para perseguir las conductas delictivas relacionadas con el VIH.⁸⁶ Illinois sí tiene una ley penal específica sobre la exposición/transmisión del VIH.⁸⁷ Los resultados del estudio no mostraron que las personas

⁷⁵ JOSHUA DRESSLER, CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW 2-3 (West, 5ª ed. 2009).

⁷⁶ *Id.* Pero véase ROLLIN M. PERKINS & RONALD N. BOYCE, CRIMINAL LAW 12 (3d ed. 1982). Estos estudiosos del derecho penal definieron un delito como "cualquier daño social definido y sancionado por la ley". *Id.* Podría decirse que esta definición se ajusta a las actuales leyes de exposición y transmisión del VIH, y no tiene en cuenta el componente de condena moral de un delito. *Id.*

⁷⁷ DRESSLER, *supra* nota 75, en 2-3.

⁷⁸ *Id.* en 31-34.

⁷⁹ *Id.* en 33-34.

⁸⁰ *Id.* en 38-39.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.* en 38; Dan Markel, *Are Shaming Punishments Beautifully Retributive? Retributivism and the Implications for the Alternative Sanctions Debate*, 54 VAND. L. REV. 2157, 2158, 2176-80 (2001).

⁸³ Véase Markel, nota 82 *supra*, en 2158-67 (para un amplio debate sobre la justicia retributiva y las teorías del castigo, véase la obra del difunto profesor Dan Markel).

⁸⁴ Burris, et al., nota 21 *supra*, en 468-70.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

Las creencias sobre la conducta sexual de riesgo se ven influidas por el derecho penal que proscribe las relaciones sexuales de riesgo o que exige la revelación del VIH.⁸⁸ El estudio concluyó que "el derecho penal no es una intervención claramente útil para promover la revelación del estado serológico de las personas seropositivas a sus parejas sexuales".⁸⁹ "Dada la preocupación por los posibles efectos negativos del derecho penal, como la estigmatización o la reticencia a cooperar con las autoridades sanitarias, nuestros resultados sugieren cautela a la hora de desplegar el derecho penal como intervención para el cambio de comportamiento de los seropositivos".⁹⁰ El estudio concluyó además que el derecho penal "no tiene una función de control de la enfermedad...".⁹¹ Los autores concluyeron con la siguiente afirmación, que es muy expresiva:

La criminalización del VIH ha sido un ejercicio extraño e inútil en la larga lucha por controlar el VIH. No ha hecho ningún bien; si ha hecho aunque sea un poco de daño, el precio ha sido demasiado alto. Hasta que llegue el día en que desaparezca el estigma del VIH, la sexualidad no convencional y el consumo de drogas, lo mejor para el derecho penal es seguir la vieja máxima hipocrática de "primero, no hacer daño".⁹²

Es necesario llevar a cabo estudios empíricos, especialmente en lo que respecta a la influencia de los estatutos penales de transmisión del VIH en las madres seropositivas y en las mujeres seropositivas que planean quedarse embarazadas. El estudio de Illinois/Nueva York, sin embargo, arroja algo de luz sobre la cuestión de si el derecho penal es la mejor manera de gestionar y prevenir la propagación del VIH. No lo es. La siguiente sección del artículo examina los diferentes tipos de leyes penales que podrían utilizarse para castigar la exposición materno-fetal o la transmisión del VIH y cómo estas leyes suponen cargas y riesgos indebidos para las futuras madres seropositivas.

A. Tipos de leyes que podrían utilizarse para castigar la exposición materno-fetal o la transmisión del VIH

Desde que se descubrió el VIH/SIDA a principios de la década de 1980, casi dos tercios de los estados han promulgado leyes que penalizan la transmisión del VIH.⁹³ "Transmisión" es en realidad engañosa, ya que la mayoría de las leyes sólo exigen la exposición al virus.⁹⁴ A nivel mundial, más de 30 países han promulgado leyes que penalizan la exposición y/o la transmisión del VIH.⁹⁵ El objetivo declarado de estas leyes es ayudar a reducir el riesgo de propagación del virus.⁹⁶ Hay varias categorías de leyes penales en el

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Burris et al., nota 21 *supra*, en 468-75.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.* en 507.

⁹² *Id.* en 516.

⁹³ Lehman et al., nota 13 *supra*.

⁹⁴ Carol L. Galletly y Steven D. Pinkerton, *Toward Rational Criminal HIV Exposure Laws*, 32 J.L. MED. & ETHICS 327, 328 (2004).

⁹⁵ *La transmisión vertical del VIH debe ser*

Excluidos de la persecución penal, THE FREE LIBRARY, disponible en <http://www.thefreelibrary.com/Vertical+HIV+transmission+should+be+excluded+from+criminal...-a0224990503> (última visita el 9 de marzo de 2014).

⁹⁶ Véase Galletly & Pinkerton, *supra* nota 94, en 328.

UU. que se han utilizado para criminalizar la exposición y/o la transmisión del VIH.⁹⁷ Tres de las más populares son 1) las leyes específicas sobre el VIH que se aplican a la conducta de las personas que tienen el VIH;⁹⁸ 2) las leyes de salud pública que prohíben la propagación de las enfermedades de transmisión sexual (ETS);⁹⁹ y 3) las leyes penales tradicionales que abarcan el abuso y el abandono de niños, la agresión, el asalto y, en algunos casos, el intento de asesinato.¹⁰⁰

Aproximadamente dos tercios de los estados han promulgado leyes de transmisión penal del VIH específicas.¹⁰¹ La mayoría de las leyes de transmisión penal del VIH de los estados especifican la conducta prohibida.¹⁰² Por ejemplo, el contacto sexual, el coito, la exposición a determinados fluidos corporales, el uso compartido de material médico (agujas/jeringas) y la donación de sangre y órganos están prohibidos si la persona es seropositiva.¹⁰³ Una pequeña minoría de los estados exige una intención específica de infectar, mientras que los demás exigen algún tipo de intención general.¹⁰⁴ Aproximadamente la mitad de los estados ofrecen defensas afirmativas, en particular el consentimiento de la otra persona.¹⁰⁵ Un puñado de estados también tipifican como delito conductas de bajo riesgo, como escupir, morder y arrojar heces.¹⁰⁶ La mayoría de los estados prohíben la "exposición" al VIH; no es necesaria la transmisión real.¹⁰⁷ Casi todos los estados clasifican la exposición/transmisión como un delito grave, con penas de prisión de entre uno y diez años, y en algunos casos de hasta 30 años.¹⁰⁸ La siguiente subsección ilustra cómo algunos de los estatutos específicos de transmisión penal de los estados, debido a su diseño, suponen riesgos innecesarios para las futuras madres seropositivas o las mujeres seropositivas que quieren quedarse embarazadas.

⁹⁷ Lehman et al., nota 13 *supra*.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, ARK. CODE ANN. § 5-14-123 (1987); CAL. HEALTH & SAFETY CODE § 1621.5 (1988); FLA. STAT. ANN. § 384.24 (West 1997); GA. CODE ANN. § 16-5-60; IDAHO CODE ANN. § 39-608 (1988); 720 ILL. COMP. STAT. 5/12-5.01 (LexisNexis 2011); IND. CODE ANN. § 16-41-7-1; IOWA CODE ANN. § 709D.3 (West 2012); LA. REV. STAT. ANN. § 14:43.5 (1987); MD. CODE ANN., HEALTH-GEN. § 18-601.1. (LexisNexis 1989); MICH. COMP. LAWS ANN. § 333.5210 (West 1989); MINN. STAT. ANN. § 609.2241 (West 1995); MISS. CODE ANN. § 97-27-14 (2007); MO. REV. STAT. § 191.677 (1988); NEV. REV. STAT. ANN. § 201.205(1) (LexisNexis 1993); S.D. CODIFIED LAWS § 22-18-31 (2005); TENN. CODE ANN. § 39-13-109 (West 2012); WASH. REV. CODE ANN. § 9A.36.011(1) (LexisNexis 1987). Treinta y tres estados han promulgado hasta la fecha leyes que penalizan la exposición y transmisión del VIH. Varias de estas leyes son el objeto de este artículo. Véase Lehman et al., nota 13 *supra*, para una lista completa y un análisis exhaustivo de las treinta y tres leyes estatales.

⁹⁹ Véase Lehman et al., nota 98 *supra* y texto adjunto.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

B. Algunas leyes de transmisión penal del VIH suponen riesgos indebidos e imprudentes para las futuras madres seropositivas

La amenaza de persecución de las madres seropositivas por exposición vertical o transmisión del virus es hoy más intensa que nunca.¹⁰⁹ Esto se evidencia a través del renovado movimiento de algunos estados para criminalizar el abuso de sustancias prenatales.¹¹⁰ Como ya se ha señalado, el pasado mes de abril, tras un intento fallido en 2013, Tennessee promulgó una ley que contempla el enjuiciamiento de una madre por agresión si la madre consume una droga ilegal durante el embarazo y su hijo nace con una adicción o sufre daños como consecuencia del consumo de drogas ilegales por parte de la madre.¹¹¹ Esto no sólo es un paso atrás, sino que renueva y refuerza la necesidad de reformar urgentemente las leyes penales de exposición y transmisión del VIH en relación con la forma en que estas leyes podrían afectar a las madres embarazadas seropositivas. El artículo ilustra a continuación cómo algunas de las leyes penales de exposición y transmisión del VIH son vagas y ambiguas y, como resultado, no proporcionan una notificación adecuada a las futuras madres seropositivas. Esta sección del artículo también considera los casos recientes que podrían haberse procesado utilizando las leyes de transmisión penal específicas del VIH. La siguiente sección también analiza cómo algunas de las leyes son demasiado amplias y podrían abarcar la exposición o transmisión vertical del VIH.

1. Son vagos/ambiguos

Aunque las demandas de inconstitucionalidad de estas leyes han sido en gran medida infructuosas,¹¹² es razonable seguir concluyendo que leyes como la de Tennessee son vagas y ambiguas en el sentido de que no transmiten suficientemente qué conducta específica está prohibida. El estatuto de transmisión penal del VIH de Tennessee es un excelente ejemplo de lo vagas y ambiguas que son algunas de estas leyes.¹¹³ La ley de Tennessee, y otras similares, podría dejar a una madre seropositiva razonable adivinando

¹⁰⁹ Véase Patricia R. Congdon, *Prenatal Prosecution: Taking A Stand for the State and the Well-Being of Its Soon-to-Be Citizens*, 5 CHARLESTON L. REV. 621, 632 (2011) (en el que se sostiene que todos los estados "deberían penalizar el consumo prenatal de alcohol, drogas ilegales y tabaco").

¹¹⁰ *Id.* en 638-40.

¹¹¹ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-107 (West 2012); véase también Tate, et al., nota 22 *supra*; véase también *State v. McKnight*, 576 S.E.2d 168, 172 (2003). En 2003, el Tribunal Supremo de Carolina del Sur confirmó la condena de una madre por homicidio por maltrato infantil. La madre dio a luz a una niña que nació muerta. Los resultados de la patología mostraron la presencia de una sustancia procedente de la cocaína en la niña. *Id.*

¹¹² Véase *People v. Dempsey*, 610 N.E.2d 208, 222 (Ill. App. 5th Dist. 1993). El acusado de agresión sexual con agravantes y transmisión criminal del VIH alegó que el estatuto de transmisión criminal del VIH de Illinois era vago. El acusado alegó que los términos "fluidos corporales" y "contacto íntimo con otra persona" no estaban suficientemente definidos y, por lo tanto, eran imprecisos. El acusado alegó que no estaba claro si morder o escupir podían considerarse fluidos corporales. El tribunal sostuvo que el estatuto no era inconstitucionalmente vago cuando se aplicaba al acusado que eyaculó semen en la boca de la víctima. El tribunal sostuvo además que el acusado carecía de legitimación para afirmar que otras partes de la ley eran vagas porque esas partes no se aplicaban a la conducta del acusado. *Id.*; véase también *State v. Keene*, 629 N.W.2d 360, 366 (Iowa 2001) (la ley penal de transmisión del VIH de Iowa no es vaga en lo que respecta al acusado); *State v. Stark*, 832 P.2d 109, 115 (Wash. App. Ct. 1992) (la ley penal de transmisión del VIH del Estado de Washington no es inconstitucionalmente vaga).

¹¹³ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-109 (West 2012).

en cuanto a si está cubierta por el lenguaje del estatuto y si podría ser procesada por exposición vertical al VIH. Este es un temor desafortunado e innecesario para las madres seropositivas.

Está bien establecido que el debido proceso requiere que un acusado reciba una notificación suficiente de la conducta prohibida por una ley.¹¹⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos articuló muy claramente en su decisión de 1926 en *Connally* que:

La línea divisoria entre lo que es lícito e ilícito no puede dejarse a la conjetura. No se puede exigir al ciudadano que responda a cargos basados en estatutos penales cuyos mandatos son tan inciertos que admiten razonablemente diferentes interpretaciones. Un estatuto penal no puede descansar sobre una base incierta. El delito, y los elementos que lo constituyen, deben estar expresados con tanta claridad que la persona ordinaria pueda elegir inteligentemente, de antemano, qué curso le es lícito seguir. Los estatutos penales que prohíben la realización de ciertas cosas, y que prevén un castigo por su violación, no deben admitir un significado tan doble que el ciudadano pueda actuar sobre una concepción de sus requisitos y los tribunales sobre otra.¹¹⁵

Algunas de las leyes penales específicas sobre el VIH de los estados son vagas y no proporcionan el debido proceso y la notificación delineados en *Connally*.¹¹⁶ Consideremos la ley de exposición penal al VIH de Tennessee, que tiene veinte años de antigüedad en mayo de 2014.¹¹⁷ Establece, en las partes pertinentes:

Una persona comete el delito¹¹⁸ de exposición criminal¹¹⁹ de otra persona al virus de la inmunodeficiencia humana (VIH)... cuando, sabiendo que la persona está infectada por el VIH... la persona, a sabiendas,: (1) *mantiene un contacto íntimo con otra persona*; (2) transfiere, dona o proporciona sangre, tejidos, semen, órganos u otros fluidos o partes del cuerpo potencialmente infecciosos para transfusión, trasplante, inseminación u otra administración a otra persona de cualquier manera que presente un riesgo significativo de VIH...

¹¹⁴ *Connally v. Gen. Const. Co.*, 269 U.S. 385, 393 (1926).

¹¹⁵ *Id.*; véase también *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347, 352 (1964) (que vuelve a hacer hincapié en los requisitos constitucionales del debido proceso de notificación justa al acusado a través del propio estatuto de lo que está prohibido por el mismo).

¹¹⁶ *Ver id.*

¹¹⁷ *Ver* 1994 Tenn. Pub. Acts 952.

¹¹⁸ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-109(e)(1) (West 2012) (la exposición criminal del VIH es un delito de clase C).

¹¹⁹ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-109(d)(1) (West 2012) ("Nada de lo dispuesto en esta sección se interpretará en el sentido de que se requiera la transmisión real del VIH para que una persona haya cometido el delito de exposición criminal de otro al VIH"); véase también *State v. Bonds*, 189 S.W.3d 249, 258-60 (2005). Un acusado infectado por el VIH violó a la víctima y fue acusado de violación con agravantes y de exposición criminal del VIH a la víctima. El acusado alegó que no hay exposición porque no hay evidencia de ninguno de sus fluidos corporales en la víctima. El tribunal sostuvo que existe exposición siempre que el acusado sometiera a la víctima al riesgo de exposición; no es necesaria la transferencia de fluidos corporales. *Id.*

transmisión.....¹²⁰ Contacto íntimo con otra persona significa la exposición del cuerpo de una persona a un fluido corporal de otra persona de cualquier manera que presente un riesgo significativo de **t r a n s m i s i ó n** del VIH... ¹²¹

Tennessee define "otro" u "otra persona" en sus estatutos de homicidio para incluir "un feto viable de un ser humano " ¹²² Según la ley de Tennessee, un recién nacido

o un feto viable expuesto al VIH de la madre podría dar lugar a una acusación contra la madre. Hay cuatro niveles diferentes de estados mentales utilizados en Tennessee: 1) intencional; 2) a sabiendas; 3) imprudente; y 4) negligencia criminal.¹²³ "A sabiendas" se refiere a una persona que actúa cuando es consciente de la naturaleza de la conducta o de que las circunstancias existen. Una persona actúa a sabiendas con respecto a un resultado de la

¹²⁰ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-109(a)(2) (West 2012); cf. S.D. CODIFIED LAWS § 22-18-31 (2005). El estatuto penal de Dakota del Sur sobre la transmisión del VIH es muy similar al de Tennessee en este sentido. Establece que es un delito grave para "cualquier persona que, sabiendo que está infectada por el VIH, exponga intencionadamente a otra persona a la infección mediante (2) la transferencia, donación o suministro de sangre, tejidos, semen, órganos u otros fluidos o partes del cuerpo potencialmente infecciosos para transfusión, trasplante, inseminación u *otra administración a otra persona de cualquier manera que presente un riesgo significativo de transmisión del VIH*" (énfasis añadido). *Id.*

¹²¹ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-109(b)(2) (West 2012); cf. IOWA CODE § 709C.1 (2012). El antiguo estatuto de transmisión penal del VIH de Iowa era casi idéntico al de Tennessee (énfasis añadido).

Una persona comete un delito de transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana si, a sabiendas de que su estado respecto al virus de la inmunodeficiencia humana es positivo, realiza cualquiera de las siguientes acciones: a. Mantiene un contacto íntimo con otra persona. b. Transfiere, dona o proporciona la sangre, los tejidos, el semen, los órganos u otros fluidos corporales potencialmente infecciosos de la persona para su transfusión, trasplante, inseminación u *otra administración a otra persona*. "Contacto íntimo" significa "la exposición intencionada del cuerpo de una persona a un fluido corporal de otra persona de manera que pueda dar lugar a la transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana".

CÓDIGO DE IOWA § 709C.1(2)(b). Iowa modificó recientemente su ley de transmisión penal del VIH y, al hacerlo, excluyó específicamente a las futuras madres seropositivas del procesamiento penal. Se analiza más adelante en el artículo como un modelo para cambiar los estatutos existentes como el de Tennessee. Véase Iowa Code Ann. § 709D.3 (2012).

¹²² TENN. CODE ANN. § 39-13-107(a) (West 2012); véase también TENN. CODE ANN. § 39-13-107(c)(1) *modificada por* 2014 Tenn. Pub. Acts 820 (West 2012).

Nada de lo dispuesto en la subsección (a) se aplicará a cualquier acto u omisión *legal* de una mujer embarazada con respecto a un embrión o feto con el que esté embarazada, o a cualquier procedimiento médico o quirúrgico legal al que una mujer embarazada dé su consentimiento, realizado por un profesional de la salud que esté autorizado a realizar dicho procedimiento.

Id. (énfasis añadido). La intención legislativa indica que esta excepción es para el aborto. *Ver* Tenn. B. Summary, 2012 Reg. Sess. (H.B. 3517). La lectura del estatuto que define "otro" u "otra persona" *en pari materia* con el estatuto del VIH sugiere que la exposición vertical puede estar cubierta. El Código Penal Modelo [en adelante MPC], § 210.0 (1) define "ser humano" como "una persona que ha nacido y está viva". Incluso en virtud de la definición de "persona" del MPC, un bebé que haya nacido y esté vivo y que esté expuesto al VIH por parte de la madre podría dar lugar a una acusación contra la madre en virtud de la ley de Tennessee. *Id.*

¹²³ Estado v. Page, 81 S.W.3d 781, 786 (2002).

conducta cuando la persona es consciente de que es razonablemente seguro que la conducta causará el resultado".¹²⁴ En primer lugar, si una mujer embarazada sabe que es seropositiva, no está claro si está entrando en contacto íntimo con su feto a sabiendas. O, si una mujer que sabe que es seropositiva y decide que quiere quedarse embarazada, y lo hace, no está claro si está entrando en contacto íntimo con su feto a sabiendas y exponiendo al feto al virus. O bien, ¿qué pasa con una madre que sabe que es seropositiva y está amamantando? ¿Está entrando en contacto íntimo con su hijo a sabiendas y exponiéndolo potencialmente al virus? Ciertamente, está administrando a sabiendas leche materna a su hijo, lo que supone un riesgo importante de exposición y/o transmisión del VIH.

Ambas formas de exposición penal establecidas por la ley de Tennessee pueden abarcar la exposición de madre a hijo. El significado de "contacto íntimo" tampoco está claro. Tennessee establece que "contacto íntimo con otra persona significa la exposición del cuerpo de una persona a un fluido corporal de otra persona de cualquier manera que presente un riesgo significativo de transmisión del VIH".¹²⁵ Esa definición podría significar "contacto sexual" o "coito". También podría significar el contacto íntimo entre una madre y su feto o recién nacido. Mentees razonables podrían diferir en cuanto al significado de contacto íntimo en este caso. Por lo tanto, "contacto íntimo"¹²⁶ es ambiguo tal y como se utiliza en la ley de exposición al VIH de Tennessee. La regla general es que el significado claro de un estatuto controla "a menos que esto conduzca a un resultado irrazonable o a un resultado contrario a la intención legislativa".¹²⁷ Si una madre se queda embarazada voluntariamente sabiendo que es seropositiva, no hay duda de que la madre entra en contacto íntimo intencionado con su feto/hijo. Una madre expone y, de hecho, transfiere sus fluidos corporales a su feto

¹²⁴ Véase TENN. CODE ANN. § 39-11-302(b) (West 2012).

¹²⁵ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-109(b)(2) (West 2012); cf. S.D. CODIFIED LAWS § 22-18-31 (2005). El estatuto penal de Dakota del Sur sobre la transmisión del VIH es muy similar al de Tennessee también en este aspecto. Establece que es un delito grave para "cualquier persona que, sabiendo que está infectada por el VIH, exponga intencionadamente a otra persona a la infección mediante (1) Manteniendo relaciones sexuales u otro tipo de *contacto físico íntimo* con otra persona". *Id.* (énfasis añadido); véase también IDAHO CODE ANN. § 39-608(1) (1988).

Cualquier persona que exponga a otra de cualquier manera con la intención de infectar o, sabiendo que está o ha estado afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), complejos relacionados con el SIDA (ARC) u otras manifestaciones de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), transfiera o intente transferir cualquiera de sus fluidos corporales, tejidos corporales u órganos a otra persona es culpable de un delito grave....

Id.

¹²⁶ Véase *Intimate Definition*, MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY ONLINE, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/intimate> (visitado por última vez el 22 de septiembre de 2014). Íntimo se define como "pertenciente o característico de la naturaleza más profunda de uno", o "marcado por una asociación, un contacto o una familiaridad muy estrechos", o "marcado por una cálida amistad que se desarrolla a través de una larga asociación", o "que sugiere una calidez informal o una intimidad de carácter muy personal o privado." *Id.*

¹²⁷ Véase *State v. Bonds*, 189 S.W.3d 249, 257 (2005). Los tribunales recurren a las reglas o cánones de la construcción estatutaria. No hay nada en la historia legislativa ni en la intención de discernir el verdadero significado de contacto íntimo en el estatuto de transmisión del VIH de Tennessee. Algunos tribunales se fijan en el título de la ley; eso no ayuda en este caso. Algunos tribunales examinan la finalidad de la ley para intentar discernir el significado de cualquier parte vaga o ambigua de la ley. En este caso, la ley de Tennessee sugiere que está diseñada para castigar e intentar prevenir la propagación del VIH. *Id.*

y el recién nacido de una manera que presenta un riesgo significativo de transmisión del VIH.¹²⁸ Como se ha comentado anteriormente, está bien establecido que el VIH podría exponerse y transferirse al feto durante el embarazo, el parto y después del parto a través de la lactancia materna.¹²⁹ Además, una madre proporciona o, al menos, podría proporcionar su leche materna a su hijo, satisfaciendo la segunda conducta prohibida. Aunque Tennessee ofrece una defensa para el delito de exposición al VIH, no es aplicable a la transmisión vertical.¹³⁰ Basta con que la otra persona expuesta al virus supiera que la persona infectada estaba infectada y consintiera el contacto con ella.¹³¹

Tennessee está avanzando muy rápido y en la dirección equivocada.¹³² Dado que Tennessee ha promulgado recientemente una ley que establece que "una mujer puede ser procesada por agresión por el uso ilegal de un estupefaciente mientras está embarazada, si su hijo nace adicto o dañado por el estupefaciente".¹³³ Nada impide que un fiscal demasiado entusiasta utilice la ley de exposición penal al VIH para procesar a una futura madre.¹³⁴ Ninguna madre, ya sea seropositiva o no, debería tener que vivir con el temor de ser procesada si se queda embarazada. Es muy probable que eso afecte a su decisión de buscar la atención médica adecuada.¹³⁵ Consideremos el caso de *In re Keara J.*¹³⁶ En este caso de 2012 en Tennessee, se puso fin a la patria potestad de una madre y un padre porque

¹²⁸ La madre necesitará un excelente y astuto abogado defensor para argumentar 1) el tribunal podría invocar la "Regla de Oro" en este caso si considera que procesar a las madres por transmisión vertical no es razonable, es injusto o produce un resultado ridículo; o 2) el tribunal debería invocar la Regla de Lenidad, según la cual si un estatuto es ambiguo y da lugar a diferentes interpretaciones, la ambigüedad debe resolverse a favor del acusado; o 3) que los estatutos penales deben interpretarse estrictamente. Pero, como se ha visto en el pasado, estos cánones de interpretación de la ley no se han invocado en casos en los que probablemente deberían haberse invocado. Véase *McBoyle v. U.S.*, 283 U.S. 25, 26-27 (1931) (el Tribunal Supremo no invocó explícitamente los cánones, pero restringió el significado de Vehículo para no incluir los aviones en los principios del juego limpio. "[E]s razonable que se dé una advertencia justa al mundo en un lenguaje que el mundo común entienda, de lo que la ley pretende hacer si se pasa una determinada línea").

¹²⁹ Tolle, nota 7 *supra* en 1.

¹³⁰ TENN. CODE ANN. § 39-13-109(c)(1) (West 2012).

¹³¹ *Id.*

¹³² Ver 2011 Tenn. Pub. Acts 185 (West 2012) (modificando su estatuto de Exposición Criminal al VIH en 2011 para incluir el virus de la hepatitis B (VHB) y la hepatitis C junto con el VIH, pero sin hacer ningún esfuerzo para aclarar o excluir a las madres seropositivas de su cobertura).

¹³³ Véase TENN. CODE ANN. § 39-13-107(c)(1) (West 2012); véase también Tate, et al., nota 22 *supra*.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, George Kent, *The Tysons' Missing Testimony* 1-7 (20 de noviembre de 1999), <http://www2.hawaii.edu/~kent/tysons.pdf>. George Kent, testigo experto de la madre y el padre (Tysons), volvió a declarar en un caso de Oregón, en el que se ordenó a la madre seropositiva que iniciara el tratamiento con AZT y que no diera el pecho después de dar a luz al niño sano. Los Tyson rechazaron el tratamiento y se negaron a dejar de amamantar. Los Tyson fueron entonces procesados por "intención de dañar" al niño. El tribunal ordenó que se cumpliera el tratamiento, asumió la custodia legal del niño pero permitió a los Tyson la custodia física pero prohibió la lactancia materna. *Id.*

¹³⁵ Véase *HIV Among Pregnant Women*, nota 7 *supra*.

¹³⁶ Véase *In re Keara J. et al.*, 376 S.W.3d 86, 102 (Tenn. Ct. App. 2012), *apelación denegada*, (11 de abril de 2012).

de presuntos malos tratos y negligencias graves a su bebé.¹³⁷ Los hechos demostraban que el bebé de 17 meses no se alimentaba adecuadamente, carecía de nutrición vital y su ritmo de crecimiento estaba esencialmente atrofiado.¹³⁸ El tribunal consideró que la niña había sufrido graves abusos porque los padres descuidaron las necesidades nutricionales y físicas de la niña.¹³⁹ Esto es comprensible y una decisión razonable por parte del tribunal; sin embargo, la madre era seropositiva y la niña estuvo expuesta al virus (aunque la niña no desarrolló el VIH).¹⁴⁰ Por razones desconocidas,¹⁴¹ la madre no reveló su condición de seropositiva a sus médicos, por lo que el niño no fue tratado con la medicación antirretroviral adecuada.¹⁴² El tribunal de apelación confirmó las conclusiones del tribunal de primera instancia de que el:

La [madre] . . . expuso a sabiendas a este niño a un riesgo sustancial de gran daño corporal o de muerte por medio de su omisión voluntaria y consciente de revelar su condición de VIH positivo en el curso de su cuidado prenatal, lo que causó . . . que el niño fuera expuesto innecesariamente a la enfermedad del VIH, una enfermedad . . . [La madre puso en peligro la vida del niño].¹⁴³

Es notable observar también que el juez de apelación declaró en el dictamen que:

Simplemente me parece que ese acto es atroz, y creo que está en consonancia con las decisiones que hemos tomado aquí y en todo el estado durante años sobre el consumo de drogas durante el embarazo. [No se dice que se tiene una enfermedad muy grave para que los médicos puedan hacer algo al respecto. Y creo que eso es un grave abuso contra la madre].¹⁴⁴

Es una declaración reveladora del juez. Sin duda, pone de manifiesto la amenaza y el estigma a los que se enfrentan las madres. Este tipo de declaraciones y posturas no animan a las madres a buscar la atención adecuada. Más bien haría lo contrario y las alejaría de los cuidados críticos que necesitan.¹⁴⁵ Este caso se produjo en el contexto de un cese de la patria potestad basado en las leyes de maltrato infantil de Tennessee.¹⁴⁶ Esta madre podría haber sido procesada por la exposición del VIH a su hijo en virtud de la exposición criminal al VIH de Tennessee descrita anteriormente. Tal procesamiento o amenaza de procesamiento no sirve a una buena política. Es probable que la madre sea más reacia a informar sobre su estado de VIH por miedo a los cargos penales y, por tanto, a afectar al bienestar del niño.

¹³⁷ *Id.* en 101-102.

¹³⁸ *Id.* en 88.

¹³⁹ *Id.* en 96-97.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.* en 93. La gestora del caso de acogida declaró que "creía que los padres carecían de la capacidad mental y emocional para comprender y proporcionar cuidados médicos, nutricionales y de desarrollo básicos a los niños". *Id.* Se puede especular que las aparentes enfermedades de la madre podrían haber sido la causa de que no informara de que era seropositiva.

¹⁴² Véase *id.* en 96-97.

¹⁴³ *Id.* en 95.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ Véase *infra* Parte IV(A).

¹⁴⁶ Véase *In re Keara J. et al.*, 376 S.W.3d en 95-96.

Tomemos el siguiente caso de Florida como otro ejemplo revelador. En 2008, se informó del primer procesamiento penal de una madre por transmisión del VIH de madre a hijo.¹⁴⁷ La madre de Florida del condado de Manatee tenía dos hijos. La madre sabía que era seropositiva antes de tener a sus hijos. Su primer hijo nació en 2001 y recibió los tratamientos médicos preventivos adecuados y, afortunadamente, no contrajo el virus.¹⁴⁸ Tres años más tarde tuvo un segundo hijo que, desgraciadamente, adquirió el virus. La madre alegó que temía y no quería que el padre del niño conociera su condición de seropositiva, por lo que no informó ni buscó la atención médica necesaria para su segundo hijo.¹⁴⁹ La madre fue acusada de un delito de negligencia infantil por no buscar los servicios médicos necesarios para ayudar a prevenir la transmisión del VIH a su hijo. La madre se declaró culpable de un delito de negligencia infantil. Podría haberse enfrentado a una pena de hasta 15 años de prisión por haber transmitido el virus al niño y no haber buscado atención médica.¹⁵⁰ Afortunadamente, los fiscales aceptaron dos años de libertad condicional para que pudiera cuidar del niño.¹⁵¹

Se informó que uno de los oficiales de la Oficina del Sheriff del Condado de Manatee declaró: "Hay que informar a las madres desde el principio de que es posible que se presenten cargos penales si no se proporciona la atención adecuada".¹⁵² Esta es una desafortunada declaración de miedo y amenaza. Este caso en su conjunto fue preocupante. Nadie parecía preocuparse por los temores de la madre. Es muy razonable que esta madre y otras madres tengan miedo de ser procesadas penalmente y, por lo tanto, tengan miedo de informar de su condición de seropositivas y buscar la atención adecuada para su feto o recién nacido.¹⁵³ Este caso fue procesado utilizando las leyes de negligencia infantil de Florida.¹⁵⁴ Afortunadamente, el estatuto penal de transmisión del VIH de Florida es específico para ciertas conductas o delitos sexuales.¹⁵⁵ Sin embargo, si el estatuto penal de transmisión del VIH de Florida fuera similar al de Tennessee, un fiscal podría

¹⁴⁷ Frank Gluck, *Mother Who Gave HIV to Newborn Gets Probation*, HERALD TRIBUNE (2 de octubre de 2008), <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2008/10/us-florida-woman-guilty-of-mother-to.html>.

¹⁴⁸ Michael A. Scarcella, *Funcionarios: Woman with HIV Didn't Seek Care for Baby*, HERALD TRIBUNE (11 de enero de 2008), <http://criminalhivtransmission.blogspot.com/2008/10/us-florida-woman-guilty-of-mother-to.html>.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ Gluck, *supra* nota 147.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² Scarcella, nota 148 *supra*.

¹⁵³ *Cf. In re Welfare of Child of J.M.*, No. A13-0992, 2013 WL 5778225, en *6-7 (Minn. Ct. App. 28 de octubre de 2013). El tribunal afirmó que un niño que dio positivo en la prueba del VIH poco después del nacimiento necesitaba servicios de protección. La madre fue diagnosticada con el VIH cuando tenía 3 meses de edad. La madre recibió tratamiento antirretroviral, pero desarrolló fuertes dolores en las piernas, por lo que sus padres suspendieron el tratamiento del VIH. La madre, ahora adulta, se quedó embarazada en 2012. No reveló su condición de seropositiva a sus proveedores de servicios médicos porque no creía que los tratamientos contra el VIH fueran eficaces. La madre no acudió a las citas de seguimiento para el tratamiento de su hijo. *Id.*

¹⁵⁴ Scarcella, nota 148 *supra*.

¹⁵⁵ *Ver* FLA. STAT. ANN. § 775.0877 (West 2010); véase también FLA. STAT. ANN. § 384.24(2) (West 1997) (que prohíbe la transmisión a través de la conducta sexual).

haber presentado la misma acusación utilizando el estatuto del VIH, lo que sólo habría servido para aumentar los temores de la madre en lugar de fomentar un tratamiento adecuado.

Un caso raro en el que el poder judicial acertó es el de *N.J. Div. of Youth & Family Servs. v. L.V. & C.M.*¹⁵⁶ La División de Servicios para la Juventud y la Familia (DYFS) de Nueva Jersey presentó una denuncia contra una madre por maltrato infantil y abandono de su recién nacido.¹⁵⁷ La madre estaba infectada con el VIH y no quiso tomar la medicación recomendada durante el embarazo para reducir el riesgo de transferir el VIH al niño.¹⁵⁸ La madre descubrió que era seropositiva durante el embarazo.¹⁵⁹ Se negó a tomar la medicación recomendada porque no creía en su condición de seropositiva.¹⁶⁰ El tribunal sostuvo que la negativa de la madre a tomar la medicación recomendada durante el embarazo no constituía abuso o negligencia.¹⁶¹ La madre tenía un derecho constitucional a rechazar dicho tratamiento, incluso con riesgo para el feto.¹⁶² No había pruebas de que el niño tuviera el VIH o fuera a contraerlo, ni de que no fuera a contraerlo gracias al tratamiento *in utero*.¹⁶³ El tribunal se centró en si había algún perjuicio para el niño después del nacimiento y concluyó que no había ningún perjuicio para el niño como resultado de la negativa a tomar los medicamentos.¹⁶⁴ La madre también aceptó el tratamiento médico presente y futuro, por lo que no es probable que se produzcan lesiones en el futuro.¹⁶⁵ El estatuto de abuso y negligencia infantil en Nueva Jersey requiere que el padre haya causado un daño al niño y, si no, es probable que lo haga en el futuro.¹⁶⁶ El tribunal sostuvo que "DYFS no puede, por lo tanto, interferir con el control de una mujer competente sobre su cuerpo y su feto, sosteniendo las disposiciones de la ley sobre su cabeza como una 'espada de Damocles'".¹⁶⁷ Las decisiones que ella toma en cuanto a los medicamentos que tomará durante su embarazo (en comparación con las sustancias peligrosas controladas) se dejan exclusivamente a su discreción tras consultar con sus médicos tratantes.¹⁶⁸ El derecho a tomar esa decisión forma parte de su derecho constitucional a la intimidad, que incluye su derecho a controlar su propio cuerpo y su destino.¹⁶⁹ Esos derechos incluyen la capacidad de rechazar un tratamiento médico, incluso con riesgo de muerte o de interrupción de la vida.

¹⁵⁶ N.J. Div. of Youth & Family Servs. v. L.V. & C.M., 889 A.2d 1153, 1153 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 2005).

¹⁵⁷ *Id.* en 1154.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.* en 1155.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ N.J. Div. of Youth & Family Servs., 889 A.2d en 1155.

¹⁶² *Id.* en 1158.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.* en 1159.

¹⁶⁶ *Id.* en 1157.

¹⁶⁷ *Id.* en 1158.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id.*

su embarazo".¹⁷⁰ El resultado de este caso, muy probablemente, habría sido diferente en un tribunal de Tennessee.

2. Son excesivamente amplias

El estatuto penal de Maryland sobre la transmisión del VIH es un excelente ejemplo de una ley excesivamente amplia.¹⁷¹ No sólo es excesiva, sino que es alucinante.¹⁷² Se promulgó en 1989 y no ha cambiado desde entonces.¹⁷³ El estatuto establece: "Un individuo que tiene el virus de la inmunodeficiencia humana no puede transferir o intentar transferir a sabiendas el virus de la inmunodeficiencia humana a otro individuo".¹⁷⁴ Si se le declara culpable, la persona puede enfrentarse a una multa de hasta 2.500 dólares o a una pena de prisión de hasta tres años, o incluso a ambas.¹⁷⁵ Curiosamente, Maryland ni siquiera ofrece una defensa afirmativa para este delito.¹⁷⁶ La mayoría de los treinta y tres estados contemplan el consentimiento como defensa.¹⁷⁷ La única noticia optimista sobre el estatuto de transmisión criminal del VIH de Maryland es que el delito está clasificado como una falta, no como un delito grave como muchos otros estados.¹⁷⁸ Sin embargo, una pena de hasta tres años de prisión sigue sin justificar el lenguaje tan amplio y poco claro de la ley. Aunque la ley de Maryland exige un estado mental elevado de transferencia "a sabiendas" o de "tentativa"¹⁷⁹ de transferencia

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ MD. CÓDIGO ANUAL, SALUD-GEN. § 18-601.1. (LexisNexis 2014).

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ § 18-601.1.(a); *cf.* MONT. CODE ANN. §§ 50-18-112, 101 (2014). La legislación penal de Montana La ley sobre la transmisión del VIH es igualmente vaga y se encuentra dentro de la prohibición estatal de las enfermedades de transmisión sexual que establece: "Una persona infectada con una enfermedad de transmisión sexual no puede exponer a otra persona a la infección a sabiendas". El VIH está incluido en la definición de enfermedades de transmisión sexual. *Id.*; MISS. CODE ANN. § 97-27-14(1) (2014). La ley penal de transmisión del VIH de Misisipi es igual de vaga. Establece que "será ilegal que cualquier persona exponga a sabiendas a otra persona al virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) ...Una violación de esta subsección será un delito grave". *Id.*; WASH. REV. CODE § 9A.36.011(1) (2014). La del Estado de Washington es igualmente vaga. Establece que "Una persona es culpable de asalto en primer grado si él o ella, con la intención de infligir un gran daño corporal: (b) Administra, expone o transmite a o hace que sea tomado por otro, veneno, el virus de la inmunodeficiencia humana " *Id.*; NEV. REV. STAT. § 201.205(1) (2014). La de Nevada también es imprecisa, ya que establece

Una persona que, después de dar positivo en una prueba aprobada por el Consejo Estatal de Salud para la exposición al virus de la inmunodeficiencia humana y recibir la notificación real de ese hecho, intencionalmente, a sabiendas o voluntariamente se involucra en una conducta de una manera que tiene la intención o la probabilidad de transmitir la enfermedad a otra persona es culpable de un delito de categoría B. .

Id.

¹⁷⁵ § 18-601.1.(b).

¹⁷⁶ Sara Klemm, *Keeping Prevention in the Crosshairs: A Better HIV Exposure Law for Maryland*, 13 J. HEALTH CARE L. & POL'Y 495, 520 (2010).

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ Véase § 18-601.1.(b).

¹⁷⁹ La tentativa de delito es un delito de intención específica. Véase *Bruce v. State*, 566 A.2d 103, 104 (Md. App. Ct. 1989).

no define los medios de "transferencia".¹⁸⁰ La transferencia podría significar algo más que la simple transferencia a través del contacto sexual. Podría incluir el contacto como con una madre y su feto o recién nacido. La interpretación y la especulación no deben dejarse únicamente en manos de un fiscal dispuesto a presentar un caso de este tipo contra una mujer embarazada seropositiva que sabe que es seropositiva.

El estatuto de transmisión penal del VIH de Illinois es otro ejemplo de una ley excesivamente amplia.¹⁸¹ Illinois modificó su estatuto de transmisión penal del VIH en 2012.¹⁸² Se está moviendo en la dirección correcta, pero hay que hacer más. La enmienda de 2012 hizo dos cambios muy importantes. En primer lugar, convirtió la transmisión criminal del VIH en un delito de intención específica.¹⁸³ Antes de la enmienda era un delito de intención general.¹⁸⁴ Considere el siguiente intercambio entre dos representantes del estado de Illinois durante los debates sobre las enmiendas de 2012:

Representante Franks: Y esta es mi preocupación en la redacción. Creo que puede haber un error en la redacción y tal vez me equivoque, pero quiero que... Quiero que miren esto. Donde dice que una persona comete Transmisión Criminal del VIH cuando él o ella con la intención específica de cometer el delito, que es un delito de intención específica actualmente es un delito de intención general. Por lo tanto, esto sería aumentar la carga de la prueba a un delito de intención específica que en realidad haría más difícil de procesar. ¿No sería mejor dejarlo como un delito de intención general?¹⁸⁵

Diputado Sacia: Lo hace específico, estoy siendo aconsejado por el abogado, Representante, pero también, tal vez si... déjeme compartir esto con usted. También limpia y moderniza el lenguaje de la transmisión del VIH para reflejar lo que la ciencia nos dice que son los métodos de transmisión; es decir, escupir a alguien no es un método de transmisión. Creo que estará de acuerdo, diputado Franks, en que hace años, cuando el VIH empezó a ser un problema, esa era la creencia.¹⁸⁶

Los comentarios del representante Sacia sobre la modernización del lenguaje de las leyes de transmisión penal del VIH para ajustarse al desarrollo científico del tratamiento y la prevención del VIH dice mucho sobre lo que hay que hacer con respecto a la actualización y la reforma de las leyes penales específicas del VIH en todo el país.¹⁸⁷ Sorprendentemente, la enmienda de 2012 eliminó la transmisión penal a través del "contacto íntimo con otro".¹⁸⁸ El nuevo lenguaje criminaliza la transmisión del VIH a través de "contacto sexual

¹⁸⁰ Véase la Parte II *supra*. El VIH podría transferirse de la madre al feto/niño durante el embarazo, el parto y el posparto a través de la leche materna.

¹⁸¹ 720 ILL. COMP. STAT. ANN. 5/12-5.01. (LexisNexis 2011).

¹⁸² Ver 2012 Ill. Legis. Serv. P.A. 97-1046 (S.B. 3673) (West 2012).

¹⁸³ Transcripción de la Cámara de Representantes de Illinois, 2012 Reg. Sess. No. 143 (West 25 de mayo de 2012).

¹⁸⁴ *Id.* en 127.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ Ver 2012 Ill. Legis. Serv. P.A. 97-1046 (S.B. 3673) (West 2012).

actividad con otro sin el uso de un preservativo sabiendo que está infectado con el VIH".¹⁸⁹ Esta enmienda reduce la amenaza de enjuiciamiento de una madre seropositiva y se aleja del lenguaje ambiguo que permanece en el estatuto de Tennessee. Sin embargo, es una lástima que no se haya aclarado otro aspecto del estatuto de Illinois que podría considerarse vago. Una persona podría seguir exponiendo o transmitiendo el VIH cuando proporciona su sangre "u otros fluidos corporales potencialmente infecciosos para una transfusión . . . u otra administración a otra"¹⁹⁰ La nueva versión del estatuto dice, en parte:

Una persona comete un delito de transmisión del VIH cuando, con la intención específica de cometer el delito, transfiere, dona o proporciona su sangre, tejidos, semen, órganos u otros fluidos corporales potencialmente infecciosos para su transfusión, trasplante, inseminación u otra administración a otra persona sabiendo que está infectada por el VIH.¹⁹¹

Las madres seropositivas siguen corriendo el riesgo de ser procesadas incluso con los cambios. Los fiscales tendrán que probar la intención específica. "La creencia por parte de un actor de que ciertos resultados seguirían a su conducta es suficiente para demostrar una intención específica de que ese resultado se produzca".¹⁹² Una madre proporciona sus "fluidos corporales"¹⁹³ a su feto *en el útero* y después del nacimiento. Si una mujer es seropositiva, sabe que tiene el virus y se queda embarazada voluntariamente, está administrando fluidos corporales al feto o al recién nacido. También sabe que esa administración de fluidos corporales al feto o al recién nacido es muy probable que exponga o transmita el VIH al feto o al recién nacido. Las enmiendas de Illinois son un paso en la dirección correcta, pero todavía no son infalibles.

IV. EL ENJUICIAMIENTO O LA AMENAZA DE ENJUICIAMIENTO DE LAS FUTURAS MADRES EN VIRTUD DE LAS LEYES ESPECÍFICAS DE EXPOSICIÓN Y TRANSMISIÓN DEL VIH PERJUDICARÍA MÁS BIEN

QUE AYUDAR A LA SOCIEDAD

El enjuiciamiento o la mera amenaza de enjuiciar a las futuras madres en virtud de las leyes específicas de exposición y transmisión del VIH perjudicaría a la sociedad, en lugar de ayudarla.¹⁹⁴ Como se ha señalado anteriormente, los CDC informaron de que aproximadamente el cuarenta por ciento de los bebés infectados por el VIH en los EE.UU. nacen de madres que no sabían que estaban infectadas por el virus.¹⁹⁵ Además, si las futuras madres infectadas por el VIH siguen la actual UU., el riesgo de transmisión a sus bebés podría reducirse significativamente, en algunos casos por debajo del uno por ciento.¹⁹⁶ Es un progreso increíble;

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ 720 ILL. COMP. STAT. 5/12-5.01 (2014).

¹⁹¹ *Id.* (énfasis añadido); véase también 12-5.01(c). "Nada de lo dispuesto en esta sección se interpretará como un requisito de que se haya producido una infección por el VIH para que una persona haya cometido un delito de transmisión del VIH". *Id.*; 12-5.01(d) (el consentimiento es una defensa afirmativa); 12-5.01(e) (la transmisión delictiva es un delito de clase 2).

¹⁹² *People v. Olbrot*, 435 N.E.2d 1242, 1250 (Ill. App. Ct. 1982).

¹⁹³ Illinois no ha definido los "fluidos corporales". Sin embargo, los "fluidos corporales" pueden incluir la sangre y la leche materna, entre otros fluidos. Véase la Parte II *supra*.

¹⁹⁴ Véase la nota 205 *infra*.

¹⁹⁵ Véase Tolle, *supra* nota 7, en 2.

¹⁹⁶ *Id.* en 2-3.

Sin embargo, si una futura madre teme ser seropositiva, puede ser reacia a hacerse la prueba por miedo a ser procesada. Esa falta de pruebas dará lugar inevitablemente a la ausencia del tratamiento necesario y, a su vez, privará al niño de la posibilidad de más del noventa y ocho por ciento de no contraer el virus de la madre.¹⁹⁷ En las subsecciones siguientes se analiza más a fondo cómo la penalización es ineficaz en la prevención y el tratamiento de la transmisión vertical del VIH y, en consecuencia, perjudica al feto *en el útero* en lugar de ayudarlo. Además, el enjuiciamiento o la amenaza de enjuiciamiento en virtud de estas leyes tendría sin duda un impacto dispar en las mujeres de las minorías.

A. La criminalización es ineficaz y probablemente perjudicial para el niño in utero

Aprenda una lección de lo que ya se sabe sobre las sanciones penales contra las madres que consumen drogas ilícitas durante el embarazo.¹⁹⁸ La mayor parte de la comunidad médica de Estados Unidos está de acuerdo en que la persecución penal, la amenaza de persecución penal o la amenaza de encarcelamiento de las mujeres embarazadas no disuade del consumo de drogas ilícitas, sino que aleja a las mujeres del tratamiento médico adecuado.¹⁹⁹ Esta alienación afecta tanto a la salud de la madre como a la del niño.²⁰⁰ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció el "casi consenso" en la comunidad médica de que los programas con amenaza de procesamiento penal desaniman a "las mujeres que consumen drogas a buscar atención prenatal, perjudicando, en lugar de avanzar, la causa de la salud prenatal".²⁰¹ Según la Asociación Médica Americana, "es probable que las mujeres embarazadas eviten buscar atención médica prenatal o de otro tipo por miedo a que el conocimiento de sus médicos sobre el abuso de sustancias u otro comportamiento potencialmente dañino pueda dar lugar a una sentencia de cárcel en lugar de un tratamiento médico adecuado."²⁰² Del mismo modo, la Academia Americana de Pediatría declaró: "A la [Academia] le preocupa que [el arresto de las mujeres drogadictas que se quedan embarazadas] pueda disuadir a las madres y a sus bebés de recibir la misma atención médica y los sistemas de apoyo social que son cruciales para su tratamiento."²⁰³ Las fuerzas del orden mantienen que la persecución, o la amenaza de persecución, es un mecanismo eficaz para disuadir a las mujeres embarazadas del consumo de drogas ilícitas;²⁰⁴

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ Véase la nota 199 *infra*.

¹⁹⁹ Las sanciones penales alejarán a las mujeres embarazadas que consumen drogas ilícitas durante el embarazo de la búsqueda de un tratamiento médico adecuado. Véase *Intervenciones legales durante el embarazo*, REP. AM. MED. ASS'N. BD. TR., 264 JAMA 2663, 2667 (1990), disponible en <http://jama.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=384076>; *Bebés expuestos a las drogas*, AM. ACAD. PEDIATRICS, COM. SUBSTANCE ABUSE, 86 PEDIATRICS 639, 641 (1990), disponible en <http://pediatrics.aappublications.org/content/86/4/639.full.pdf>; *Dictamen del Comité 321 Toma de decisiones maternas, ética y derecho*, AM. C. OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, COMM. ETHICS, 106 OBSTETRICS & GYNECOLOGY 1127 (2005), pp. 1-8, disponible en <http://www.acog.org/~media/Committee%20Opinions/Committee%20on%20Ethics/co321.pdf?dmc=1>.

²⁰⁰ *Intervenciones legales durante el embarazo*, *supra* nota 199.

²⁰¹ *Ferguson v. City of Charleston*, 532 U.S. 67, 84 n.23 (2001).

²⁰² *Intervenciones legales durante el embarazo*, *supra* nota 199.

²⁰³ *Drug Exposed Infants*, *supra* nota 199, en 641.

²⁰⁴ Jeanne Flavin & Lynn M. Paltrow, *Punishing Pregnant Drug-Using Women: Defying Law, Medicine, and Common Sense*, 29 J. ADDICTIVE DISEASES 231, 234 (20 de abril de 2010), disponible

Sin embargo, "en realidad, es más probable que estas medidas disuadan a las mujeres embarazadas de buscar atención prenatal o de ser completamente comunicativas con sus proveedores de atención médica".²⁰⁵ "No hay pruebas de que tratar este asunto a través del sistema de justicia penal haga algo para ayudar a los fetos que estas mujeres llevan o a los bebés que dan a luz".²⁰⁶ Otros han argumentado también que permitir que el sistema de justicia penal se ocupe del abuso de sustancias de las mujeres embarazadas desencadenará una pendiente resbaladiza para los fiscales.²⁰⁷

De forma análoga, la amenaza o el enjuiciamiento de las madres embarazadas seropositivas podría hacer que esas madres evitaran buscar o rechazar la atención médica adecuada. Esto impediría, en esencia, que tanto la madre como el feto o el niño recibieran una atención médica adecuada. Inevitablemente, impediría que el niño recibiera los beneficios de un tratamiento adecuado. La falta de tratamiento adecuado perjudicará al niño. El niño ya no tendrá acceso a la posibilidad de contraer el virus de su madre, que es inferior al uno por ciento. Es una política despiadada, irracional y simplemente mala, que no promueve la atención sanitaria adecuada para una madre seropositiva embarazada ni para su hijo.

*B. El enjuiciamiento en virtud de estas leyes tendría un
impacto desigual en las mujeres de las
minorías*

Durante unas dos décadas, los varones homosexuales de raza blanca fueron asociados con el VIH y el SIDA.²⁰⁸ En la última década, los afroamericanos han ocupado ese lugar.²⁰⁹ Los afroamericanos, más que cualquier otro grupo racial o étnico, tienen la tasa más alta de infecciones por VIH en EE.UU.²¹⁰ Aunque los negros representan aproximadamente el catorce por ciento de la población estadounidense, casi la mitad, el cuarenta y cuatro por ciento para ser exactos, de todas las nuevas infecciones por VIH en 2010 fueron entre negros.²¹¹ Los hispanos constituyen el segundo grupo étnico de la población con más infecciones de VIH en EE.UU. en 2010.²¹² En términos de

http://advocatesforpregnantwomen.org/publications/Flavin_Paltrow2010_Journal%20of%20Addictive%20Diseases.pdf.

²⁰⁵ *Id.*; véase también Linda C. Fentiman, *Pursuing the Perfect Mother: Why America's Criminalization of Maternal Substance Abuse Is Not the Answer-A Comparative Legal Analysis*, 15 MICH. J. GENDER & L. 389, 409 (2009). "La mayoría de los médicos y las autoridades de salud pública están de acuerdo en que amenazar a las mujeres embarazadas que abusan de las drogas con el enjuiciamiento penal, en lugar de proporcionarles apoyo social y económico y una rehabilitación eficaz de las drogas, alejará a las mujeres del tratamiento, por temor a que puedan perder a sus bebés o ser encarceladas." *Id.*

²⁰⁶ Seema Mohapatra, JD, MPH, *Unshackling Addiction: A Public Health Approach to Drug Use During Pregnancy*, 26 WIS. J.L. GENDER & SOC'Y. 241, 244 (2011).

²⁰⁷ Fentiman, *supra* nota 205, en 410.

²⁰⁸ Gloria J. Browne-Marshall, *A Cautionary Tale: Black Women, Criminal Justice, and HIV*, 19 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 407, 407 (2012).

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ Véase *HIV Among Pregnant Women*, nota 7 *supra*.

²¹¹ *Id.*

²¹² *Id.*

género, las mujeres tienen una mayor tasa de infección por el VIH en EE.UU. que los hombres.²¹³ Una de cada cuatro personas infectadas por el VIH en EE.UU. es una mujer.²¹⁴ Las mujeres negras e hispanas siguen estando entre el mayor número de mujeres infectadas en el

EE.UU.²¹⁵ Un dato muy importante a tener en cuenta es que "sólo la mitad de las mujeres a las que se les diagnostica el VIH reciben atención médica, y aún menos (4 de cada 10) tienen el virus bajo control".²¹⁶

Los CDC sugirieron que hay ciertos factores que explican estas disparidades entre las poblaciones negra y latina en los EE.UU.²¹⁷ Un factor principal es que un número ya elevado de personas seropositivas viven entre estas poblaciones y comunidades, por lo que lógicamente existe una alta probabilidad de propagación de la enfermedad, especialmente a través de la conducta sexual.²¹⁸ Los CDC también citaron factores como las dificultades económicas,²¹⁹ la falta de atención sanitaria adecuada y de seguro médico y, por tanto, la falta de medidas de prueba, prevención y tratamiento.²²⁰ Otros factores incluyen el estigma asociado al VIH y al SIDA y cómo puede llevar a no buscar las pruebas, la prevención y el tratamiento adecuado.²²¹

Teniendo en cuenta estos antecedentes, es lógico concluir que las minorías en su conjunto, especialmente las mujeres de las minorías,²²² que tienen un mayor riesgo de infectarse con el VIH,

²¹³ *Id.*; véase también *HIV Among Women*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION, 6 de marzo, 2014, disponible en www.cdc.gov/hiv/pdf/risk_women.pdf (la mayoría de las mujeres se infectan por contacto heterosexual).

²¹⁴ Véase *El VIH entre las mujeres*, nota *supra* 213.

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ Véase *New HIV Infections in the United States*, CTRS. FOR DISEASE CONTROL & PREVENTION (diciembre de 2012), www.cdc.gov/nchhstp/newsroom/docs/2012/hiv-infections-2007-2010.pdf.

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ Véase también Joanne E. Brosh y Monica K. Miller, *Regulating Pregnancy Behaviors: How the Constitutional Rights of Minority Women Are Disproportionately Compromised*, 16 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 437, 447 (2008) (presenta estudios que demuestran que "las características personales, como la educación o el nivel de ingresos, tienen una influencia significativa en las decisiones que toman las mujeres de las minorías sobre el comportamiento del embarazo y podrían aumentar la probabilidad de que se vean afectadas por la regulación legal del embarazo").

²²⁰ Véase *New HIV Infections in the United States*, nota 217 *supra*.

²²¹ *Id.*; véase también Browne-Marshall, nota 208 *supra*, en 416-18 (donde se señala que, debido a que un elevado número de hombres negros son encarcelados, muchos contraen el VIH mientras están en prisión. Al salir de la cárcel y volver a sus hogares, mantienen relaciones y conductas sexuales que propagan la enfermedad sin saber que son seropositivos).

²²² Véase Mary Anne Bobinski, *Women and HIV: A Gender-Based Analysis of A Disease and Its Legal Regulation*, 3 TEX. J. WOMEN & L. 7, 18-27 (1994) (donde se analiza cómo las políticas médicas discriminan a las mujeres y a las embarazadas); véase también Brook Kelly, *The Modern HIV/aids Epidemic and Human Rights in the United States: A Lens into Lingering Gender, Race, and Health Disparities and Cutting Edge Approaches to Justice*, 41 U. BALT. L. REV. 355, 355-56 (2012).

serían los más vulnerables a la persecución en virtud de las leyes de transmisión del VIH de los estados.²²³ Desgraciadamente, la amenaza de persecución seguirá alejando a estos grupos de la educación, la detección, las pruebas, el diagnóstico, el tratamiento y la prevención adecuados en relación con el VIH.

V. UN MODELO PARA EL CAMBIO

Este artículo no sostiene que todas las leyes de exposición y transmisión penal del VIH sean debatidas o inútiles. De hecho, los estados necesitan regular ciertas conductas delictivas y actividades de alto riesgo, como la conducta sexual, en las que podría transferirse el virus. No se trata de derogar por completo las leyes de estos estados. Más bien, estas leyes deben ser modificadas para ser más precisas en su lenguaje con el fin de eliminar cualquier amenaza penal contra una futura madre seropositiva. La modificación integral de las leyes debe tener en cuenta los siguientes factores. En primer lugar, la enmienda debería excluir explícita y completamente la exposición o transmisión del virus de madre a hijo, ya sea durante el embarazo, el parto o después del nacimiento mediante la lactancia. En segundo lugar, también deberían excluirse los comportamientos de bajo riesgo.²²⁴ Por ejemplo, morder, escupir y otros comportamientos que tienen poco o ningún riesgo de exponer o transmitir el virus no deben ser penalizados.²²⁵ En tercer lugar, la mens rea requerida por los estatutos debería limitarse a un estándar más elevado, tal vez el de la intención específica, como se ha adoptado recientemente en Illinois.²²⁶ En cuarto lugar, el castigo debe ser proporcional al delito.²²⁷ Y, en quinto lugar, deberían incluirse defensas adecuadas.²²⁸ El resto de este artículo se centra en el primer punto y articula cómo excluir específicamente la exposición o transmisión del virus de madre a hijo de los estatutos de transmisión penal del VIH.

La epidemia del VIH está impulsada por los mismos factores sociales y estructurales que perpetúan las desigualdades actuales en Estados Unidos, y a medida que la epidemia pasó de ser una enfermedad mayoritariamente blanca y de hombres homosexuales a una enfermedad que impregna a la comunidad negra, la respuesta de salud pública, política y legal no ha seguido el ritmo. Como resultado, las nuevas tasas de incidencia son más altas entre las personas pobres de color en los Estados Unidos, que también tienen los peores resultados de salud, incluyendo un número desproporcionado de enfermedades relacionadas con el SIDA y una alta mortalidad.

Id.; véase también Marcie S. Rubin et al., *Examination of Inequalities in HIV/AIDS Mortality in the United States from a Fundamental Cause Perspective*, 100 AM. J. PUB. HEALTH 1053, 1053-54 (junio de 2009), disponible en www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2866621/pdf/1053.pdf. Los investigadores descubrieron una mayor disparidad en la mortalidad por VIH/SIDA cuando se consideraba el estatus socioeconómico y se comparaba a los negros con los blancos durante y después de la terapia antirretroviral altamente activa (HAART). Las tasas de mortalidad tuvieron el mayor descenso entre los blancos. *Id.*

²²³ Véase Lisa M. Keels, "Substantially Limited:" *The Reproductive Rights of Women Living with HIV/AIDS*, 39 U. BALT. L. REV. 389, 389 (2010) ("Las mujeres que viven con el VIH/SIDA son frecuentemente marginadas por razones de género, estado de salud y, a menudo, clase socioeconómica").

²²⁴ Véase Margo Kaplan, *Rethinking HIV-Exposure Crimes*, 87 IND. L.J. 1517, 1548-50 (2012).

²²⁵ *Id.* en 1552.

²²⁶ *Id.* en 1544-46; véase también la Parte III(B)(2).

²²⁷ Véase Kaplan, nota 224 *supra*, en 1551.

²²⁸ *Id.*

Los estatutos de Oklahoma y, más recientemente, de Iowa sobre la transmisión penal del VIH son buenos modelos para empezar.²²⁹ La de Oklahoma no es perfecta, pero refleja el primer punto de modificación recomendado anteriormente. El estatuto, en sus partes pertinentes, establece:

Será ilegal que cualquier persona, a sabiendas de que tiene el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) o es portadora del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y *con la intención de infectar a otra*, adopte una conducta que pueda dar lugar a la transferencia de su propia sangre, fluidos corporales que contengan sangre visible, semen o secreciones vaginales al torrente sanguíneo de otra persona, o a través de la piel u otras membranas de otra persona, *excepto durante la transmisión in utero de sangre o fluidos corporales*.²³⁰

Aunque no aborda la posible exposición o transmisión después del nacimiento, reconoce la transmisión *in utero*.²³¹ Oklahoma modificó esta ley en 1991.²³² Antes de la enmienda, el estatuto decía: "Será ilegal que cualquier persona participe en cualquier actividad con la intención de infectar o hacer que se infecte cualquier otra persona con el virus de la inmunodeficiencia humana".²³³ Aunque ningún informe en la historia legislativa del estatuto de Oklahoma lo confirma, es evidente que los legisladores reconocieron la preocupación de que estas leyes suponían una amenaza de persecución penal para las madres seropositivas, y eso no es una buena política, de ahí la enmienda.

Un modelo mejorado y más completo a seguir es el de la Ley de Transmisión de Enfermedades Contagiosas o Infecciosas (Ley de Transmisión) de Iowa, recientemente promulgada.²³⁴ Como se ha comentado anteriormente, la anterior ley de transmisión penal del VIH de Iowa era casi idéntica a la de Tennessee.²³⁵ El 30 de mayo de 2014, Iowa promulgó su Ley de Transmisión y derogó su predecesora, la sección 709C.²³⁶ La Ley de Transmisión de Iowa aborda otras enfermedades contagiosas, incluido el VIH.²³⁷ También limita la exposición a conductas que "suponen un riesgo sustancial de transmisión".²³⁸ Además, establece diferentes grados de delitos y penas en función de si el virus se transmitió realmente y del nivel de mens rea del acusado.²³⁹

²²⁹ Ver OKLA. STAT. ANN. 21, § 1192.1(A) (West 2014); IOWA CODE ANN. §§ 709D.1-3 (West 2014).

²³⁰ OKLA. STAT. ANN. tit. 21, § 1192.1(A) (West 2014) (énfasis añadido).

²³¹ *Id.*

²³² *Id.*

²³³ 1988 Okla. Sess. Laws 153. El antiguo estatuto de transmisión penal del VIH de Oklahoma es muy similar al actual estatuto de Maryland. Véase MD. CODE ANN., HEALTH-GEN. § 18-601.1. (LexisNexis 1989).

²³⁴ CÓDIGO DE IOWA ANN. § 709D.1 (West 2014).

²³⁵ Véase la nota 121 *supra*.

²³⁶ § 709D.1.

²³⁷ § 709D.2(1).

²³⁸ § 709D.2(2).

²³⁹ § 709D.3.

Lo más importante y relevante para este artículo es que Iowa reconoció la amenaza que su anterior ley suponía para las mujeres embarazadas seropositivas y la eliminó explícitamente.²⁴⁰ Iowa incluyó la siguiente disposición en su nueva Ley de Transmisión "*El acto de quedarse embarazada mientras está infectada con una enfermedad contagiosa o infecciosa, de continuar un embarazo mientras está infectada con una enfermedad contagiosa o infecciosa, o de rechazar el tratamiento de una enfermedad contagiosa o infecciosa durante el embarazo no constituirá un delito en virtud de este capítulo*".²⁴¹ Esta disposición debería animar a las futuras madres seropositivas a buscar tratamiento para ellas mismas y para sus fetos/bebés, y no obligarlas a rehuirlo puesto que ya no existe la amenaza de enjuiciamiento en Iowa. Este cambio promueve una buena política de salud pública e intenta eliminar el estigma asociado al VIH.²⁴² Los estados deberían adoptar este lenguaje, ya que eliminará la amenaza de persecución contra las futuras madres seropositivas.

Merece la pena destacar algunas partes del debate sobre el proyecto de ley²⁴³ que se convirtió en la nueva Ley de Transmisión de Iowa. El debate reafirma la necesidad de actualizar las anticuadas leyes de transmisión penal del VIH y de no estigmatizar a los afectados por el VIH. Considere las declaraciones de los senadores de Iowa Robert Hogg y Matt McCoy sobre el antiguo estatuto penal de transmisión del VIH de Iowa y la urgente necesidad de la nueva Ley de Transmisión:

Senador Hogg: Iowa tiene una ley muy anticuada y draconiana en los libros ahora mismo, la sección 709C. Lo que dice es que si alguien tiene el VIH... y participa en una conducta que tiene cualquier potencial para transmitir el VIH, esa persona puede ser acusada y condenada por un delito de clase B de hasta 25 años de prisión, independientemente de si la persona tenía la intención de transmitir la enfermedad, independientemente de si la enfermedad se transmite, independientemente de lo que la persona ha hecho para controlar la transmisión de la enfermedad, que es una ley muy anticuada y draconiana. La medicina moderna ha cambiado, nuestra comprensión del VIH ha mejorado, y nuestra ley debe actualizarse para reflejar estos cambios.²⁴⁴

Senador McCoy: Creo que hoy estamos dando un paso adelante, desde el punto de vista de la salud pública estamos enviando un mensaje de que ya no vamos a estigmatizar a un grupo particular de individuos en nuestro estado... queremos, en segundo lugar, alentar las pruebas y asumir la responsabilidad de la propia salud.²⁴⁵

El proyecto de ley 2297 de Iowa fue aprobado por unanimidad tanto en la Cámara como en el Senado.²⁴⁶ Fue un esfuerzo bipartidista que podría y debería ser replicado por otros estados. El proyecto de ley 2297 también

²⁴⁰ § 709D.3(5).

²⁴¹ *Id.* (énfasis añadido).

²⁴² Véase la nota 247 y el texto adjunto.

²⁴³ Ver SF 2297, 85ª Asamblea General, Sesión Reglamentaria (Iowa 2014).

²⁴⁴ *Deb.* SF 2297 (Iowa Senado Vídeo Archivo, Feb. 27, 2014), <http://coolice.legis.iowa.gov/Cool-ICE/default.asp?Category=senate&Service=ArchiveBill&vid=924&offset=1174&iDate=2014-02-27&hbill=SF2297>.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ Legislatura de Iowa, *historial de proyectos de ley para SF 2297* (30 de mayo de 2014), disponible en <http://coolice.legis.iowa.gov/Cool-ICE/default.asp?Category=BillInfo&Service=DspHistory&var=SF&key=0815B&GA=85> (última visita el 23 de julio de 2014).

recibió un gran apoyo de los grupos de defensa independientes.²⁴⁷ Hay apoyo político para estos cambios. La nueva Ley de Transmisión de Iowa también confirma las recientes directrices del DOJ.²⁴⁸ Los estados con leyes de transmisión penal del VIH anticuadas, de gran alcance y ambiguas deberían considerar la nueva Ley de Transmisión de Iowa como un modelo.

VI. CONCLUSIÓN

Hay mucho en juego para las madres seropositivas y las mujeres seropositivas que quieren quedarse embarazadas. El VIH no es un delito. Es una enfermedad que pone en peligro la vida. Una madre seropositiva vive con el estigma y el miedo.²⁴⁹ Eso ya es suficiente. Vivir con el VIH, el estigma, el miedo y la amenaza de un proceso penal es algo incomprensible.²⁵⁰ Los Estados tienen que actuar y hacerlo ahora, especialmente debido a los increíbles y positivos avances médicos en el tratamiento y la prevención del VIH. Los estados también necesitan actuar ahora debido a la nueva tendencia a procesar a las madres por los daños causados a los niños como resultado del abuso de sustancias perinatales.²⁵¹ Puede ser cuestión de tiempo que una madre sea procesada por la exposición del virus a su feto o a su hijo utilizando estos estatutos de transmisión criminal del VIH. Los Estados deberían modificar y reformar sus leyes de exposición y transmisión penal del VIH para eliminar el riesgo de procesar a las madres seropositivas. Estas leyes no deberían dejarse a la especulación de un fiscal y a una posible aplicación desigual. Hay que centrarse en lo que es realmente importante, es decir, avanzar y fomentar la educación, el cribado, las pruebas, el tratamiento y la prevención adecuados, tanto para la madre como para el feto/bebé. El siguiente paso en este proceso es educar a las madres, tanto a las que tienen VIH como a las que no, sobre esta amenaza de enjuiciamiento penal y recuperar sus opiniones sobre esta preocupante cuestión para que puedan implicarse en el tratamiento del problema y permitir que sus voces sean escuchadas.

²⁴⁷ Véase Dominic Trombino, *Bill Introduced to Reform Iowa's HIV Criminalization Law*, KWWL NEWS, <http://www.kwwl.com/story/24755264/2014/02/18/bill-introduced-to-reform-iowas-hiv-criminalization-law> (última actualización: 18 de febrero de 2014). Tami Haight, de la Red de Defensores Comunitarios del VIH/Hepatitis de Iowa (CHAIN), fue fundamental para la promulgación de la nueva legislación, y la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU) fueron algunos de los grupos de defensa que apoyaron los esfuerzos que resultaron en la derogación de la sección 709C y la promulgación de la nueva Ley de Transmisión de Iowa. *Id.*

²⁴⁸ Véase *Best Practices Guide to Reform HIV-Specific Criminal Laws to Align with Scientifically-Supported Factors*, nota 35 *supra*. El DOJ recomienda

[Para los estados que decidan mantener las leyes penales específicas sobre el VIH o los aumentos de las penas más allá de estas dos circunstancias limitadas, la mejor práctica sería reformarlas y modernizarlas para que reflejen con exactitud los conocimientos científicos actuales sobre el riesgo y los modos de transmisión, la calidad y la duración de la vida de las personas que viven con el VIH, tengan en cuenta las circunstancias en las que la falta de revelación está directamente relacionada con la violencia de la pareja, y se aseguren de que son el vehículo deseado para lograr el propósito de los estados al promulgarlas inicialmente o mantenerlas en forma modernizada.

Id.

²⁴⁹ Véase Shriver, nota 11 *supra*, en 247.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ Véase la parte IV(A).

