

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

REBECCA NDAIZIVEI SEMBA
frente a
EL ESTADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE ZIMBABUE
CHIWESHE JP & HUNGWE J
HARARE, 12 de noviembre de 2015

Recurso penal

V Chinhema, para el recurrente
E Mavuto, para la parte demandada

HUNGWE J: Tras escuchar a los abogados, hemos admitido el recurso de casación en el turno. El abogado del recurrente ha solicitado que proporcionemos nuestras razones por escrito para esta decisión a la luz de los hechos peculiares de este caso y su impacto más amplio en situaciones similares para las cuestiones derivadas de una acusación en virtud del artículo 79 de la Ley de Derecho Penal (Codificación y Reforma) [*Capítulo 9:23*] ("el Código de Derecho Penal"). Estas son, pues, nuestras razones para esa decisión.

La recurrente, una mujer de 26 años, fue acusada del delito de transmisión deliberada del virus de la inmunodeficiencia humana ("VIH"), tal como se define en el artículo 79 (1) (a) del Código Penal. VIH son las siglas del virus de la inmunodeficiencia humana. Si no se trata, el VIH puede provocar la enfermedad del SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida). Protestó por su

inocencia de esta abominación, pero a pesar de ello, fue condenada tras una especie de juicio prolongado.

Los hechos en los que se basó la condena son inusuales. Pueden resumirse como sigue. La recurrente compartía la misma residencia con la madre de la denunciante en Juru Growth Point, Murehwa. Antes de dar a luz a su hijo no nacido, la recurrente acudió al hospital St Paul's Musami Mission para sus revisiones prenatales. Como resultado, el 23 de marzo de 2012 se le informó de su condición de seropositiva al VIH. Los resultados de las pruebas realizadas se introdujeron en su tarjeta de registro prenatal. El 13 de enero de 2013 el recurrente se acercó a la madre de la denunciante en su domicilio para hablar de cómo iban a liquidar las facturas del agua. La denunciante tiene 10 meses y nació con tres días de diferencia con respecto a la recurrente

hija. En esencia, los dos bebés tenían la misma edad. La diferencia era que una tenía el pelo trenzado mientras que la otra no lo tenía. La discusión sobre las facturas del agua se llevó a cabo desde el comedor de la madre del denunciante. En algún momento, la madre de la denunciante salió de esta habitación para preparar el agua del baño para su hija, la denunciante, a la que dejó con el recurrente. A su regreso, la madre de la denunciante encontró a la recurrente amamantando a la denunciante y se la arrebató con disgusto. La madre de la denunciante preguntó a la recurrente por su condición de seropositiva después de que ésta denunciara el incidente de la lactancia a su marido. La recurrente dijo a la madre de la denunciante que no estaba infectada por el virus. La madre de la denunciante denunció el asunto a la policía y, durante las investigaciones policiales, la recurrente se sometió a la prueba del VIH. Como era de esperar, la prueba confirmó su condición de seropositiva al VIH. La denunciante y su madre, al someterse a la prueba en relación con este caso, resultaron negativas al VIH.

En su defensa, la recurrente explicó que su hija y la denunciante nacieron con tres días de diferencia. En esta ocasión, cuando la denunciante lloró en ausencia de su madre, la confundió con su propia hija e inmediatamente la puso sobre su pecho para amamantarla. Cuando llegó su madre le arrebató el bebé y ella, a su vez, se disculpó por su error.

Lo más importante es que la recurrente llevó a cabo su propia defensa. Consintió en la presentación de ciertas pruebas documentales en el caso del Estado. Se admitió que su estado era positivo. Sin embargo, es relevante para las cuestiones del juicio que la recurrente se sometió a la prueba del VIH en varias ocasiones desde enero de 2013 hasta septiembre de 2013 y en todas ellas dio negativo. Su madre también se sometió a la prueba y resultó ser negativa al VIH. La recurrente admitió que conocía su estado positivo. Mantuvo que no tenía intención de transmitir el virus a la denunciante. A pesar de sus protestas de inocencia, la recurrente fue condenada por **transmisión deliberada del VIH**. Fue condenada a diez años de prisión. No está satisfecha con la condena ni con la sentencia y ha recurrido a este tribunal contra ambas.

Su principal motivo de apelación fue que el tribunal *a quo* se equivocó en derecho al concluir que los hechos del asunto constituyen un delito contemplado en el artículo 79 (1) (a) de la Ley de Derecho Penal (Codificación y Reforma). Alternativamente, el recurrente alegó que la condena era insegura, ya que la totalidad de las pruebas aportadas no demostraban que el recurrente supiera o se diera cuenta de que existía un riesgo real de que la lactancia materna pudiera dar lugar a la transmisión del VIH de la madre al niño. Como tal, un elemento esencial del delito creado en el artículo 79

no estaba probado. Con carácter subsidiario, la recurrente alegó que, a la luz del hecho de que su hija tenía la misma edad que la denunciante, su explicación de un error genuino era razonablemente posible, lo que le daba derecho a la absolución.

Kirby, en su artículo "The ten commandments" (Los diez mandamientos) que aparece en el *Australian National AIDS Bulletin*, (1999), hizo las siguientes observaciones:

"Habrá llamamientos a la ley y al orden y a la guerra contra el sida. Tened cuidado con los que claman por soluciones sencillas, porque [en] la lucha contra el VIH/SIDA no las hay. En particular, no confíes en la ampliación del derecho penal"

El hecho de que las naciones hayan reaccionado a la pandemia internacional del sida aprobando leyes destinadas a penalizar la exposición y la transmisión de cualquier enfermedad de proporciones epidémicas no es algo nuevo. En la Gran Bretaña del siglo XIX, infectar a otra persona con gonorrea se castigaba con la cárcel. Era la sabiduría convencional de aquella época, destinada a hacer frente a la amenaza percibida para la salud nacional. Las Naciones Unidas tienen una agencia dedicada, ONUSIDA, a tratar la pandemia del VIH/SIDA. La ley se ha visto envuelta en un entorno científico que cambia rápidamente y que ha complicado aún más la respuesta internacional en la lucha contra la enfermedad. En el Reino Unido, o más concretamente en Inglaterra y Gales, la Fiscalía de la Corona ha elaborado unas directrices que deben seguirse en el enjuiciamiento de la exposición o transmisión deliberada o imprudente del VIH. Así, una persona seropositiva en Inglaterra y Gales sólo puede ser procesada con éxito si

- sabían que eran seropositivos en el momento de la supuesta transmisión;
- entender cómo se transmite el VIH;
- ha tenido relaciones sexuales sin protección con alguien negativo que posteriormente da positivo; y
- no revelaron su diagnóstico de VIH antes de mantener relaciones sexuales; y
- puede demostrarse que es la única fuente probable de transmisión.¹

Esta posición se basa en el creciente conjunto de pruebas de que un tratamiento antirretroviral eficaz reduce considerablemente el riesgo de transmisión sexual del VIH. Las dificultades que plantea la naturaleza de la enfermedad consisten en la suficiencia de las pruebas científicas, médicas y fácticas para la determinación de la dirección de la infección, especialmente para la

¹ ("La transmisión del VIH, la ley y el trabajo del equipo clínico, enero de 2013") en www.bhiva.org/documents/Guidelines/Transmission/Recklessness-HIV-transmission-final enero de 2013 visitado el 18 de octubre de 2015).

grupos minoritarios como los trabajadores del sexo y los homosexuales. Se han producido avances significativos en cuanto a la relevancia de la carga viral en Europa.

Antes de esta directriz, la posición en Inglaterra y Gales, al igual que en otros países del mundo, era similar a nuestra posición actual, impulsada por el miedo y el pánico.

La sección pertinente por la que se acusó al recurrente establece:

"79 Transmisión deliberada del VIH

(1) Cualquiera persona que:-

- (a) sabiendo que está infectado por el VIH; o
- (b) darse cuenta de que existe un riesgo o una posibilidad real de que esté infectado por el VIH;

hace intencionadamente algo o permite hacer algo que **sabe** que infectará, o hace algo que **sabe que implica un riesgo real o la posibilidad de infectar a otra persona con el VIH**, será culpable de transmisión deliberada del VIH, esté o no casado con esa otra persona, y podrá ser condenado a una pena de prisión de hasta veinte años.

(2) Será una defensa a una acusación bajo la subsección (1) que el acusado pruebe que la otra persona involucrada-

- (a) sabía que el acusado estaba infectado por el VIH; y
- (b) consintió el acto en cuestión, apreciando la naturaleza del VIH y la posibilidad de infectarse con él".

La regla de oro de la interpretación es que el tribunal debe dar efecto al significado simple y ordinario de las palabras utilizadas en la ley. Por lo tanto, aplicando este enfoque, para condenar, el Estado tenía que probar

- (a) conocimiento del hecho de que el acusado es seropositivo; o
- (b) la conciencia de que existe un riesgo real de que esté infectado por el VIH; y
- (c) el acto que constituye un método de transmisión **con el conocimiento o la conciencia** de que el acto implica un riesgo real o la posibilidad de infectar a otra persona con el VIH. (Énfasis mío).

El artículo parece haberse dirigido a la transmisión sexual del virus, en el sentido de que el hecho de que las partes no estén casadas entre sí no es relevante para la comisión del delito. Sin embargo, me parece que lo que parece haber primado en la mente del legislador era el conocimiento o la conciencia del hecho de que el acusado era seropositivo y, a pesar de esa conciencia, se comporta de manera que sabía o se daba cuenta de que existía un riesgo real de que esa conducta diera lugar a la transmisión del virus del VIH a esa otra persona, concretamente, a la pareja sexual. *Mens rea* para este

El delito consiste en la intención, real o legal, de transmitir el virus del VIH a través de las relaciones sexuales y no por otros medios, ya que esos otros medios pueden tratarse mediante delitos de agresión en el Código Penal. Teniendo en cuenta las directrices con perspectiva de género establecidas en la Ley Modelo sobre el VIH/SIDA de la Comunidad de Desarrollo de África Austral, nunca se pretendió criminalizar la transmisión del VIH a través de la lactancia. Si esta hubiera sido la intención del legislador, algunas excepciones obvias, en mi opinión, se habrían detallado expresamente. No se puede dejar de ver que el legislador no podía tener la intención de criminalizar a una madre que no tenía información sobre la posibilidad de amamantar como forma de transmisión de madre a hijo. Además, la Organización Mundial de la Salud ("OMS") ha dejado constancia de la promoción de la lactancia materna en general y, por tanto, en mi opinión, con la llegada de esta pandemia habría sido necesario que esta legislación detallara expresamente las circunstancias en las que la responsabilidad penal recaería sobre una madre lactante. En consecuencia, al hacer referencia al consentimiento y al matrimonio y excluir el estado civil en la ecuación, el estatuto debe interpretarse en el sentido de que restringe el delito únicamente a la transmisión sexual.

Es evidente que el Estado debía probar que la recurrente era consciente de que la lactancia materna provocaría la transmisión del VIH. Parece que la acusación asumió, al igual que el Tribunal, que la recurrente era consciente de que la lactancia materna expondría al bebé al VIH. No hay ninguna base para esta suposición en el expediente. No hay ninguna indicación sobre el nivel de educación de la recurrente en materia de salud y mucho menos sobre si estaba suficientemente instruida en esta área de la medicina. En mi opinión, era necesario que el Estado ofreciera esa prueba de sus conocimientos antes de que se llegara a tal conclusión. El tribunal *a quo* en su sentencia afirma:

"El delito de transmisión deliberada del VIH lo comete un acusado si sabe que está infectado por el VIH y hace intencionadamente algo o permite que se haga algo **que sabe que infectará al denunciante** o hace algo que se da cuenta de que existe un riesgo real (sic) de infectar al denunciante. El acto en cuestión puede ser una relación sexual sin protección, apuñalar a alguien con una aguja contaminada o dar el pecho". (Énfasis mío).

No consta en el expediente si la recurrente sabía que la lactancia materna transmite el VIH. Las pruebas presentadas en el juicio no demostraron que la recurrente supiera cómo se transmite el VIH. Por el contrario, en una declaración jurada presentada durante el caso del Estado se sugiere que las pruebas médicas, presumiblemente a través de estudios basados en la evidencia, que sólo el 15% de los bebés lactantes contraen el VIH de sus madres. Dice que el

Cuanto más tiempo se amamante al niño, mayores serán las posibilidades de que el bebé contraiga el VIH. Lo que sugiere la declaración no se acerca en absoluto a los hechos revelados por este caso, que es un único acto de amamantamiento. No hay forma de saber la cantidad de leche materna necesaria para que exista un riesgo o posibilidad real de transmisión al bebé, y mucho menos si la recurrente conocía la información sobre la transmisión del VIH a través de la lactancia. Como se ha señalado anteriormente, ahora se sabe que la carga viral, la adherencia a un régimen antirretroviral y otros factores son relevantes para las cuestiones de transmisión. En mi opinión, introducir el contacto no sexual en el artículo 79 me parece que confunde aún más una redacción ya de por sí vaga. En cualquier caso, las leyes generales sobre agresiones y lesiones me parecen apropiadas para tratar la exposición intencionada, si esa era la intención del redactor.

Hay otro aspecto que requiere un comentario. El artículo 79 no parece tipificar como delito la exposición deliberada o negligente, como ocurre con otras leyes en las que se ha tipificado como delito el VIH/SIDA. Parece que la presunción es que la frase comodín "consciente del riesgo real o de la posibilidad de" se empleó para atender a la previsibilidad, pero no aborda la cuestión de la exposición. A la luz de las recientes investigaciones y resultados científicos y médicos, es necesario revisar la sección con vistas a desarrollar directrices adecuadas para el enjuiciamiento en virtud de dicha sección. Hay varias defensas que deberían ser reconocidas por la ley y que la sección actual, en su forma, no parece captar. Por ejemplo, anteriormente los conocimientos disponibles no demostraban que, con una adherencia adecuada al régimen antirretroviral, la carga viral puede reducirse hasta niveles indetectables. En ese caso, los conocimientos científicos actuales confirman que allí el riesgo de transmisión, incluso a través de las relaciones sexuales vaginales, se reduciría tanto como para no suponer un riesgo para la salud.

La única defensa disponible en la actualidad es que el denunciante consintió el acto con pleno conocimiento del estado del acusado y de la naturaleza del VIH. Sin embargo, hay pruebas científicas que apuntan a varias defensas a la luz de los nuevos conocimientos y los recientes avances en la investigación. Está claro que el legislador estaba en guerra con la enfermedad, lo que dio lugar a una ley de difícil aplicación. Las defensas disponibles a partir de los últimos descubrimientos de la investigación deben ser reconocidas en la ley. La "declaración suiza" debe formar parte de la defensa, ya que se dispone de nuevos conocimientos y apreciaciones sobre la epidemia. Las directrices de la Fiscalía de la Corona apuntan en una dirección positiva en la guerra contra la epidemia.

A la luz de lo anterior, me parece claro que la acusación estaba mal concebida, ya que el legislador no pretendía que se criminalizara la lactancia de mujeres infectadas pero ignorantes.

En cualquier caso, no se demostró que la recurrente fuera plenamente consciente de que su conducta daría lugar a la transmisión del VIH. En consecuencia, tenía derecho a ser absuelta en el juicio.

Por estas razones, estimamos el recurso y ordenamos que se anulara su condena en el tribunal *a quo* y que se anulara su sentencia.

CHIWESHE JP está de acuerdo:.....

Muzondo & Chinhema, abogados del recurrente
Autoridad Fiscal Nacional, profesionales del derecho del demandado