

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



CASOS LÍMITE: CÓMO Y POR QUÉ PODEMOS Y DEBEMOS DESPENALIZAR LA TRANSMISIÓN DEL VIH, LA EXPOSICIÓN, Y LA NO DIVULGACIÓN

MATTHEW J. WEAIT  *

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Universidad de Portsmouth, Portsmouth, Reino Unido

RESUMEN

En todo el mundo, las personas que viven con el VIH y el SIDA (PVVS) se enfrentan a la investigación, el enjuiciamiento, la condena y el castigo si transmiten el VIH a otra persona, exponen a otros al riesgo de contraer el VIH o no revelan de antemano su estado seropositivo. Este artículo trata de explicar por qué es importante y necesario limitar la penalización del VIH; identifica algunas de las formas en las que se ha limitado, y podría limitarse, y, por último, ofrece algunas reflexiones sobre si existe un límite de principio a los argumentos de despenalización (es decir, si hay casos que, incluso si se aceptan los principios generales que sustentan la despenalización, justifican el castigo estatal). Basándose en las orientaciones políticas internacionales, en los conocimientos científicos actuales sobre la prevención y el tratamiento del VIH y en las investigaciones sobre el impacto de la criminalización de las PVVS, el artículo sostiene que la despenalización es fundamental para erradicar el VIH y que debería ser una prioridad en materia de salud pública, y que los avances biomédicos en materia de prevención y tratamiento ayudarán al proyecto de despenalización, pero son insuficientes si no se lleva a cabo una reforma de las prácticas jurídicas y de la justicia penal.

PALABRAS CLAVE: Criminalización, Derecho penal, VIH, Reforma legal, Salud pública

I. INTRODUCCIÓN

En todo el mundo, las personas que viven con el VIH y el SIDA se enfrentan a la investigación, el procesamiento, la condena y el castigo si transmiten el VIH a otra persona, exponen a otros al riesgo de contraer el VIH o no revelan con antelación que son seropositivos.

* matthew.wait@port.ac.uk

© El autor(es) 2019. Publicado por Oxford University Press; Todos los derechos reservados. Para obtener permisos, envíe un correo electrónico a: journals.permissions@oup.com

estado de la cuestión.¹ Este artículo trata de explicar por qué es importante y necesario limitar la penalización del VIH; identifica algunas de las formas en que puede limitarse y, por último, ofrece algunas reflexiones sobre si existe un límite de principio a los argumentos de despenalización (es decir, si hay casos que, incluso si se aceptan los principios generales que sustentan la despenalización, justifican el castigo estatal). Basándose en las recientes orientaciones políticas internacionales, en los conocimientos científicos actuales sobre la prevención y el tratamiento del VIH y en las investigaciones sobre el impacto de la criminalización de las PVVS, se argumenta que la despenalización es fundamental para erradicar el VIH y que debería ser una prioridad de salud pública, que los avances biomédicos en la prevención y el tratamiento ayudarán al proyecto de despenalización, pero que son insuficientes si no se lleva a cabo una reforma legal y de la práctica de la justicia penal.

II. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y ARGUMENTOS CONTRA LA PENALIZACIÓN DEL VIH

La criminalización del VIH opera en la intersección del derecho, la ciencia y el comportamiento humano. Doctrinalmente, los principios jurídicos no son especialmente complejos. Aunque las disposiciones de penalización difieren entre las jurisdicciones,² la posición básica es que el VIH suele tratarse como un daño corporal (grave). Esto significa que una persona que vive con el VIH de la que se demuestre que ha causado que otra persona se infecte (responsabilidad de transmisión), o que ha expuesto a otra persona al riesgo de infección (responsabilidad de exposición o, en algunos casos, de tentativa), es, siempre que actúe con la culpa requerida y en ausencia de una defensa reconocida, culpable de un delito. En algunas jurisdicciones, el hecho de no revelar el estado serológico respecto al VIH antes de participar en una actividad que conlleva el riesgo de transmisión a la población vicia cualquier consentimiento para esa actividad y la convierte en un delito (así, en Canadá, la no revelación del estado serológico puede convertir una relación sexual, por lo demás consentida, en una agresión sexual agravada³). En lo que respecta a las disposiciones relativas a las faltas, éstas también dependen de la jurisdicción específica, pero en la medida en que sea posible generalizar, la transmisión, la exposición y la no revelación se penalizan cuando una persona sabe que tiene un diagnóstico positivo de VIH y actúa intencionada o imprudentemente con respecto a estos comportamientos.⁴ Una acusación de tentativa de contagio requerirá, por lo general, la prueba de que hubo un deseo deliberado e intencionado de contagiar (y se distingue de la responsabilidad por exposición, en la que suele bastar la imprudencia). En algunas jurisdicciones, como

1 The Global Network of People Living with HIV, *The Global Criminalisation Scan Report, Documenting Trends Presenting Evidence* (GNPp 2010) < <https://www.gnpplus.net/2010-global-criminalisation-scan-report/>> consultado el 30 de julio de 2018; M Weait, 'The Criminalisation of HIV Exposure and Transmission: A Global Review' (7-9 de julio de 2011) Documento de trabajo preparado para la Tercera Reunión del Grupo Asesor Técnico, Comisión Global sobre el VIH y la Ley < <https://hivlawcommission.org/wp-content/uploads/2017/06/Criminalisation-of-HIV-Exposure-and-Transmission.pdf>> consultado el 20 de septiembre de 2019; Comisión Global sobre el VIH y la Ley, *Risks, Rights & Health (2012)-Supplement* (PNUD 2018) < <https://hivlawcommission.org>> consultado el 30 de julio de 2018.

2 Algunas jurisdicciones tienen disposiciones de penalización específicas para el VIH, mientras que otras (incluido el Reino Unido) utilizan sus leyes penales generales relativas a los delitos contra la persona. Véase *Risks, Rights, & Health* (n 1).

D
es
ca
rg
ad
o
de
htt
ps
://
ac
ad
e
mi
c.
ou
P.
co
m/
m
ed
la
w/
art
icl
e/
27
/4/
57
6/
56
01
12
8
po
r
un
us
ua
rio
de
la
U
ni
ve
rsi
da
d
de
H
ert
for
ds
hir
e
el
30
de
se
pti
e
m

- 3 ~~Así como~~ caso cuando existe una "posibilidad realista de transmisión": *R v Mabior* (2012) SCC 47. Véase I Grant, "The Over-criminalisation of Persons with HIV" (2013) 63(3) *University of Toronto Law Journal* 475.
- 4 La intención y la imprudencia son términos del arte jurídico. La intención puede establecerse probando el deseo de provocar la consecuencia prohibida o, en algunos casos, inferirse cuando la consecuencia era prácticamente segura y el acusado era consciente de que era prácticamente segura. Para que una persona sea declarada imprudente, esto significará típicamente establecer que, en el momento relevante, era consciente de correr un riesgo injustificable. Véase M. Weait, *Intimacy and Responsibility: The Criminalisation of HIV Transmission* (Routledge 2007).

En Inglaterra y Gales, el consentimiento de la pareja al riesgo de adquisición proporciona una defensa completa cuando el VIH se transmite de forma imprudente.⁵

A primera vista, hay buenas razones para criminalizar a quienes infectan culpablemente a otros con el VIH, o a quienes están ostensiblemente dispuestos a correr el riesgo de infectarlos. Se centran en el impacto nocivo de la enfermedad sobre los individuos y las poblaciones y en la necesidad de disuadir de los comportamientos de riesgo en interés de la salud pública. Sin embargo, los juristas, los médicos, los virólogos y los epidemiólogos, junto con la sociedad civil y las organizaciones internacionales, llevan mucho tiempo abogando contra lo que consideran un uso injusto e ineficaz del derecho penal. Aunque existe un consenso generalizado entre los defensores de la lucha contra la penalización de que, si bien la conducta más atroz y moralmente censurable (infectar deliberadamente y a propósito a otra persona con el VIH, es decir, utilizar el virus como un arma) puede ser legítimamente penalizada, ésta es la única circunstancia justificable.⁶ Las⁷ razones por las que todos los demás casos no justifican el uso del derecho penal se han articulado de forma clara y detallada en , pero, en esencia, las preocupaciones centrales pueden resumirse como sigue.

En primer lugar, hay pocas pruebas de que la penalización sea eficaz por motivos de salud pública (como elemento disuasorio general o individual contra la práctica de sexo inseguro) y algunas pruebas r e c i e n t e s de que es ineficaz y contraproducente. Por ejemplo, una reciente y exhaustiva revisión de la investigación empírica sobre el impacto de las leyes de exposición al VIH en EE.UU. concluyó que

Los resultados del estudio también sugieren que las leyes no disuaden a las personas con riesgo de infección por el VIH de hacerse la prueba del VIH, ni disminuyen o aumentan la revelación del estado serológico a las parejas sexuales entre las personas seropositivas [*sic*]. Las leyes tampoco parecen reducir los comportamientos sexuales de riesgo entre las personas seropositivas o negativas. Los registros de las detenciones y los procesamientos revelan que muchos casos se refieren a comportamientos no sexuales o a actividades sexuales que suponen un riesgo escaso o nulo de transmisión del VIH.⁸

Es importante señalar que el encarcelamiento de las personas en prisión preventiva o condenadas por delitos de transmisión y exposición agrava aún más la epidemia, dada la prevalencia de la actividad sexual, el uso de drogas inyectables y los limitados servicios de reducción de daños (como preservativos, programas de intercambio de jeringuillas, etc.) que suelen estar disponibles en los centros de detención.⁹ Además, una proporción significativa de las nuevas infecciones por el VIH son el resultado de la actividad sexual entre personas que anteriormente eran negativas y aquellas que

5 R v Dica [2004] EWCA Crim 1103; R v Konzani [2005] EWCA Crim 706. Véase además, M Weait, 'Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: R v Dica' (2005) 68 The Modern Law Review 121; M Weait, 'Knowledge, Autonomy and Consent: R v Konzani' (2005) Criminal Law Review 763.

6 Riesgos, derechos y salud (n 1).

7 R Ju"rgens y otros, 'Ten Reasons to Oppose the Criminalization of HIV Exposure or Transmission' (2009) 17(34) Reproductive Health Matters 163.

8 D Harsono y otros, 'Criminalization of HIV Exposure: A Review of Empirical Studies in the United States'

- MÉDICO 21(1) AIDS and Behavior 27; véase también, por ejemplo, K Horvath, C Meyer y BRS Rosser, 'Men Who Have Sex with Men Who Believe That Their State Has a HIV Criminal Law Report Higher Condomless Anal Sex Than Those Who Are Unsure of the Law in Their State' (2017) 21(1) AIDS & Behavior 58.
- 9 R Juürgens, M Nowak y M Day, 'HIV and Incarceration: Prisons and Detention' (2011) 14 Journal of the International AIDS Society 26; SJA Lindbom, M Larsson y A Agardh 'The Naked Truth about HIV and Risk Taking in Swedish Prisons: A Qualitative Study' (2017) 12(7) PLoS One e0182237; P Valera, Y Chang y Z Lian, 'HIV Risk Inside U.S. Prisons: A Systematic Review of Risk Reduction Interventions Conducted in U.S. Prisons' (2017) 29 AIDS Care 943.

son positivos pero no están diagnosticados (y, por tanto, no están en tratamiento y son potencialmente más infecciosos).¹⁰ Dado que la responsabilidad penal generalmente sólo se aplica a quienes conocen su estado positivo, y por tanto pueden ser considerados moralmente responsables, es incapaz de ser una herramienta de prevención eficaz contra la transmisión en este contexto.¹¹ (A la inversa, aunque hay relativamente pocas pruebas empíricas que sugieran que las personas son disuadidas de hacerse la prueba como resultado de la penalización, existe la posibilidad de que la gente asuma que las PVVS necesariamente revelarán su estado o insistirán en tener relaciones sexuales más seguras (para evitar la responsabilidad), cuando puede que no sea el caso, creando así una falsa sensación de seguridad).

En segundo lugar, la criminalización excesivamente amplia reproduce y refuerza los estereotipos negativos sobre las PVIH a través de la cobertura periodística (a menudo inexacta y sensacionalista) de los juicios y condenas.¹² Esto contribuye a la estigmatización asociada al VIH, que a su vez crea obstáculos para la prevención y el tratamiento¹³ y socava el derecho de las PVIH al nivel más alto posible de salud y bienestar físico y mental.¹⁴ Los médicos, las enfermeras y los asesores de salud sexual pueden sentirse conflictos -en detrimento de sus pacientes, de su propia identidad profesional y de la salud pública en general- si se sienten obligados a plantear la cuestión de la criminalización a las personas a las que se les ha diagnosticado un resultado positivo, y existe el riesgo de que la relación de confianza, fundamental para la atención de los pacientes, se vea comprometida.¹⁵

-
- 10 J Skarbinski y otros, 'Human Immunodeficiency Virus Transmission at Each Step of the Care Continuum in the United States' (2015) 175(4) JAMA Internal Medicine 588; RT Gray y otros, 'Undiagnosed HIV Infections among Gay and Bisexual Men Increasingly Contribute to New Infections in Australia' (2018) 21 Journal of the International AIDS Society e25104.
 - 11 SG Lee, 'Criminal Law and HIV Testing: Empirical Analysis of How At-risk Individuals Respond to the Law' (2014) 14(1) Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics 194. Este estudio cuantitativo de los Estados Unidos descubrió que las personas en riesgo de contraer el VIH que vivían en estados con leyes específicas sobre el VIH "no tenían menos probabilidades de declarar que se habían sometido a la prueba del VIH que las que vivían en otros estados", pero que el número de personas que declaraban haberse sometido a la prueba del VIH estaba "inversamente correlacionado con la frecuencia de la cobertura periodística de la criminalización de las conductas de exposición al VIH".
 - 12 P O'Byrne y otros, 'Nondisclosure Prosecutions and Population Health Outcomes: Examining HIV testing, HIV diagnoses, and the Attitudes of Men Who Have Sex with Men Following Nondisclosure Prosecution Media Releases in Ottawa, Canada' (2013) 13 BMC Public Health 94; JM Kilty y K Bogosavljevic, 'Emotional Storytelling: Sensational Media and the Creation of the HIV Sexual Predator' (2018) Crime, Media, Culture. DOI: 10.1177/1741659018773813.
 - 13 ONUSIDA, *HIV-Related Stigma, Discrimination and Human Rights Violations, UNAIDS Best Practice Collection* (ONUSIDA, 2005); S Chaudoir y JD Fisher, 'Stigma and the "Social Epidemic" of HIV: Understanding Bidirectional Mechanisms of Risk and Resilience' en B Major, JF Dovidio y BG Link (eds), *The Oxford Handbook of Stigma, Discrimination, and Health* (OUP 2018).
 - 14 Asamblea Mundial de la Salud, 'Evitar la discriminación contra las personas infectadas por el VIH y las personas con SIDA', adoptada en su 41ª Reunión el 13 de mayo de 1988 (Resolución 41.24) < http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/164201/WHA41_A-Conf.Papers-2_eng.pdf?sequence=41&isAllowed=y>, consultado el 3 de agosto de 2018; ONUSIDA/ACNUR, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* (1998/2006). < http://www.unaids.org/en/resources/documents/2006/20061023_jc1252-internguidelines_en.pdf> consultado el 3 de agosto de 2018.
 - 15 C Dodds y otros, 'Keeping Confidence: HIV and The Criminal Law from HIV Service Providers' Perspectives' (2015) 25(4) Critical Public Health 410; E Mykhalovskiy, 'The Problem of "Significant Risk": Exploring the Public Health Impact of Criminalizing HIV Non-Disclosure' (2011) 73(5) Social

D es ca rg ad o de htt ps :// ac ad e mi c. ou P. co m/ m ed la w/ art icl e/ 27 /4/ 57 6/ 56 01 12 8 po r un us ua rio de la U ni ve rsi da d de H ert for ds hir e el 30 de se pti e m

Medicine & Medicine 668; SE Patterson y otros, 'The Impact of Criminalization of HIV Non-Disclosure on the Healthcare Engagement of Women Living with HIV in Canada: A Comprehensive Review of the Evidence' (2015) 18(1) Journal of the International AIDS Society 20572; C Sanders, 'Discussing the Limits of Confidentiality: The Impact of Criminalizing HIV Nondisclosure on Public Health Nurses' Counseling Practices' (2014) 7(3) Public Health Ethics 253; M French, 'Counselling Anomie: Clashing Governmentalities of HIV Criminalisation and Prevention' (2015) 25(4) Critical Public Health 427.

En tercer lugar, hay innumerables ejemplos de casos en los que se ha utilizado el derecho penal, incluso cuando el acusado tomó precauciones razonables y no hubo transmisión,¹⁶ o cuando no había riesgo de infección,¹⁷ para imponer sanciones extremadamente duras; y casos en los que la policía, los fiscales, los abogados y los tribunales no han entendido las pruebas científicas aducidas para apoyar las acusaciones y las condenas por transmisión.¹⁸ Además, hay pruebas de que la penalización¹⁹ afecta de forma desproporcionada a las mujeres, a las personas de comunidades étnicas minoritarias y a los grupos especialmente marginados²⁰ y es discriminatoria en su aplicación.

Debería ser evidente que no sólo existe una base de pruebas cada vez más sólida de que la penalización de la transmisión, la exposición y la no revelación del VIH tiene un impacto detrimental en los esfuerzos para prevenir la propagación de la enfermedad, sino que también existen razones convincentes para la despenalización basadas en consideraciones de equidad y justicia social. En la siguiente sección se examinan algunas de las formas en las que podría limitarse el uso del derecho penal y ejemplos en los que se ha hecho, identificando algunas de las ventajas y desventajas de cada una. Se prestará especial atención al impacto potencial de las recientes Declaraciones de Consenso Clínico (), que pretenden informar a los responsables de la justicia penal y judicial sobre los riesgos asociados a diversos tipos de actividad que podrían dar lugar a la transmisión del VIH.

III. LIMITAR LA CRIMINALIZACIÓN: ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS

La despenalización del VIH se ha perseguido de diferentes maneras y a través de una variedad de canales durante las últimas tres décadas aproximadamente. Reflejando una dimensión distintiva de la política del VIH y el SIDA,²¹ ha sido una campaña caracterizada por una alianza cambiante de activistas de base, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones intergubernamentales supranacionales, grupos de campaña dedicados, académicos y profesionales del derecho, científicos sociales y políticos, políticos y legisladores, médicos de salud pública y del VIH, clínicos, virólogos y epidemiólogos. Cada uno de ellos ha aportado sus conocimientos especializados, su experiencia, sus inquietudes, su autoridad y su voz, creando un conjunto poco rígido pero

-
- 16 Véase, por ejemplo, el caso C-12-0180 *Rhoades contra Iowa*, Tribunal Supremo de Iowa (13 de junio de 2014). Rhoades fue condenado a 25 años de prisión, y cumplió el tiempo de prisión preventiva, pero apeló con éxito.
- 17 G Kovatch, 'Prison for Man with H.I.V. Who Spit on a Police Officer' *New York Times* (16 de mayo de 2008) < <https://www.nytimes.com/2008/05/16/us/16spit.html?ref=4health>> consultado el 3 de agosto de 2018. Willie Campbell, el hombre que escupió, fue condenado a 35 años de prisión.
- 18 AB Abecasis y otros, 'Science in Court: The Myth of HIV Fingerprinting' (2011) 11(2) *Lancet Infectious Diseases* 78.
- 19 The Athena Network, 10 Reasons Why Criminalization of HIV Transmission or Exposure Harms Women (*The Athena Network*, 2009) < <http://www.athenanetwork.org/assets/files/10%20Reasons%20Why%20Criminalization%20Harms%20Women/10%20Reasons%20Why%20Criminalisation%20Harms%20Women.pdf>> consultado el 3 de agosto de 2018.
- 20 A Hasenbush, A Miyashata, y BDM Wilson, 'HIV Criminalization in California: Penal Implications for People Living with HIV/AIDS' (*The Williams Institute, UCLA School of Law*, 2015) < <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/HIV-Criminalization-California-Updated-June-2016.pdf>> consultado el 3 de agosto de 2018.
- 21 C Patton, *Sex and Germs: The Politics of AIDS* (South End 1985); S Epstein, *Impure Science: AIDS, Activism, and the Politics of Knowledge* (University of California Press 1996); D Altman y K Buse, 'Thinking

MÉDICO Politically about HIV: Political Analysis and Action in Response to AIDS' (2012) 18(2) Contemporary Politics 127; R Parker, 'Grassroots Activism, Civil Society Mobilisation and the Politics of the Global HIV/AIDS Epidemic' (2011) 17(2) Brown Journal of World Affairs 21; NA Paxton, 'Political Science(s) and HIV: A Critical Analysis' (2012) 18(2) Contemporary Politics 141.

coalición sostenida que ha sido eficaz no sólo en la sensibilización sobre los problemas de y las consecuencias de la criminalización, sino en la consecución de una serie de victorias significativas utilizando una variedad de técnicas diferentes. Estos esfuerzos podrían agruparse, sin ninguna prioridad implícita, de la siguiente manera. (También hay que tener en cuenta que las personas que participan en estas actividades y organizaciones tienen múltiples identidades y pueden, por ejemplo, ser académicos que viven con el VIH o activistas clínicos).

A nivel supranacional, ha habido una serie de intervenciones de alto nivel, que han adoptado la forma de recomendaciones a los Estados basadas en pruebas y derechos. Entre ellas se encuentran, sobre todo, las orientaciones políticas y jurídicas y los informes de ONUSIDA, ACNUR y el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud²² y el Informe de la Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley.²³ Dichas intervenciones se han basado normalmente en pruebas recogidas en consultas y diálogos con las comunidades afectadas, expertos, y representantes de la sociedad civil y en investigaciones académicas publicadas. Su intención es informar e influir en los gobiernos y las legislaturas, a menudo proporcionando ejemplos de mejores prácticas, con explicaciones claras de los beneficios socioeconómicos de la reforma legal y los perjuicios de no actuar. Como complemento a estas intervenciones, están las de las ONG nacionales inter-, como la Federación Internacional de Planificación de la Familia,²⁴ junto con las que son nacionales, centradas en la jurisdicción, y las que tratan de proporcionar orientación especial a audiencias con responsabilidades y funciones particulares en la política y la práctica de la criminalización. Algunos de los ejemplos nacionales más notables son los de la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/SIDA,²⁵ el Centro de Derecho y Política sobre el VIH de los Estados Unidos,²⁶ y el Fondo Nacional del SIDA del Reino Unido,²⁷ y las orientaciones de tipo específico dirigidas a la policía,²⁸ los fiscales,²⁹ los parlamentarios,³⁰ y el poder judicial.³¹

22. ONUSIDA, *Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: A Policy Options Paper* (2002); ACNUR, *HIV/AIDS and Human Rights: Directrices internacionales* (1998); ONUSIDA, *Policy Brief: Criminalización de la transmisión del VIH* (2008); ONUSIDA, *Nota de orientación: Poner fin a la penalización excesivamente amplia de la no revelación del VIH*,

Exposición y transmisión: Critical Scientific, Medical and Legal Considerations (2013) < http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation_0.pdf > consultado en

Agosto de 2018; Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 27 de abril de 2010, A/HRC/14/20

< <http://www.refworld.org/docid/4c076fb72.html> > consultado el 9 de agosto de 2018.

23. *Riesgos, derechos y salud* (n 1).

24. IPPF, *Veredicto sobre un virus: Salud pública, derechos humanos y derecho penal* (2008) < https://www.ippf.org/sites/default/files/verdict_on_a_virus.pdf > consultado el 20 de septiembre de 2019. Se elaboró con la Comunidad Internacional de Mujeres que Viven con el VIH (ICW) y GNPp y fue la base de la campaña *Criminalizar el odio, no el VIH* < <https://www.ippf.org/resource/criminalize-hate-not-hiv/> > consultado el 8 de agosto de 2018.

25. Véase < <http://www.aidslaw.ca/site/?lang=en> > consultado el 20 de septiembre de 2019.

26. Véase < <http://www.hivlawandpolicy.org> > consultado el 20 de septiembre de 2019.

27. Véase < <https://www.nat.org.uk/nat-topic/criminalisation> > consultado el 20 de septiembre de 2019.

28. National AIDS Trust, *Investigation Guidance Relating to the Criminal Investigation of HIV Transmission for Police Forces in England, Wales, and Northern Ireland* (2010) < <https://www.nat.org.uk/sites/default/files/publications/ACPO-guidance-criminal-HIV-transmission.pdf> > consultado el 20 de septiembre de 2019.

29. Crown Prosecution Service for England and Wales, *Intentional or Reckless Sexual Transmission of Infection* < <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/intentional-or-reckless-sexual->

20 de septiembre de 2019.

- 30 Unión Interparlamentaria, ONUSIDA, PNUD *Manual para Parlamentarios nº 15: Actuar contra el VIH* (2007) cap. 13 <
http://data.unaids.org/pub/manual/2007/20071128_ipu_handbook_en.pdf>
consultado el 20 de septiembre de 2019.
- 31 ONUSIDA, *Juzgando la epidemia: A Judicial Handbook on HIV, Rights and the Law* (2013) ch 5 <
http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201305_Judging-epidemic_en_0.pdf> consultado el 20 de septiembre de 2019.

Una segunda forma de defensa de la despenalización ha sido la emprendida por redes, proyectos y campañas de activistas de base. Estas redes, que forman parte de una larga y eficaz tradición en la política del VIH y el SIDA (como la Campaña de Acción por el Tratamiento en Sudáfrica³² y ACT UP en los EE.UU.³³) y que están menos limitadas por la *política* de ONUSIDA y otras organizaciones supranacionales, han tratado de concienciar, movilizar la respuesta de la comunidad y lograr el cambio, por ejemplo, mediante campañas sostenidas en los medios sociales y la educación, actos de alto nivel en conferencias internacionales e investigación. Algunos ejemplos son la HIV Justice Network y HIV Justice Worldwide,³⁴ que han organizado talleres y seminarios junto con la Conferencia Internacional sobre el SIDA durante varios años, mantienen una base de datos de leyes y casos, y proporcionan comentarios y análisis periódicos; el proyecto SERO,³⁵ que ha promovido el mensaje de que *el VIH no es un delito* en campamentos de formación y en videos; y la Red Mundial de Personas que Viven con el VIH (GNPb),³⁶ que producen el Escáner de Criminalización Global.³⁷

Una tercera contribución ha sido la de los académicos, procedentes de diversas disciplinas, entre ellas el derecho y los derechos humanos, la sociología y la psicología social, y la política social, y profesionales-académicos en derecho, salud pública, medicina clínica, virología y epidemiología. A través de resultados originales de investigación empírica, análisis de expertos, comentarios y críticas de , y películas y documentales, y a menudo contribuyendo al trabajo de la sociedad civil y las organizaciones internacionales, este grupo diverso ha proporcionado, y sigue proporcionando , gran parte del argumento intelectual y la base de pruebas para la despenalización, y sus resultados constituyen gran parte del material de apoyo en los diversos informes y recomendaciones de alto nivel de ONUSIDA y de la Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley.

Si estas son las algunas de las formas, técnicas y personas que se han conde lucha contra la criminalización (y sin duda hay más, y otras formas de caracterizarlas y organizarlas), ¿qué éxito han tenido? A falta de una investigación sólida, es imposible afirmar con cierto grado de confianza qué tipo de intervención ha supuesto una mayor diferencia y por qué. No cabe duda de que la criminalización p e r s i s t e en todo el mundo, con la presentación de casos en virtud de leyes que no han sido derogadas y la introducción continua de nuevas leyes.³⁸ Sin embargo, ha habido éxitos, que es razonable suponer que no se habrían conseguido, o se habrían conseguido con menos rapidez, de no ser por esta actividad agregada. Ejemplos recientes de cambios legislativos progresivos serían

32 M Heywood, 'South Africa's Treatment Action Campaign: Combining Law and Social Mobilisation in the Struggle for Health' (2009) 1 Journal of Human Rights Practice 14.

33 J Wright, 'Only Your Calamity: The Beginnings of Activism by and for People with AIDS' (2013) 103(10) American Journal of Public Health 1788; D Crimp, 'Before Occupy: How AIDS Activists Seized Control of the FDA in 1988' (*The Atlantic*, 6 de diciembre de 2011) < <https://www.theatlantic.com/health/archive/2011/12/antes-de-ocupar-cómo-los-activistas-del-ayuda-controlan-la-fda-en-1988/249302/>> consultado el 8 de agosto de 2018.

34 Véase < <http://www.hivjustice.net>> consultado el 20 de septiembre de 2019.

35 Véase < <http://www.seroproject.com>> consultado el 20 de septiembre de 2019.

36 Véase < <https://www.gnpplus.net/who-we-are/about-us/>> consultado el 20 de septiembre de 2019.

MÉDICO < <https://www.gnpplus.net/resources/2010-global-criminalisation-scan-report/> >
consultado en 20

Septiembre de 2019.

- 38 *Risks, Rights, & Health* (n 1); EJ Bernard y S Cameron, *Advancing HIV Justice 2: Building Momentum in Global Advocacy Against HIV Criminalisation* (HIV Justice Network y GNPp 2016) < http://www.hivjustice.net/wp-content/uploads/2016/05/AHJ2.final2_10May2016.pdf > consultado el 8 de agosto de 2018.

incluyen la decisión del Parlamento de Malawi en 2017 de no aprobar las disposiciones de criminalización en el proyecto de ley sobre el VIH (prevención y gestión),³⁹ la derogación en 2015 de la sección 19A de la Ley de Delitos de Victoria, en Australia,⁴⁰ y en 2014 del Código de Iowa

§ 709C.1⁴¹; y los procesos penales y las condenas que han sido abandonados o apelados con éxito como resultado de una defensa concertada y coordinada incluyen el caso de Michael Johnson en Missouri en 2016⁴² y una decisión innovadora del Tribunal Supremo de Suecia en 2018.⁴³

Si se puede hacer alguna generalización sobre estas victorias de la defensa de la lucha contra la criminalización, podría ser que lo que ha resultado eficaz es la combinación de investigación, activismo, argumentos basados en pruebas, concienciación y persistencia, con campañas y proyectos locales/nacionales específicos (normalmente impulsados por activistas y organizaciones de la sociedad civil) basados en las diversas iniciativas supranacionales, los informes de y las recomendaciones descritas anteriormente. Sin embargo, son excepcionales. Los Estados, los organismos encargados de hacer cumplir la ley y los tribunales han sido, y siguen siendo, lentos a la hora de actuar, un legado y efecto de la época en la que ser seropositivo significaba desarrollar SIDA y morir, y del estigma desacreditador que sigue asociado a la enfermedad⁴⁴ a pesar de los avances radicales en el tratamiento.⁴⁵ Y es el tratamiento el que, posiblemente, tiene el potencial de cambiar las reglas del juego. En la siguiente sección se considera el impacto de los avances e intervenciones clínicas como una oportunidad innovadora para limitar aún más la criminalización, su interrelación con los principios de la responsabilidad penal y algunos de los efectos no deseados que pueden tener para las personas afectadas.

39 Ver < <http://www.hivjustice.net/news/malawi-human-rights-activists-celebrate-malawis-adoption-of-amend-hiv-law-that-removes-rights-infringing-provisions-press-release/> > consultado el 8 de agosto de 2018.

40 Bernard y Cameron (n 38)

41 La legislatura de Iowa, en respuesta a la decisión del Tribunal Supremo de Iowa en el caso *Rhoades contra Iowa* (n 16), derogó su disposición de penalización del VIH, que ahora establece, *entre otras cosas*, que "una persona no actúa con la intención requerida... o con la indiferencia temeraria requerida... si la persona toma medios prácticos para prevenir la transmisión, o si la persona informa a la persona no infectada de que tiene una conta-

gioso o infeccioso y se ofrece a adoptar medios prácticos para evitar la transmisión, pero ese ofrecimiento es rechazado por la persona no infectada expuesta posteriormente a la enfermedad infecciosa o contagiosa" < <https://www.legis.iowa.gov/legislation/BillBook?ba%4SF2297&ga%485> > consultado el 20 de septiembre de 2019. Para un breve comentario sobre la legislación, y sus deficiencias, véase < <https://www.hivlawandpolicy.org/news/statement-response-iowa-bill-sf-2297-and-criminalization-hiv-hepatitis-meningococcal-disease> > consultado el 20 de Septiembre de 2019.

42 B Guarino, 'Man's Conviction in Failure to Disclose HIV-positive Status to Sexual Partners Overturned by Mo. Appeals Court' (*Washington Post*, 21 de diciembre de 2016) < https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2016/12/21/mans-conviction-for-failing-to-disclose-hiv-positive-status-to-sexual-partners-overturned-by-mo-appeals-court/?noredirect%4on&utm_term%49b3e4dacefe2 > consultado el 10 de agosto de 2018.

43 Hogstada Domstolen (Tribunal Supremo de Suecia), asunto n° B 2441-17 (7 de junio de 2018). Para la sentencia (en sueco), véase < <http://www.hogstadamstolen.se/Domstolar/hogstadamstolen/Avgoranden/2018/2018-06-07%20B%202441-17%20Dom.pdf> > consultado el 9 de agosto de 2018. El tribunal aceptó que las personas con VIH y que, como el recurrente, tienen un tratamiento que funciona bien y una carga viral indetectable no presentan riesgo de transmisión. Para condenar a una persona por "causar peligro a otra persona", debe haber habido un riesgo real de transmisión del VIH.

- 44 R. Parker & P. Aggleton, 'HIV and AIDS-Related Stigma and Discrimination: A Conceptual Framework and Implications for Action' (2003) 57(1) *Social Science & Medicine* 13.
- 45 B. Maughan-Brown, 'Stigma Rises Despite Antiretroviral Roll-Out: A Longitudinal Analysis in South Africa' (2010) 70(3) *Social Science & Medicine* 368.

IV. EL IMPACTO DEL TRATAMIENTO EN LA CRIMINALIZACIÓN

Hace tiempo que se ha establecido que el riesgo de transmisión del VIH se reduce significativamente cuando una persona que vive con el VIH tiene una carga viral baja,⁴⁶ y varios estudios clínicos recientes muestran que aquellos cuya carga viral es indetectable no pueden transmitir el VIH a otras personas.⁴⁷ También se acepta cada vez más que la profilaxis previa a la exposición, en la que una persona que no tiene el VIH toma medicamentos antirretrovirales antes de mantener relaciones sexuales con una persona que sí lo tiene, es extremadamente eficaz para prevenir su adquisición.⁴⁸ El descubrimiento de que una terapia antirretroviral eficaz puede reducir, y en algunos casos eliminar, el riesgo de transmisión y adquisición del VIH ha sido uno de los avances más significativos en la prevención del VIH en los últimos años. Es la base del llamamiento de ONUSIDA,⁴⁹ la OMS,⁵⁰ y otros representantes de las PVVS y las poblaciones clave para aumentar la disponibilidad y la accesibilidad al tratamiento y es fundamental para el objetivo de que, para 2020, el 90% de las personas que viven con el VIH conozcan su estado serológico, el 90% de ellas reciban una terapia antirretroviral sostenida y el 90% de ellas tengan supresión viral.⁵¹

La significación de la eficacia de la terapia antirretrovírica para limitar la criminalización de la transmisión, la exposición y la no revelación del VIH es evidente: cuanto menor sea el número de nuevas infecciones por el VIH, o nuevas infecciones potenciales, menos casos habrá, o al menos debería haber. Sin embargo, no es tan sencillo por dos razones principales. Una de ellas tiene que ver con el enfoque del derecho penal para la evaluación y determinación del daño y la culpa, y la otra con el hecho de que la prevención y el tratamiento no son igualmente accesibles y están disponibles para las personas que los necesitan o se beneficiarían de ellos.

-
- 46 TC Quinn y otros, 'Viral Load and Heterosexual Transmission of Human Immunodeficiency Virus Type 1. Rakai Project Study Group' (2000) 342(13) *New England Journal of Medicine* 921; S Tovanabutra y otros, 'Male Viral Load and Heterosexual Transmission of HIV-1 Subtype E in Northern Thailand' (2002) 29(3) *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* 275; US Fideli y otros, 'Virologic and Immunologic Determinants of Heterosexual Transmission of Human Immunodeficiency Virus Type 1 in Africa' (2001) 17(10) *AIDS Research and Human Retroviruses* 901.
- 47 MS Cohen y otros, 'Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy' (2011) 11(365) *New England Journal of Medicine* 493; MS Cohen y otros, 'Antiretroviral Therapy for the Prevention of HIV-1 Transmission' (2016) 375 *New England Journal of Medicine* 830; Rodger y otros, 'Sexual Activity Without Condoms and Risk of HIV Transmission in Serodifferent Couples when the HIV-Positive Partner is Using Suppressive Antiretroviral Therapy' (2016) 316(2) *JAMA* 171.
- 48 R Teira y otros, 'Very Low Level Viraemia and Risk of Virological Failure in Treated HIV-1-Infected Patients' (2017) 18(3) *HIV Medicine* 196; S McCormack y otros, 'Pre-exposure Prophylaxis to Prevent the Acquisition of HIV-1 Infection (PROUD): Effectiveness Results from the Pilot Phase of a Pragmatic Open-Label Randomised Trial' (2015) 387(10013) *Lancet* 53; RM Grant y otros, 'Drug Resistance and Plasma Viral RNA Level after Ineffective Use of Oral Pre-exposure Prophylaxis in Women' (2015) 29 *AIDS* 331.
- 49 ONUSIDA, *Hoja de ruta para la prevención del VIH 2020: Acelerar la prevención del VIH para reducir las nuevas infecciones en un 75%* (2017) < https://hivpreventioncoalition.unaids.org/wp-content/uploads/2018/03/JC2909_INCLUSION-GAP_013_En-2.pdf> consultado el 20 de septiembre de 2019.
- 50 Organización Mundial de la Salud, *Estrategia Mundial del Sector de la Salud sobre el VIH 2016-2021: Hacia el fin*

D
es
ca
rg
ad
o
de
htt
ps
://
ac
ad
e
mi
c.
ou
p.
co
m/
m
ed
la
w/
art
icl
e/
27
/4/
57
6/
56
01
12
8
po
r
un
us
ua
rio
de
la
U
ni
ve
rsi
da
d
de
H
ert
for
ds
hir
e
el
30
de
se
pti
e
m

< <http://www.who.int/hiv/strategy2016-2021/ghss-hiv/en/>> consultado el 20 de septiembre de 2019.

- 51 UNUSIDA, *90-90-90: An Ambitious Treatment Target to Help End the AIDS Epidemic* (2014) < http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/90-90-90_en.pdf> consultado el 20 de septiembre de 2019.

A. Daño y culpa

La base específica para penalizar la transmisión, la exposición y la no revelación del VIH depende de la legislación de la jurisdicción correspondiente. En Inglaterra y Gales, por ejemplo, las acusaciones de transmisión se persiguen en virtud de la Ley de Delitos contra la Persona de 1861, no hay responsabilidad por el mero hecho de exponer a alguien al riesgo de infección (aunque sí la hay si se demuestra un intento deliberado de transmisión⁵²), y aunque no existe la obligación legal de revelar el estado VIH positivo, el hecho de no hacerlo puede dar lugar a que a una persona que se demuestre que ha transmitido el virus se le niegue la defensa de que el demandante consintió en su adquisición (una defensa que, por lo demás, está disponible). En muchas otras jurisdicciones, la exposición es suficiente para atraer la responsabilidad,⁵³ y, en algunas, la no revelación puede convertir la actividad sexual, por lo demás consentida, en una agresión sexual.⁵⁴ Estas dimensiones de la responsabilidad se conocen como elementos de conducta de los delitos concretos e identifican el daño en cuestión (por ejemplo, causar una infección o suponer un riesgo de infección).

Por lo que respecta a los elementos mentales o de culpa de la responsabilidad, también difieren entre las jurisdicciones, pero en el nivel más general, una persona que se demuestre que ha cometido el elemento de conducta requerido será culpable si se establece que tenía la intención de transmitir el VIH o que era imprudente en cuanto a si se producía o no la transmisión. La intención en este contexto puede significar un deseo deliberado, intencionado, o alguna variante de la transmisión que es virtualmente segura y que el acusado prevé como virtualmente segura; y la imprudencia significa una conciencia de asumir un riesgo (objetivamente) injustificable (de que la transmisión pueda ocurrir).

Los aspectos puramente doctrinales de las dimensiones de culpa, y en menor medida de ham, de la penalización del VIH no son el objetivo de este artículo y se exploran con más detalle y profundidad en otro lugar.⁵⁵ Sin embargo, es importante hacer algunas observaciones preliminares antes de explorar su interrelación con la evolución del tratamiento. La primera es que el significado atribuido a términos como "arriesgado" y "perjudicial" en la legislación no coincide exactamente con la forma en que se entienden en el discurso médico y clínico. Así, en la legislación inglesa, la cuestión de si el VIH constituye un "daño corporal grave" a efectos de una acusación en virtud de los artículos 18 y 20 de la Ley de Delitos contra la Persona de 1861 será inicialmente una cuestión de la autoridad fiscal y, en última instancia, una cuestión sobre la que el jurado deberá decidir a partir de las pruebas; y la única orientación es que el término debe tener el significado ordinario de daño "realmente grave",⁵⁶ que a su vez

52 s 1, Ley de Tentativas Criminales de 1981.

53 Véase ONUSIDA, *Documento de antecedentes, Criminalización de la no revelación, exposición y transmisión del VIH: Background and Current Landscape* (2011, 2012 Revised Version) <http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2322_BackgroundCurrentLandscapeCriminalisationHIV_en.pdf> consultado el 14 de Agosto de 2018.

54 Véase *R v Mabior* (n 3).

55 Véase, por ejemplo, I Grant, 'The Boundaries of the Criminal Law: The Criminalization of the Non-Disclosure of HIV' (2008) 31 Dalhousie Law Journal 123; Weait, 'R v Dica' (n 5); M Weait, 'R v Konzani'

MEDICO Hughes, 'Did the Individual Consent to the Risk of Harm? A Comparative Jurisdictional Analysis of Consent in Cases of Sexual Transmission/Exposure to HIV' (2018) 82(1) *Journal of Criminal Law* 76; S Ryan, 'Risk-Taking, Recklessness and HIV Transmission: Accommodating the Reality of Sexual Transmission of HIV Within a Justifiable Approach to Criminal Liability' (2007) 28(2) *Liverpool Law Review* 215; L Cherkassky, 'Being Informed: The Complexities of Knowledge, Deception and Consent when Transmitting HIV' (2010) 24(3) *The Journal of Criminal Law* 242.

56 *DPP v Smith* [1960] 3 WLR 546

se determinará aplicando las normas sociales contemporáneas.⁵⁷ El hecho de que el VIH fuera en su día una enfermedad intratable, pero que en la actualidad los médicos la consideren una enfermedad crónica controlable⁵⁸, no ha dado lugar, por lo que sabe el autor, a que el derecho penal la califique de otra manera que de grave.⁵⁹ Esta es la razón,⁶⁰ por ejemplo, por la que en Canadá la no revelación del estado serológico respecto al VIH antes de participar en una conducta que puede dar lugar a la transmisión (o que se considera que puede dar lugar a la misma) se acusa de agresión sexual *agravada* (con el agravante de poner en peligro la vida).

Más significativo para los fines de este artículo es el "daño" de la exposición (es decir, el riesgo no realizado de transmisión) y su interrelación con el elemento de culpa de la imprudencia -una forma de estado mental mucho más común en los casos penales denunciados- que la intención. La cuestión central es la siguiente: ¿debe el derecho penal tratar la asunción de riesgos como suficientemente culpable para justificar la responsabilidad, la censura y el castigo, tanto si la probabilidad de que se materialice es del 5% como del 95%? Si la conducta perjudicial es la asunción del riesgo (o, alternativamente, la protección de un interés protegido por el derecho penal que el riesgo, si se realizara, infringiría), la probabilidad de que se realice podría decirse que carece de importancia y no es tarea del tribunal evaluarla. Del mismo modo, cuando la imprudencia exige que el acusado en un caso penal sea consciente de haber asumido un riesgo injustificable (como ocurre en el derecho inglés y, con algunas variaciones, en muchas otras jurisdicciones), ¿de qué debe ser consciente para que sea legítimo considerarla responsable?

Siguiendo el análisis de Findlay Stark,⁶¹ podría decirse que es absurdo tratar cualquier riesgo, por insignificante que sea, como ilícito *prima facie*, y el requisito de justificar la asunción de riesgos (para evitar la responsabilidad) sólo debería aplicarse en los casos que implican un riesgo significativo. La dificultad de esto, por supuesto, es que en el momento en que se introduce una condición de significación, se plantea la cuestión de lo que cuenta como significativo o (como en el Código Penal Modelo de EE.UU.⁶²) sustancial. Stark argumenta de forma persuasiva que, aunque no es una cuestión que los tribunales ingleses hayan abordado con gran detalle, y mucho menos una cuestión a la que hayan dado una respuesta concluyente, es importante que la significancia o sustancialidad se trate como una condición necesaria para la responsabilidad por imprudencia; y las objeciones basadas en la

57 *R v Golding* [2014] EWCA Crim 88. Se trata de un caso de condena en virtud del artículo 20 de la Ley de delitos contra la persona de 1861 por la transmisión de herpes genital. Se procesó como daño corporal grave a pesar de que en 2012 la OMS estimó que la prevalencia mundial del virus que lo causa (VHS-1) era del orden del 67%. Véase KJ Looker y otros, "Global and Regional Estimates of Prevalent and Incident Herpes Simplex Virus Type 1 Infections in 2012" (2015) 10(10) PLoS One e014076.

58 SG Deeks, SR Lewin y DV Havlir, 'The End of AIDS: HIV Infection as a Chronic Disease' (2013) 382(9903) *Lancet* 1525; S Serrano-Villar y otros, 'Human Immunodeficiency Virus as a Chronic Disease: Evaluation and Management of Nonacquired Immune Deficiency Syndrome-Defining Conditions' (2016) 3(2) *Open Forum Infectious Diseases* ofw097e.

59 En los primeros años de la epidemia, y hasta hace relativamente poco tiempo, los fiscales no dudaban en tratar la transmisión como un homicidio o un intento de asesinato. Véase, en general, KM Sullivan y MA Field, 'AIDS and the Coercive Power of the State' (1988) 23 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 139.

60 s 273(1) Código Penal (RSC 1985, c. C-46).

~~MÉFICO~~, *Culpable Carelessness: Recklessness and Negligence in the Criminal Law* (CUP 2016).

62 Una persona actúa con imprudencia respecto a un elemento material de un delito cuando ignora conscientemente un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material exista o resulte de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de la conducta del actor y las circunstancias que conoce, su desprecio implica una desviación flagrante de la norma de conducta que una persona respetuosa de la ley observaría en la situación del actor" (Código Penal Modelo de los Estados Unidos 2.02(c)).

La imposibilidad de determinar el umbral de probabilidad relevante⁶³ puede resolverse reconociendo que éste puede variar legítimamente según los distintos tipos de riesgo, las consecuencias de asumirlo y los intereses que la ley trata de proteger. Sin embargo, esto no debería desviar la atención del punto central, que es que

El derecho penal no debería ser, ni siquiera en principio, capaz de desplegarse en relación con casos triviales de asunción de riesgos, incluso si el resultado amenazado es el daño a un interés protegido por el derecho penal.⁶⁴

Si adoptamos, como creo que deberíamos hacer, este enfoque de principios para la penalización del VIH, queda claro que imponer la responsabilidad a una persona que vive con el VIH cuando el riesgo de transmisión es bajo (incluso cuando esa persona es consciente de ese riesgo) es, como mínimo, problemático y, posiblemente, injustificable; y las pruebas objetivas sobre la probabilidad de transmisión, y el consenso de los expertos sobre el significado de esas pruebas, adquieren una importancia vital. Es por ello que las recientes intervenciones de la comunidad de investigación clínica y del VIH son tan importantes, y por lo que tanto su valor como sus limitaciones merecen ser considerados.

V. LIMITAR LA CRIMINALIZACIÓN Y LA PRUEBA PERICIAL

Las pruebas científicas periciales han desempeñado durante mucho tiempo un papel importante en los casos de transmisión y exposición al VIH. En los casos de presunta transmisión, establecer que el demandado fue la fuente de la infección del demandante ha implicado la presentación de análisis filogenéticos.⁶⁵ Esta técnica, que compara la cepa del VIH en cada una de las partes, puede (junto con otras pruebas narrativas y el uso de una muestra de control) respaldar la afirmación de que el acusado infectó al demandante, pero no determina (ni puede hacerlo) la fuente, la vía o el momento de la transmisión. A la inversa, y de manera importante, puede proporcionar una prueba definitiva de que el acusado no fue la fuente de la infección.⁶⁶ Por lo que respecta a la responsabilidad por exposición, y a los casos en los que se discute si el acusado fue imprudente en cuanto a la posibilidad de transmisión,⁶⁷ el papel de

63 L Alexander, KK Ferzan, S Morse, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (CUP 2009).

64 Stark (n 61) 16.

65 CJ Birch y otros, 'Molecular Analysis of Human Immunodeficiency Virus Strains Associated with a Case of Criminal Transmission of the Virus' (2000) 182(3) *The Journal of Infectious Diseases* 941; P Lemey y otros, 'Molecular Testing of Multiple HIV-1 Transmissions in a Criminal Case' (2005) 9 *AIDS* 649; AB Abecasis y otros, 'Phylogenetic Analysis as a Forensic Tool in HIV Transmission Investigations' (2018) 32 *AIDS* 543.

66 EJ Bernard y otros, 'HIV Forensics: Pitfalls and Acceptable Standards in the Use of Phylogenetic Analysis as Evidence in Criminal Investigations of HIV Transmission' (2007) 8(6) *HIV Medicine* 382; AB Abecasis y otros (n 18).

67 Véase, por ejemplo, el caso *Zaburoni v The Queen* [2016] HCA 12 (6 de abril de 2016), en el que el Tribunal Superior de Australia tuvo que determinar, *entre otras cosas*, si la frecuencia de las relaciones sexuales entre el recurrente y la denunciante, combinada con su conocimiento de su condición de seropositivo, de su carga viral y de cómo se transmite el VIH, justificaba la conclusión del tribunal de primera instancia de que era culpable de transmitir una enfermedad grave *con intención* o, más propiamente, era imprudente en cuanto a esa consecuencia. El Tribunal señaló que entre los hechos

MEJÍA figuraba lo siguiente: "Partiendo de la base de que la relación entre la denunciante y el recurrente duró un período de 21 meses, el perito estimó que había aproximadamente un 14% de riesgo de que el recurrente transmitiera el VIH a la denunciante. Esta estimación se realizó sin conocer la frecuencia de las relaciones sexuales ni la posible presencia de otros factores que pudieran aumentar el riesgo de forma sustancial" (párrafo 31). En este sentido,

La prueba pericial es algo más compleja. Esto se debe a que la cuestión de si existía realmente un riesgo de infección del que el acusado podía ser consciente en el momento pertinente exige (o, posiblemente, debería exigir) una investigación sobre la probabilidad de transmisión. Y esto, a su vez, requiere que los investigadores, las autoridades judiciales y los tribunales evalúen la fiabilidad, la significación y, críticamente, la pertinencia de los datos de la investigación y los estudios de modelización sobre la probabilidad de transmisión en los hechos del caso específico que tienen ante sí.

La primera contribución de un experto que abordó esta cuestión fue controvertida. Se calcula que entre 1990 y 2009 se produjeron treinta y nueve condenas por presunta exposición y transmisión del VIH en Suiza. Para un país relativamente pequeño, se trata de un número elevado.⁶⁸ Especialmente preocupantes fueron los procesamientos de PVVS en virtud del Código Penal suizo por "tentativa de propagación de una enfermedad peligrosa",⁶⁹ cuando los acusados estaban en tratamiento efectivo y no había transmisión (el consentimiento de la pareja en tales casos no es una defensa).⁷⁰ En parte como respuesta a esto, la Comisión Nacional del Sida de Suiza publicó un informe en el que se afirmaba que las personas con una carga vírica no detectable y sin una infección de transmisión sexual subsistente no podían transmitir el VIH a sus parejas sexuales. La controversia surgió por la negación de la posibilidad de transmisión a pesar de la ausencia de pruebas sólidas:

[La Comisión] reconoce que, desde una perspectiva estrictamente científica, los datos médicos y biológicos actuales no demuestran que la terapia antirretrovírica eficaz prevenga todas las infecciones por el VIH, ya que no es posible demostrar la no ocurrencia de un acontecimiento que es ciertamente improbable, pero teóricamente posible. Sin embargo, desde el punto de vista de [la Comisión] y de los organismos implicados, la información disponible hasta la fecha es suficiente para justificar este mensaje. La situación es análoga a la de 1986, cuando la afirmación "VIH no puede transmitirse por medio de los besos". Aunque este hallazgo nunca se ha demostrado, más de veinte años de experiencia con el VIH han contribuido a corroborar su gran verosimilitud.⁷¹ (Traducción del autor del original francés)

señaló además que "no había pruebas de cuál era la carga viral del recurrente en 2007 y 2008. No había pruebas de que el recurrente fuera consciente de la probabilidad estadística de la transmisión del VIH como resultado de las relaciones sexuales pene-vaginales sin protección" (párrafo 32).

- 68 K Pärli K y PM Payot, *Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-Prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen* (Swiss National Science Foundation 2009) < <http://www.hivlaw.ch/strafbarkeit-der-hiv-uebertragung/studie/AJP1.pdf>> (en alemán), consultado el 18 Agosto de 2018.
- 69 Artículo 231 del Código Penal suizo, disponible en inglés en < <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>> consultado el 18 de agosto de 2018.
- 70 R Gasquez, 'Pour la dépenalisation de l'exposition au VIH' (2009) 4/09 Plaidoyer < http://www.groupe sida.ch/media/documents/Plaidoyer_GroupeSidaGeneve_aout09.pdf>, consultado el 20 de septiembre de 2019, disponible en inglés (traducción no oficial) en < <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>>, consultado el 20 de septiembre de 2019.
- 71 P Vernazza y otros, 'Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antiretroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle' (2008) 89(5) Bulletin des médecins

El autor principal del Informe indicó posteriormente que lamentaba la falta de categorización de la afirmación⁷² (dada la posibilidad de un riesgo residual), aunque la búsqueda posterior ha confirmado la afirmación.⁷³ Lo que es más importante, para los fines actuales, es que el informe fue pionero al ser la primera de una serie de declaraciones redactadas por expertos muy respetados en medicina, inmunología y virología del VIH que han intentado llamar la atención sobre el impacto del tratamiento eficaz en el riesgo de transmisión y el impacto en el uso (erróneo) del derecho penal contra las PVIH.

Estas declaraciones difieren en su énfasis e intención. Una de ellas, publicada en 2014 por Jan Albert y sus colegas en Suecia, no aborda explícitamente la cuestión de la responsabilidad penal, sino que proporciona una revisión de la investigación disponible en ese momento, concluyendo que, en el contexto del coito vaginal y anal.

- El riesgo de transmisión a través de las relaciones sexuales vaginales y anales es mínimo si la pareja infectada por el VIH recibe una terapia antirretrovírica eficaz y se utiliza un preservativo durante el coito.
- También existe un riesgo muy bajo de transmisión a través de las relaciones sexuales vaginales y anales si la pareja infectada por el VIH recibe un tratamiento antirretroviral eficaz y no se utiliza un preservativo.
- Lo anterior se aplica a cada contacto sexual individual y en los casos de contacto repetido en el curso de períodos más largos [...], independientemente de que la parte infectada por el VIH sea una mujer o un hombre e independientemente de que la pareja infectada por el VIH sea pene- trativa o receptiva durante el acto sexual.⁷⁴

Aunque no se hizo referencia a esta declaración directamente en el caso del Tribunal Supremo de Suecia de 2018 que anuló una condena por exposición, el Tribunal recibió la p r u e b a pericial de uno de los autores (Anders Tegnell, de la Agencia de Salud Pública de Suecia) y sostuvo que:

Científicamente, nunca se podrá demostrar que la transmisión de la infección es imposible, pero la conclusión que se puede extraer es que el riesgo de transmisión de la infección está tan cerca de ser inexistente como sea posible. Con una f ó r m u l a diferente, el riesgo de transmisión de la infección puede afirmarse como no observable.⁷⁵ (Google Translate)

Otras dos declaraciones, centradas en el ámbito nacional, han sido más explícitas en su intención de informar las decisiones sobre el (mal) uso del derecho penal en sus jurisdicciones. También

72 AIDS MAP, 'The Swiss Statement and Its Repercussions' < <http://www.aidsmap.com/The-Swiss-Statement-and-its-repercussions/page/1746478/> > consultado el 20 de agosto de 2018.

73 Véase, en particular, Cohen y otros (n 47) para el equipo de estudio HPTN 052; Rodger y otros (n 47).

74 J Albert y otros, 'Risk of HIV Transmission from Patients on Antiretroviral Therapy: A Position Statement from the Public Health Agency of Sweden and the Swedish Reference Group for Antiviral Therapy' (2014) 46(10) Scandinavian Journal of Infectious Diseases 673, 675.

75 Ho "gsta Domstolen (n 43). El pasaje pertinente en sueco dice: "Vetenskapligt kommer det aldrig att kunna bevisas att o "verfö ring av smitta "ar omo "jlig, men den slutsats som kan dras a "r att det a "r fr "aga om s "a n "ara

medanför österande risk för smittoöverföring som det går att komma. Con una formulación anual, el riesgo de sobreexplotación de las minas puede ser muy alto".

publicado en 2014, Mona Loutfy y otros de Canadá declaran en la introducción de su declaración que

Como destacados médicos e investigadores médicos canadienses especializados en el VIH, tenemos la responsabilidad profesional y ética de informar sobre la formulación de políticas y el sistema de justicia penal en asuntos relacionados con la salud y el bienestar de nuestros pacientes y la sociedad canadiense. Desarrollamos la presente declaración ante la preocupación de que el derecho penal se esté utilizando de forma excesivamente amplia contra las personas que viven con el VIH en Canadá debido, en parte, a una escasa apreciación de la incompreensión científica del VIH y su transmisión. Nos preocupa que los agentes del sistema de justicia penal no siempre hayan interpretado correctamente las pruebas médicas y científicas relativas a la posibilidad de transmisión del VIH, y que no hayan comprendido que la infección por el VIH es una enfermedad crónica controlable. Esto puede dar lugar a errores judiciales.⁷⁶

Y en 2016, se publicó una declaración de expertos australianos que, preocupados por lograr "resultados justos" en los casos penales, concluye

Dada la escasa probabilidad de transmisión del VIH durante las relaciones sexuales y los limitados daños médicos experimentados por la mayoría de las personas recientemente diagnosticadas con el VIH, recomendamos que se actúe con cautela al considerar los procesos penales, con una cuidadosa evaluación de las pruebas científicas actuales sobre el riesgo y los daños del VIH.⁷⁷

Cada una de estas afirmaciones se basa en los datos científicos más fiables y trata de llamar la atención sobre el riesgo *por acto* que suele preocupar a los tribunales penales, distinguiendo entre posibilidad baja, insignificante y nula (en contraposición a la caracterización de la actividad sexual en el contexto de la salud pública, que va de alto a bajo riesgo); y dieron impulso a la intervención más significativa de este tipo, publicada en la Conferencia Mundial sobre el Sida celebrada en Ámsterdam en 2018.

La *Declaración de Consenso de Expertos sobre la Ciencia del VIH en el Contexto del Derecho Penal*,⁷⁸ de la que son coautores muchos de los principales expertos en VIH del mundo (incluida Françoise Barre'-Sinoussi, la científica ganadora del Premio Nobel que identificó por primera vez el VIH), es la contribución más completa y (potencialmente) más importante de la comunidad investigadora y clínica al proyecto de despenalización. Basándose en declaraciones nacionales anteriores, también se centra en el riesgo absoluto *por acto*, o *por evento*, en el contexto de las relaciones sexuales, los mordiscos y los escupitajos (las actividades más frecuentes en los casos penales) y llama la atención sobre el hecho de que la infección por el VIH es ahora una afección crónica grave, pero controlable. Y lo que es más importante, llama la atención sobre lo que los autores consideran un mal uso de los datos científicos

76 M Loutfy y otros, 'Canadian Consensus Statement on HIV and its Transmission in the Context of Criminal Law' (2014) 25(3) The Canadian Journal of Infectious Diseases & Medical Microbiology 135.

MÉDICO y otros, 'Sexual Transmission of HIV and the Law: An Australian Medical Consensus Statement' (2016) 205(9) Medical Journal of Australia 409.

78 Fran,coise Barre'-Sinoussi y otros, 'Expert Consensus Statement on the Science of HIV in the Context of Criminal Law' (2018) 21 Journal of the International AIDS Society e25161 < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/jia2.25161>> consultado el 20 de agosto de 2018.

en casos como *R v Mabior*,⁷⁹ que se han basado en el enfoque del riesgo relativo desplegado en el discurso de la salud pública. Como explican, un error en el que han incurrido las autoridades jurídicas al estimar el riesgo de transmisión asociado a actos concretos ha sido aplicar cálculos de riesgo agregados a la conducta y la actividad de los individuos en ocasiones concretas. Así, la investigación que utiliza datos que sugieren que los preservativos son un 80% eficaces contra la transmisión del VIH durante las relaciones sexuales vaginales con penetración podría interpretarse como que en cualquier ocasión hay una probabilidad de 1 entre 5 de que la pareja receptiva se infecte. Este resultado podría llevar a un tribunal que estudie una acusación de exposición al VIH a considerar que el riesgo es relativamente alto y, por tanto, a condenar. Sin embargo, como explica la Declaración, "si el riesgo estimado de transmisión del VIH de un hombre seropositivo a una mujer durante un único episodio de sexo vaginal sin preservativo es del 0,08%, entonces el riesgo de transmisión cuando se utiliza un preservativo puede entenderse como al menos un 80% menor, o sea, un 0,016% (menos de 2 entre 10.000). Además, "cuando existen otros factores de reducción del riesgo (por ejemplo, una carga viral baja o la abstinencia antes de la eyaculación) la posibilidad de transmisión del VIH, incluso en caso de uso incorrecto del preservativo, se reduce aún más" ⁸⁰ [Referencias omitidas].

No se puede predecir el impacto de esta y otras declaraciones de este tipo, así como de la búsqueda biomédica subyacente, en la limitación de los procesamientos y las condenas en los casos de transmisión y exposición.⁸¹ Esto dependerá de la medida en que se pongan en conocimiento de las autoridades investigadoras y judiciales, de si los abogados de la acusación y de la defensa los utilizan y de cómo lo hacen, y de la receptividad de los jueces y jurados a las pruebas periciales, que, en jurisdicciones de derecho común como Inglaterra y Gales, son pruebas que, aunque sean pertinentes y admisibles, pueden -pero no tienen por qué- tenerse en cuenta a la hora de emitir un veredicto. Sin embargo, si estas declaraciones tienen un efecto limitador, será en parte debido a la abrumadora evidencia actual sobre la eficacia del tratamiento antirretroviral y su capacidad para reducir la carga viral de una persona que vive con el VIH hasta un nivel que haga imposible la transmisión. Y aunque éste es, sin duda, uno de los avances más significativos en los esfuerzos por reducir la propagación del VIH y, en última instancia, eliminarlo, es importante reconocer que la dependencia del tratamiento como medio para limitar la criminalización significa que sólo se beneficiarán de él aquellos a los que el tratamiento esté disponible y sea accesible. Esta cuestión es especialmente grave, dado que muchas de las personas más afectadas por la criminalización pertenecen a grupos de población que no sólo están desproporcionadamente afectados por el VIH, sino que a menudo tienen menos posibilidades de acceder a la terapia antirretrovírica o (en algunos casos) de lograr la supresión de la infección.

79 *R contra Mabior* (2012) SCC 47.

80 Barre'-Sinoussi y otros (n 78) 1, 3-4 <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/jia2.25161> > consultado el 20 de agosto de 2018.

81 Es importante señalar que la Declaración de Consenso de Expertos se publicó antes de la publicación del

~~MÉDICO~~ final del estudio PARTNER 2, que concluyó "que el riesgo de transmisión del VIH en parejas homosexuales a través del sexo sin preservativo cuando la carga viral del VIH está suprimida es efectivamente cero": AJ Rodger y otros, 'Risk of HIV Transmission through Condomless Sex in Serodifferent Gay Couples with the HIV-positive Partner

Toma de terapia antirretroviral supresora (PARTNER): Resultados finales de un estudio multicéntrico, prospectivo y observacional' (2019) 393Lancet 2428 < [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)30418-0/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)30418-0/fulltext)> consultado el 2 de septiembre de 2019.

Sabemos, por ejemplo, que los inmigrantes en la Unión Europea (UE) soportan una mayor carga de VIH que los nacidos allí. Un informe de 2009⁸² realizado por el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC) descubrió que, aunque había una notable variabilidad,⁸³ la proporción de migrantes que vivían con el VIH era superior al 40% en algunos Estados miembros (entre el 20% y el 40% en la mayoría de los países de Europa Occidental); y en 2016 la proporción de personas que vivían con el VIH nacidas fuera del país de la UE/EEE que informaba representaba el 37% de todos los nuevos casos diagnosticados de infección por el VIH.⁸⁴ Aunque la prevención y el tratamiento del VIH es una prioridad política establecida,⁸⁵ y, como aspecto del derecho al más alto nivel posible de salud y bienestar, una obligación legal reconocida, los migrantes en riesgo de contraer el VIH o que viven con él están mal atendidos en muchos países europeos. En la UE, de los veintisiete, sólo trece ofrecen pruebas de detección del VIH gratuitas para todos, ocho ofrecen tratamiento gratuito contra el VIH a los inmigrantes en general de fuera de la UE, tres ofrecen tratamiento gratuito a los inmigrantes indocumentados de fuera de la UE con excepciones, y sólo uno (el Reino Unido) ofrece a los inmigrantes indocumentados tratamiento sin excepciones.⁸⁶ Si se da el caso de que los inmigrantes de fuera de la UE tienen más probabilidades de vivir con el VIH y menos capacidad para acceder a los servicios de prevención y tratamiento, no es de extrañar que haya al menos algunas pruebas⁸⁷ de que han soportado una mayor carga de criminalización que otros; y en ausencia de una implantación universal de la terapia antirretrovírica sin discriminación, las pruebas de los expertos sobre la eficacia del tratamiento tendrán poco o ningún valor.

El mismo problema se plantea para otros que experimentan la marginación social y/o criminalización por otros motivos, como los trabajadores del sexo,⁸⁸ transgénero

-
- 82 Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, *Migrant Health: Epidemiology of HIV and AIDS in Migrant Communities and Ethnic Minorities in EU/EEA Countries* (2009, edición revisada de 2010).
- 83 Esto refleja, en parte, la herencia colonial y la prevalencia del VIH en los países de los que procede su población im- migrante.
- 84 Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, *The Status of the HIV Response in the European Union/European Economic Area, 2016* (2017).
- 85 Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: La lucha contra el VIH/SIDA en la Unión Europea y los países vecinos, 2009-2013* (2009) COM (2009) 569; Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, *Background and Methods. Monitoring the Implementation of the Dublin Declaration to Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia* (2013).
- 86 *Barreras en el camino hacia la salud: Barreras legales y reglamentarias que impiden la continuidad de la atención del VIH en Europa*, < <http://legalbarriers.peoplewithhiveurope.org/en>> consultado el 20 de septiembre de 2019. En 2017, se estimó que había 618.780 migrantes extracomunitarios presentes ilegalmente en los Estados miembros < http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Statistics_on_enforcement_of_immigration_legislation#Non-EU_citizens_tobe_illegally_present>, consultado el 6 de agosto de 2018.
- 87 GNPp Europa y Terrence Higgins Trust, *Criminalización de la transmisión del VIH en Europa: A Rapid Scan of las leyes y los índices de persecución de la transmisión del VIH en los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (2005) < <http://www.sidastudi.org/resources/inmagnetic-dd1694.pdf>> consultado el 8 de agosto de 2018.
- 88 E Mountain y otros, 'Antiretroviral Therapy Uptake, Attrition, Adherence and Outcomes among HIV-Infected Female Sex Workers: A Systematic Review and Meta-Analysis' (2014) 9(9) PLoS One e105645;

MÉDICO y otros, 'Burden of HIV among Female Sex Workers in Low-Income and Middle-income Countries: A Systematic Review and Meta-analysis' (2012) 12 Lancet Infectious Diseases 538; K Shannon y JS Montaner, 'The Politics and Policies of HIV Prevention in Sex Work' (2012) 12 Lancet Infectious Diseases 500; F Scorgie y otros, 'We are Despised in the Hospitals': Sex Workers' Experiences of Accessing Health Care in Four African Countries' (2013) 15 Culture, Health & Sexuality 450; NSWP, Global Network of Sex Work Projects Global Briefing Paper: El acceso de los trabajadores del sexo al tratamiento del VIH

personas,⁸⁹ personas que consumen drogas,⁹⁰ hombres que tienen relaciones sexuales con hombres,⁹¹ y aquellos que están en prisión o detenidos.⁹² Se ha demostrado que todas estas personas que también viven con el VIH encuentran más difícil el acceso a los servicios de tratamiento del VIH y muchas experimentan discriminación cuando intentan hacerlo.⁹³ También hay un conjunto creciente de **p r u e b a s** que demuestran que, al menos con respecto a algunas de estas poblaciones en algunas jurisdicciones, la criminalización de la transmisión y exposición al VIH se experimenta con mayor intensidad que en el caso de la población general⁹⁴ y un estudio de investigación reciente que explícitamente demostró cuántas mujeres que viven con el VIH en Canadá serían incapaces de mantener la supresión vírica necesaria para evitar la responsabilidad penal, incluso si esto se reconociera como una defensa legítima.⁹⁵

El problema fundamental es, posiblemente, que la confianza en los avances biomédicos en el tratamiento del VIH como estrategia limitadora en el proyecto de despenalización permitirá a algunos en riesgo de ser procesados y condenados minimizarlo, mientras que para otros, puede que no haga tal cosa, sirviendo para mantener y reforzar la división en las protecciones legales entre aquellos para los que la terapia antirretroviral está disponible y es accesible y aquellos en poblaciones clave para los que no lo está o para los que la adherencia se hace compleja debido a la situación socioeconómica.

alrededor del mundo (ND) < <http://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/Global%20Briefing%20%20Access%20to%20HIV%20Treatment%20-%20English.pdf>> consultado el 8 de agosto de 2018.

- 89 CJ Reback y otros, 'Health Disparities, Risk Behaviors and Healthcare Utilization Among Transgender Women in Los Angeles County: A Comparison from 1998-1999 to 2015-2016' (2018) 22(8) *AIDS and Behavior* 2524; AI Scheim y otros, 'Inequities in Access to HIV Prevention Services for Transgender Men: Results of a Global Survey of Men Who Have Sex with Men' (2016) 19(3) *Journal of the International AIDS Society* 20779.
- 90 A Sarang, T Rhodes y N Sheon, 'Systemic Barriers Accessing HIV Treatment among People Who Inject Drugs in Russia: A Qualitative Study' (2013) 28(7) *Health Policy and Planning* 681; K DeBeck y otros, 'HIV and the Criminalization of Drug Use among People Who Inject Drugs: A Systematic Review' (2017) 4 *The Lancet HIV* e357-e374.
- 91 G Ayala y GM Santos, 'Will the Global HIV Response Fail Gay and Bisexual Men and Other Men Who Have Sex with Men?' (2016) 19 *Journal of the International AIDS Society* 21098; International Lesbian Gay Bisexual Trans and Intersex Association (ILGA), *State-Sponsored Homophobia: A World Survey of Leyes de orientación sexual: Criminalización, protección y reconocimiento* (2017) < <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report>> consultado el 8 de agosto de 2018.
- 92 R Ju'rgens y otros, 'HIV and Incarceration: Prisons and Detention' (2011) 14 *Journal of the International AIDS Society* 26; FL Alice y otros, 'The Perfect Storm: Incarceration and the High-risk Environment Perpetuating Transmission of HIV, Hepatitis C Virus, and Tuberculosis in Eastern Europe and Central Asia' (2016) 388 *Lancet* 1228.
- 93 ECDC, *Evidence Brief: Impact of Stigma and Discrimination on Access to HIV Services in Europe* (2017) < https://ec.europa.eu/sites/default/files/document_attachments/11/11-EB-Stigma%20and%20discrimination%2017_final.pdf> consultado el 8 de agosto de 2018); AJ Hakim y otros, 'Gaps and Opportunities: Measuring the Cascada de poblaciones clave a través de encuestas y servicios para orientar la respuesta al VIH' (2018) 21 *Journal of the International AIDS Society* e25119.
- 94 El Instituto Williams de la UCLA está llevando a cabo algunos de los trabajos más innovadores e importantes en este ámbito. Véase, por ejemplo, A Hasenbush, *HIV Criminalization in Georgia: Penal Implications for People Living with HIV/AIDS* (*The Williams Institute/UCLA School of Law*, 2018) < <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/HIV-Criminalization-Georgia-Jan-2018-1.pdf>> consultado el 20 de septiembre de 2019; A Hasenbush y otros, *HIV Criminalization and Sex Work in California* (*The Williams Institute/UCLA School of Law*, 2017) < <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/HIV-Criminalization-Sex-Work>

D es ca rg ad o de htt ps :// ac ad e mi c. ou p. co m/ m ed la w/ art icl e/ 27 /4/ 57 6/ 56 01 12 8 po r un us ua rio de la U ni ve rsi da d de H ert for ds hir e el 30 de se pti e m

- 95 A Kru'si y otros, para el equipo del proyecto SHAWNA, 'Marginalized Women Living with HIV at Increased Risk of Viral Load Suppression Failure: Implications for Prosecutorial Guidelines Regarding Criminalization of HIV Non-disclosure in Canada and Globally', Resúmen oral presentado en AIDS2018 < <http://programme.aids2018.org/Abstract/Print/?abstractid¼411316> > consultado el 20 de agosto de 2018.

factores más allá de su control inmediato. Varios especialistas han cuestionado el impacto de lo que consideran un enfoque biomédico (distinto del social y conductual) en la respuesta al VIH, sugiriendo, entre otras cosas, que es poco reductivo y no reconoce la experiencia diversa de las PVIH. Como dice Persson, refiriéndose al paradigma del tratamiento como prevención

Con su solución aparentemente sencilla y su generalización global, promete cortar o sortear las complicadas complejidades de la vida y las relaciones sexuales de las personas y dar paso a una era de normalización.

la suposición de una transición integral de una corporeidad coherente del VIH a otra, sin importar las especificidades culturales e individuales. La relación liberal en la que se basa este paradigma, y la prevención del VIH en general, es problemática porque la experiencia es un proceso polémico, incompleto y emergente,

y, por tanto, las intenciones humanas rara vez producen lo que se pretende.⁹⁶

En el presente contexto se pueden hacer observaciones similares, y quizás deberíamos ser, como mínimo, escépticos sobre el potencial de las pruebas de los expertos que se basan en el poder preventivo del tratamiento para limitar la criminalización de las personas a las que más suele afectar, a menos que vayan acompañadas de los argumentos basados en los principios de justicia, equidad y derechos que han propuesto los activistas y otros y que se han considerado anteriormente en este artículo.

VI. OBSERVACIONES FINALES: ¿UN LÍMITE DE PRINCIPIO A LA DESPENALIZACIÓN?

Los casos de criminalización del VIH que suelen preocupar a los defensores de la reforma han sido aquellos en los que las PVIH han sido procesadas sin intención de hacer daño a otros y en los que el VIH no se transmitió (y en muchos casos no pudo hacerlo). Éstos constituyen la mayor parte de los casos que se investigan, se procesan y se presentan ante los tribunales de todo el mundo, y han sido los que han servido de base para las recomendaciones de ONUSIDA y la Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley, que, en resumen, son que, si bien la transmisión intencionada (y los intentos intencionados de transmisión) pueden justificar el castigo del Estado, el impacto adverso sobre la salud pública y la injusticia asociada a conductas menos graves significan que dichas conductas no deberían ser penalizadas.⁹⁷ Sin embargo, ¿qué ocurre con el raro caso que entra dentro de la excepción: la persona que se demuestra que ha tenido la intención de dañar a otro, o que ha buscado plenamente dañar a otro, a través de la agencia del VIH? ¿Es éste el caso límite? ¿Debe criminalizarse necesariamente a una persona así?

96 A Persson, 'Non/infectious Corporealities: Tensions in the Biomedical Era of "HIV Normalisation"' (2013) 35(7) *Sociology of Health & Illness* 1065, 1076. Véase también, P Flowers, 'HIV Transitions: Consequences for Self in an Era of Medicalisation' en M Davis y C Squire (eds), *HIV Treatment and Prevention Technologies in International Perspective* (Palgrave Macmillan 2010); M Rosengarten, *HIV Interventions: Biomedicine and the Traffic Between Information and Flesh* (University of Washington Press 2009); S Kippax y N Stephenson, 'Beyond the Distinction Between Biomedical and Social Dimensions of

En 2017, Daryll Rowe fue juzgado en el Tribunal de la Corona de Lewes por infectar a cinco parejas masculinas con el VIH e intentar infectar a otras cinco sin éxito. Había pruebas de que había saboteado preservativos, mentido sobre su estado de VIH y enviado correos electrónicos agresivos y burlones después de haber mantenido relaciones sexuales sin protección en los que revelaba su estado positivo. Fue declarado culpable de los diez cargos de causar, y de intentar causar, daños corporales graves, y en abril de 2018 fue condenado a cadena perpetua con una pena mínima de 12 años.⁹⁸ También fue condenado, con respecto a cuatro delitos cometidos en Escocia y que admitió, a una pena de 8 años de prisión concurrente.⁹⁹ Este fue el primer caso en el Reino Unido en el que se condenó a una persona por dañar intencionadamente, o intentar dañar, a otros con el VIH (todas las demás condenas han sido por transmisión imprudente).

A primera vista, las circunstancias de la condena de Rowe satisfacen las recomendaciones internacionales y, ciertamente, se consideró que su comportamiento había manifestado una indiferencia gratuita hacia sus parejas sexuales. Es difícil ver cómo se podría, o desear, sugerir que la responsabilidad en hechos como los del caso de Rowe no está justificada, incluso si se aceptan los argumentos a favor de la despenalización en principio. Sin embargo, es importante reconocer que la legitimidad de una condena en un caso como éste, o de hecho en cualquier caso penal (distinto de los delitos reglamentarios de responsabilidad objetiva), depende de que se satisfagan dos criterios básicos. Uno de ellos es establecer que la falta moral del acusado es de un tipo suficientemente grave -en este caso el deseo de dañar, o perjudicar, a la víctima-; y el segundo es que los medios para lograr ese daño, o perjuicio, son de un tipo reconocido e identificado como una violación suficientemente grave de los intereses de la víctima.¹⁰⁰ A menos que se cumplan estos dos criterios, la responsabilidad penal no está justificada.

Lo que esto significa es que sólo si aceptamos como axioma que el VIH es un daño grave se justifica la criminalización del VIH; y que, como he analizado con más detalle en otro lugar,¹⁰¹ es una opción. Podríamos elegir, como sociedad, identificar a las personas que viven con el VIH como personas perjudicadas, con respecto a cuya infección, es simplemente una cuestión de texto si proporciona la base para una acusación penal (que depende en parte de la intención de la persona que las infectó); o podríamos elegir caracterizar el VIH como un fenómeno ambiental, cuyo movimiento entre las personas es tanto una secuencia de, por ejemplo, la resistencia de las membranas mucosas y la accesibilidad y disponibilidad de un tratamiento eficaz. Podríamos optar por reconocer que, aunque el tratamiento de la infección por el VIH implique tomar medicación durante el resto de la vida, también lo hacen muchas otras enfermedades con las que convivimos, y podríamos optar por reconocer que aquellos cuyo VIH se diagnostica a tiempo y que inician el tratamiento viven

98 K Rawlinson, 'Man Jailed for Life after Deliberately Infecting Men with HIV' *The Guardian* (Londres, 18 de abril de 2018) < <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/18/hairdresser-daryll-rowe-given-life-sen>

tence-for-deliberately-infecting-men-with-hiv> consultado el 15 de agosto de 2018.

99 S Johnson, 'El peluquero Daryll Rowe es condenado en Escocia por intentar infectar a más hombres con el VIH' *The Telegraph* (Londres, 4 de mayo de 2018) < <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/05/04/hairdresser-daryll-rowe-sentenced-scotland-trying-infect-men/>> consultado el 15 de agosto de 2018.

- 100 M Fido-Lami, *Harm to Others* (OUP 1984); M Moore, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law* (OUP 1997).
- 101 M Weait, 'HIV and the Meaning of Harm' en C Stanton y H Quirk (eds), *Criminalising Contagion: Legal and Ethical Challenges of Disease Transmission and the Criminal Law* (CUP 2016).

vidas largas y sanas,¹⁰² y que dicho tratamiento ha hecho que la causa de muerte de las PVVS sea cada vez más por causas no relacionadas con el VIH y no por enfermedades definitorias del SIDA.¹⁰³ O bien podríamos optar, como hizo Dinamarca en 2011, por revisar la aplicación de la ley y no seguir con la criminalización del VIH.¹⁰⁴

Sin embargo, hay poco interés en la reforma, y la Comisión Jurídica de Inglaterra y Gales ha recomendado recientemente que se mantenga la situación jurídica actual en esta jurisdicción (y que cualquier cambio esté sujeto a una revisión más amplia).¹⁰⁵ De forma más general, es posible reconocer que las opciones expuestas anteriormente pueden realizarse sin llegar necesariamente a la conclusión de que proporcionan una justificación suficiente para una despenalización completa. La transmisión intencionada, como la ejemplificada en la condena de Daryll Rowe, puede servir como caso límite, como aquel contra el que incluso los más fervientes defensores de la despenalización no pueden argumentar (o deciden, por razones prácticas y políticas, no hacerlo). Si sirve así, y si las ambiciones de esos defensores no se extienden a desafiar la caracterización del VIH como un daño grave en el contexto del derecho penal, sino simplemente a limitar la responsabilidad (mediante, por ejemplo, el uso de pruebas de expertos sobre el efecto del tratamiento), la batalla sólo se ganará parcialmente, y puede .

Declaración de conflicto de intereses. El autor fue miembro del Grupo de Asesoramiento Técnico para la Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley y ha actuado como consultor para ONUSIDA. Las opiniones presentadas aquí son las del autor.

102 G Wandeler, LF Johnson y M Egger, 'Trends in Life Expectancy of HIV-positive Adults on Antiretroviral Therapy across the Globe: Comparisons with General Population' (2016) 11(5) *Current Opinion in HIV and AIDS* 492.

103 SG Deeks y AN Phillips, 'HIV Infection, Antiretroviral Treatment, Ageing, and Non-AIDS Related Morbidity' (2009) 31(338) *BMJ* 288.

104 EJ Bernard, 'Dinamarca: Justice Minister Suspends HIV-Specific Criminal Law, Sets Up Working Group' (17 de febrero de 2011) < <http://www.hivjustice.net/news/denmark-justice-minister-suspends-hiv-specific-criminal-law-sets-up-working-group/> > consultado el 20 de agosto de 2018.

105 Comisión de Derecho, *Reforma de los delitos contra la persona* (Law Com 361), capítulo 6.