

10 RAZONES PARA

OPONERSE A LA

PENALIZACIÓN DE

LA EXPOSICIÓN AL

Y LA TRANSMISIÓN

DEL VIH

Las preocupaciones de las organizaciones de mujeres que apoyan los enfoques de la ley penal al VIH necesitan recibir una respuesta clara y positiva. Particularmente, se deben tomar acciones en contra de la violencia doméstica y la subordinación de las mujeres.

— Priscilla Misihairabwi-Mushonga, Miembro del Parlamento de Zimbabue, 2007

10 razones para oponerse a la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH

Hemos sido testigo en estos últimos años, particularmente en partes de África, Asia, Latinoamérica y el Caribe, de la promulgación de leyes específicas de VIH que penalizan la transmisión del y la exposición al VIH. Al mismo tiempo, particularmente, en Europa y Norteamérica, las leyes penales vigentes están siendo utilizadas cada vez más para enjuiciar a personas por transmitir el VIH o exponer a otros a la infección del VIH.

La presión por aplicar las leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH viene muchas veces por el deseo de responder a una preocupación importante generada por la rápida propagación del VIH en muchos países, conjuntamente con la percepción que los actuales esfuerzos de prevención del VIH han fracasado. Esa preocupación es legítima. Recientemente, y particularmente en África, algunos grupos han comenzado a hacer incidencia política por la penalización para darle diagnóstico a la actual situación de las mujeres, que están siendo infectadas con el VIH por la violencia sexual o por parejas que no les revelan su diagnóstico de VIH.

A pesar que esos asuntos deben ser atendidos urgentemente, un profundo análisis de lo complejo de la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH revela que es poco probable que tal acción vaya a prevenir nuevas infecciones o reducir la vulnerabilidad de las mujeres al VIH. De hecho, eso podría perjudicar a

las mujeres en vez de ayudarlas, así como impactar negativamente tanto la salud pública como los derechos humanos.

Este documento presenta diez razones por las que la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH es, en términos generales, una política pública injusta e inefectiva. La excepción obvia involucra el caso de una persona que intencionadamente y maliciosamente transmita el VIH a otra persona con el propósito de hacerle daño. Si ese es el caso, las leyes penales pueden y deben ser usadas. Adicionalmente, los gobiernos deben enjuiciar efectivamente todos los casos de violencia sexual y garantizar que la violación en el matrimonio sea reconocida como un crimen.

Sin embargo, cuando las personas que viven con VIH no actúen con la intención específica de perjudicar a otras personas, los países no deberían penalizar la transmisión del y la exposición al VIH. Por el contrario, los países deben tomar los pasos necesarios para aumentar los esfuerzos de tratamiento y prevención basados en las evidencias y reducir la vulnerabilidad de las mujeres al VIH.

1.

La penalización de la transmisión del VIH sólo se justifica cuando una persona deliberadamente o maliciosamente transmita el VIH a otra persona con la intención de perjudicarla. En esos limitados casos, las leyes penales pueden y deben ser utilizadas, en vez de aprobarse leyes específicas de VIH.

La razón más importante alegada por los legisladores para la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH es que las personas que transmiten el VIH o exponen a otras personas al riesgo de infectarse con el VIH deben ser castigadas debido a que sus comportamientos son “moralmente incorrectos” o “dañinos.”

Sin embargo, la mayoría de las personas que transmiten el VIH lo hacen ya sea sin saber que están infectadas o que están transmitiendo el VIH, o porque tienen miedo a que revelar su estatus de VIH generará violencia, discriminación, rechazo de sus familiares y amigos, y otros abusos basados en su estatus serológico de VIH. Esos temores, aun cuando muchas veces están bien justificados, no absuelven a las personas de su obligación moral de tomar los pasos necesarios para proteger a otras personas de la infección. Sin embargo, enjuiciar a las personas que generen el riesgo de causar daño debido al miedo a la discriminación ni disuade sus comportamientos ni hace justicia.

Es evidente que existen personas que buscan maliciosamente causar daños a través de la transmisión del VIH

y tienen éxito en hacerlo. En esos casos, la aplicación de la legislación penal está justificada. Esta excepción debe ser consistente con las recomendaciones plasmadas en el documento *La Penalización de la Transmisión del VIH* elaborado por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre VIH/SIDA (ONUSIDA) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Aún en esos casos, sin embargo, la creación de delitos específicos de VIH no es, en términos generales, algo necesario ya que las leyes penales vigentes son suficientes para castigar a las personas que, específicamente, busquen transmitir el VIH a otras personas. Por ejemplo, las estipulaciones que prohíben infligir daños físicos pueden ser utilizadas para la transmisión del VIH.

Aun cuando es importante enjuiciar los casos de las transmisiones reales causadas por la mala intención usando las leyes penales existentes, se debe tener mucho cuidado para asegurarse que esas leyes no sean aplicadas de una manera muy general. En la gran mayoría de los casos, la aplicación de las leyes penales a la transmisión del o la exposición al VIH hará más mal que bien. Por ejemplo, las leyes penales no pueden aplicarse de manera justificable a la transmisión del y la exposición al VIH cuando no exista un riesgo significativo de transmisión del VIH o cuando una persona:

- ▶ no sabía que vivía con VIH;
- ▶ no entendía como se transmite el VIH;

- ▶ reveló su estatus positivo a la persona en riesgo (o tiene razones para creer que la otra persona conocía su estatus);
- ▶ no reveló su estatus positivo debido al miedo a la violencia u otras consecuencias negativas importantes;
- ▶ tomó medidas para reducir el riesgo (como practicar sexo seguro mediante el uso del condón u otras precauciones); o,
- ▶ había acordado previamente el nivel de riesgo mutuamente aceptable con la otra persona.

Incluso, la extensión de la aplicación de las leyes penales a los casos donde las personas sean “negligentes” o “descuidadas” pero no actúen con el propósito de dañar a otras personas, sería una mala política pública. En ese escenario, la ley se aplicaría potencialmente a tantos casos y los alegatos serían tan difíciles de comprobar que podría dar como resultado muchas consecuencias negativas no deseadas. Esas consecuencias negativas están discutidas en las razones 2-10 de este documento.

En vez de aplicar las leyes penales a los casos que vayan más allá de la intención maliciosa y transmisión real, los estados deberían enfocarse en empoderar a las personas que viven con VIH para que se hagan la prueba del VIH, revelen su estatus y practiquen relaciones sexuales más seguras sin miedo al estigma y la discriminación. Ese empoderamiento incluye la protección de las personas que viven con VIH de la discriminación al promulgar e implementar leyes relevantes, así como

la promoción de campañas sociales para reducir el estigma. Cuando los niveles de estigma y discriminación son bajos en un escenario social, las personas se sienten empoderadas a realizarse la prueba del VIH y prevenir la transmisión del VIH.

La aplicación de la ley penal a la transmisión del y la exposición al VIH frustra esas importantes metas de salud pública. Eso promueve un clima de miedo y retribución en relación a la transmisión del VIH, en vez de un “entorno social y legal que sirva de apoyo a una revelación segura y voluntaria del estatus de VIH” – un entorno que, al apoyar la *Declaración Política de VIH/SIDA (2006)*, los gobiernos se comprometieron a crear en sus repuestas nacionales al VIH.

En la *Declaración Política del 2006*, los jefes y representantes de estados y de gobiernos se comprometieron a “redoblar los esfuerzos para promulgar, fortalecer o hacer cumplir ... leyes ... y otras medidas a fin de eliminar todas las formas de discriminación contra las personas que viven con el VIH y los miembros de grupos vulnerables, y a asegurarles el pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales ... y a elaborar estrategias para combatir el estigma y la exclusión social asociados a la epidemia” (párrafo 29).

2. La aplicación de leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH no reduce la propagación del VIH.

Los legisladores algunas veces alegan que aplicar las leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH puede reducir la propagación del VIH al incapacitar o rehabilitar a quienes las violan, o al disuadir a otras personas de transmitir el VIH. Sin embargo, la aplicación de leyes penales a los comportamientos riesgosos relacionados con el VIH no ha demostrado que incapacitan, rehabilitan o persuaden a las personas que las violan.

Incapacitación: Para reducir la propagación de la epidemia del VIH, se debe prevenir que una cantidad inmensa de personas tengan relaciones sexuales inseguras, compartan jeringas o participen en otros comportamientos riesgosos - algo que no puede lograr ninguna ley penal específica de VIH. De hecho, la encarcelación de las personas que viven con VIH no previene la transmisión del VIH. Los comportamientos riesgosos relacionados con el VIH son comunes en las prisiones y la mayoría de los sistemas penitenciarios continúan rechazando la introducción de medidas de prevención apoyadas por las evidencias como los condones o equipos de inyección esterilizados, así como no toman las medidas necesarias para reducir la prevalencia de violaciones y otras formas de violencia sexual.

Rehabilitación: Hay pocas evidencias que puedan demostrar que las condenas penales de las conductas

que transmiten o causan el riesgo de la transmisión del VIH puedan “rehabilitar” a la persona al punto de evitar futuras conductas que conlleven el riesgo de transmitir el VIH. La mayoría de los casos de transmisión del VIH están relacionados con actividades sexuales o uso de drogas – comportamientos humanos que son complejos y muy difíciles de cambiar a través de la herramienta inefectiva de las condenas penales. Las prisiones tampoco imparten programas de herramienta sobre los comportamientos que transmiten el VIH. El cambio de comportamientos individuales es más probable que se de como resultado de intervenciones como la consejería y apoyo en esa área, así como de medidas que respondan a las razones subyacentes de la participación en actividades que generen el riesgo de la transmisión del VIH.

Persuasión: No hay evidencias científicas que apoyen el alegato que el enjuiciamiento penal, o el miedo al mismo, tienen efectos significativos en torno a incentivar la revelación del estatus por parte de las personas que viven con VIH a sus parejas sexuales o persuadir conductas que generen el riesgo de la transmisión. La mayoría de las personas que viven con o en riesgo del VIH ya saben que tienen la responsabilidad de proteger a otras personas de la infección del VIH, especialmente cuando tienen acceso a servicios de consejería y protección de buena calidad, como los condones masculinos y femeninos e intervenciones para reducir la posibilidad de la transmisión materno-infantil. En cualquier caso, durante el tiempo en donde existe un mayor riesgo de transmisión del VIH (los primeros meses luego de la infección), la mayoría de las

personas todavía no saben que viven con VIH, algo que limita el valor preventivo que pueda tener cualquier estipulación penal.

No existen evidencias que demuestren que las leyes penales específicas para la transmisión del VIH tendrán un impacto significativo en la propagación del VIH o en detener la epidemia. Lo que se le debe dar prioridad es, por lo tanto, al incremento del acceso a métodos de prevención integrales e informados por las evidencias para luchar contra el VIH/SIDA.

- Texto tomado de las conclusiones de la Primera Reunión Mundial de Parlamentarios sobre VIH/SIDA, 28-30 Noviembre 2007.

3.

La aplicación de leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH menoscaba los esfuerzos de prevención.

La aplicación de leyes penales a la transmisión del VIH puede disuadir a las personas a hacerse la prueba y conocer su estatus de VIH, ya que la falta de conocimiento sobre su estatus podría ser la mejor defensa en un juicio penal. De hecho, en jurisdicciones con leyes penales específicas de VIH, los consejeros de la prueba del VIH muchas veces están obligados a advertirle a las personas que la realización de la prueba del VIH puede exponerlos a responsabilidades penales si descubren que viven con VIH y continúan teniendo relaciones sexuales. Esos mismos consejeros son algunas veces obligados a suministrar evidencias del estatus de VIH de las personas en los juicios penales. Eso interfiere con el suministro de la atención de la salud y frustra los esfuerzos de motivar a las personas para que se realicen la prueba.

Otras consecuencias no deseadas de aplicar leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH incluyen:

Crean un falso sentido de seguridad: Darle la responsabilidad legal exclusivamente a las personas que viven con VIH en la prevención de la transmisión del virus menoscaba el mensaje de salud pública que indica que todas las personas deben practicar comportamientos más seguros independientemente de su estatus de VIH y que la salud sexual debe ser una responsabilidad compartida en la pareja sexual. Las personas podrían

asumir (equivocadamente) que sus parejas no viven con VIH debido a que no han revelado ese estatus y, por lo tanto, no tomar las medidas necesarias para protegerse de la infección del VIH.

Crean desconfianza en las relaciones entre las personas que viven con VIH y sus proveedores de la atención de la salud: La personas podrían temer que la información relacionada con su estatus de VIH podría ser usada en su contra en el sistema de justicia penal. Eso impide el suministro de tratamiento y atención de calidad, así como también podría impactar negativamente la participación de las personas que viven con VIH en los tan necesitados estudios de investigación.

4.

La aplicación de leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH promueve el miedo y el estigma.

Luego de casi treinta años de responder al SIDA se ha hecho evidente la importancia de romper el silencio sobre la epidemia, hablar abiertamente sobre el VIH e incentivar a las personas para que vivan positivamente. La aplicación de leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH, con muy pocas excepciones, logra lo contrario. La penalización fortalece el estereotipo que las personas que viven con VIH son criminales inmorales y peligrosos en vez de, como pasa con el resto, personas que tienen responsabilidades, dignidad y derechos humanos.

La introducción de delitos penales específicos para el VIH, así como las acusaciones penales en contra de personas que viven con VIH por conductas que transmiten o crean el riesgo de la transmisión del VIH, han estado muchas veces acompañadas por una cobertura o comentarios inflamatorios y desinformados de los medios de comunicación o figuras de alto nivel como fiscales, oficiales del gobierno o legisladores. Esa retórica sólo puede desmotivar a las personas para que den un paso adelante y se hagan la prueba del VIH y busquen consejería, así como para que hablen honesta y abiertamente acerca del SIDA.

El enjuiciamiento de la transmisión del y la exposición al VIH también propaga mitos y desinformación sobre como se transmite (o no) el VIH. En ciertas jurisdicciones

ciones se han acusado penalmente a algunas personas que viven con VIH por actividades como morder, escupir o arañar a pesar de las evidencias que indican que el riesgo de transmisión del VIH por esas vías es extremadamente improbable (y en algunos casos ni existe). En otras jurisdicciones, el sistema judicial basado en la confrontación ha motivado a los fiscales a realizar comentarios amplios y extremadamente imprecisos sobre el riesgo de la transmisión del VIH, aun cuando el mismo sea mínimo, incluyendo en los casos cuando las personas que viven con VIH están recibiendo tratamiento antirretroviral y no tienen ninguna infección de transmisión sexual. Esos enjuiciamientos y declaraciones no sólo menoscaban los esfuerzos para educar al público sobre el VIH sino generan más temores en torno a las personas que viven con VIH.

Trágicamente, es el estigma lo que está detrás de la tendencia hacia la penalización. Es el estigma, enraizado en la moral que surge de la transmisión sexual del VIH, lo que muchas veces da el impulso principal a la promulgación de tales leyes.

Aún más trágico es el hecho que estas leyes y acusaciones, por si mismas, sólo añaden leña al fuego del estigma. Las acusaciones y juicios por la transmisión del y la exposición al VIH, así como los efectos paralizantes del contenido de las mismas estipulaciones, refuerzan la idea que el VIH es una condición vergonzosa, deshonrosa e indigna.

- Edwin Cameron, Juez de la Corte Superior de Apelaciones de Sudáfrica, 2008

5.

En vez de ayudar a las mujeres, la aplicación de leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH las ponen en mayor peligro y opresión.

Algunos apoyan la aplicación de leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH pensando que podría impedir que mujeres y niñas se infecten con el VIH por parejas infieles, a través de la violencia doméstica y/o por parejas que no les revelen su estatus de VIH.

Muchas mujeres y niñas a nivel mundial son obligadas o forzadas a tener relaciones sexuales. Adicionalmente a los servicios de salud, psicológicos y de crisis como consecuencia de la violación, esas mujeres y niñas merecen que se haga justicia por el acto de violencia perpetrado en su contra.

Sin embargo, la aplicación de leyes penales a la transmisión del VIH no enfrenta en lo absoluto la epidemia de la violencia de género o la grave desigualdad económica, social y política que son las raíces de la vulnerabilidad desproporcionada de las mujeres y niñas al VIH. Por el contrario, es más probable que esas leyes sean usadas para enjuiciar a más mujeres que hombres, por al menos tres razones:

Es más probable que las mujeres conozcan su estatus de VIH antes que sus parejas masculinas: Debido a que tienen más contacto con el sistema de salud (incluyendo durante el embarazo y proceso de dar a luz) las mujeres normalmente tienen más probabilidades de

descubrir primero si viven con VIH que sus parejas masculinas – especialmente tomando en cuenta la tendencia de los gobiernos de utilizar las pruebas y consejería del VIH iniciadas por los proveedores en los escenarios de la atención prenatal. Cuando existen leyes que penalizan la exposición al y la transmisión del VIH, y para evitar ser enjuiciadas por exponer a sus parejas al VIH, las mujeres que viven con VIH deben revelar su estatus de VIH, rehusarse a tener relaciones sexuales o insistir en el uso del condón. Sin embargo, para muchas mujeres esas acciones conllevan el riesgo de violencia, evicción, desheredamiento, pérdida de la custodia de los hijos y abusos severos. La combinación de pruebas cada vez más rutinarias (particularmente durante el embarazo) y la penalización de la transmisión del y la exposición al VIH, por lo tanto, le da a las mujeres unas alternativas imposibles: o arriesgarse a la violencia al tratar de proteger a sus parejas o arriesgarse a ser enjuiciadas por no hacerlo.

Es más probable que se culpe a las mujeres por la infección del VIH. Es más probable que las parejas íntimas, los familiares políticos y comunidades culpen a las mujeres y no a los hombres por “traer el VIH a la casa”, y eso puede dar como resultado la evicción, ostracismo, pérdida de propiedades y herencia, y pérdida de la custodia de los hijos. Las leyes que penalizan la exposición al y la transmisión del VIH sólo generarán otra herramienta para oprimir a la mujer. Este punto es particularmente relevante debido a que hasta ahora la asignación de culpa sigue siendo una parte importante de los sistemas legales, tanto consuetudinarios como formales, en relación al divorcio y derechos sucesorales.

Algunas mujeres podrían ser enjuiciadas por la transmisión materno-infantil: Algunas leyes que penalizan la exposición al y la transmisión del VIH son redactadas de una manera tan amplia que incluyen a las mujeres que transmitan el VIH a sus hijo/as durante el embarazo o amamantamiento. Para millones de mujeres que viven con VIH/SIDA – pero a quienes se les niega muchas veces el acceso a la planificación familiar, los servicios de salud sexual y reproductiva o los medicamentos que previenen la transmisión materno infantil – eso hace que el embarazo sea efectivamente, aun cuando lo desee o no, un delito penal. Existen maneras más efectivas para prevenir la transmisión materno-infantil del VIH, como apoyar los derechos de todas las mujeres a tomar decisiones informadas acerca del embarazo y darles servicios e información sobre la salud sexual y reproductiva. Eso ayudará a prevenir, en primer lugar, que las mujeres y niñas se infecten con el VIH; evitar embarazos no deseados en las mujeres; y, darle los medicamentos efectivos para evitar la transmisión materno-infantil del VIH en mujeres embarazadas que viven con VIH que deseen tener hijos.

La penalización de la exposición al y la transmisión del VIH no protegerá a las mujeres y niñas de la coacción o violencia que puede transmitir el VIH, como de las violaciones incluyendo dentro del matrimonio. De hecho, muchos países ya tienen fuertes leyes en contra de la violación que no han podido hacerlas cumplir. Los gobiernos deben cumplir con sus obligaciones de promover y proteger los derechos de las mujeres a vivir libre de violencia. En vez de leyes específicas de VIH

adicionales e inefectivas que serán usadas en su contra, las mujeres y niñas tiene el derecho humano a lograr el enjuiciamiento de manera oportuna, efectiva y agresiva de todas las formas de violencia de género y a recibir los servicios médicos y otros servicios que puedan reducir su riesgo de contraer el VIH, incluyendo el acceso oportuno a la profilaxis post-exposición. Es una ironía y una tragedia que los delitos penales específicos al VIH sean promulgados en algunos países como una manera para proteger a las mujeres, al mismo tiempo que esos países hacen muy poco para lograr la igualdad de género y reducir la violencia de género.

Las preocupaciones de las organizaciones de mujeres que apoyan los enfoques de la ley penal al VIH necesitan recibir una respuesta clara y positiva. Particularmente, se deben tomar acciones en contra de la violencia doméstica y la subordinación de las mujeres.

-Priscilla Misihairabwi-Mushonga, Miembro del Parlamento de Zimbabue, 2007

6.

Las leyes que penalizan la exposición al y la transmisión del VIH son redactadas y aplicadas de una manera demasiado amplia, muchas veces castigando comportamientos inocentes.

Muchas leyes que penalizan la exposición al y la transmisión del VIH son redactadas o aplicadas de una manera inapropiada, incluyendo comportamientos que la sociedad no tiene interés en castigar y colocando a personas inocentes en riesgo de ser enjuiciadas. Por ejemplo, algunas leyes requieren que las personas que viven con VIH informen a todas las personas con las que tengan “contacto sexual” acerca de su estatus, lo que significa que podrían ser encarceladas por no revelar su estatus de VIH antes de besar a alguien o realizar otros comportamientos que no generen el riesgo de transmisión del VIH. En la práctica, tanto por las nuevas leyes específicas de VIH como por los delitos penales de mayor alcance, se encarcela frecuentemente a las personas que viven con VIH por exponer a sus parejas sexuales al VIH, aun cuando el riesgo de transmisión sea mínimo. Por ejemplo, en una jurisdicción un hombre que vive con VIH que incurrió en sexo oral con su pareja fue sentenciado a un año de prisión por la ley de exposición al VIH, a pesar del hecho que el riesgo de transmisión del VIH era mínimo, si existía, en ese caso.

Otras leyes castigan penalmente a personas que toman medidas para reducir el riesgo (como usar condón), que no conocen su estatus de VIH o que tienen relaciones sexuales consensuales luego de revelar su estatus de VIH. Por ejemplo, una mujer que vive con VIH, en otra jurisdicción,

dicción, fue sentenciada bajo la nueva ley específica de VIH por tener relaciones sexuales con su pareja, aun cuando él sabía de su estatus de VIH y usó condón.

Algunas leyes incluso penalizan a las mujeres embarazadas, al castigar cualquier acto realizado por una persona que vive con VIH que pueda “predecirse razonablemente” que transmitirá el VIH a otra persona. Eso significa que el quedar embarazada mientras se tiene el VIH puede generar una acusación penal. Por ejemplo, la redacción de las leyes es tan amplia en muchas jurisdicciones de África que cubre a las mujeres embarazadas que sabían que tenían o temían que podrían tener el VIH. Si ellas hacen “cualquier cosa” que involucre la posibilidad de infectar a otras personas –como dar a luz o amamantar a sus hijo/as – se podría utilizar la ley para hallarlas culpable, aun cuando sus bebés no estén infectado/as.

Otras leyes también penalizan cualquier “omisión” que de como resultado la transmisión del VIH. Eso implica que el no hacerse la prueba del VIH y no conocer su propio estatus pudiera ser un delito penal – sin importar incluso si la prueba del VIH está disponible.

7.

Las leyes que penalizan la exposición al y la transmisión del VIH son muchas veces aplicadas de una manera injusta, selectiva e inefectiva.

No es una sorpresa, cuando existen estipulaciones penales específicas al VIH, que sólo se enjuicien muy pocos de los casos donde verdaderamente haya existido una exposición al o la transmisión del VIH. Esa gran discreción en torno a cuales casos son enjuiciados genera una gran cantidad de acusaciones selectivas y arbitrarias.

El riesgo de enjuiciamientos selectivos o arbitrarios:

Dado el estigma que todavía rodea al VIH y la persistente discriminación relacionada con el VIH, las sanciones penales están muchas veces dirigidas desproporcionadamente a aquellas personas que son marginadas social y/o económicamente. Por ejemplo, en una jurisdicción, un hombre que vivía en la calle (*homeless*) y con VIH fue sentenciado a 35 años de prisión por haber escupido a un policía que lo estaba arrestando por conducta inapropiada. Otros casos sugieren que la ley penal se invoca en circunstancias sensacionalistas, muchas veces relacionadas con las personas más marginadas y estigmatizadas en la sociedad, incluyendo inmigrantes y refugiados, extranjeros, o trabajadoras y trabajadores sexuales, así como ocasionalmente responden a campañas emocionales de los medios de comunicación.

La posibilidad de sentenciar a alguien sin tener las pruebas necesarias: Demostrar que la persona acusada vivía

con VIH en el momento de la ofensa alegada, así como comprobar quién infectó a quien y cuando, es un desafío importante. En una relación sexual, a quien se le asigna la culpa de transmitir el VIH será probablemente quien se enteró primero de sus estatus pero no necesariamente quien haya sido infectado de primero. Aun cuando la persona acusada se haya infectado primero, es posible que sea una tercera persona quien haya verdaderamente infectado a su pareja sexual. Para probar la culpabilidad, se requieren evidencias científicas que demuestren la transmisión por parte de la persona acusada. En los últimos años, donde existen los recursos, los fiscales encargados de los casos de transmisión del VIH muchas veces han utilizado la “prueba filogenética,” que busca establecer una relación genética entre los virus de VIH de las dos partes. Sin embargo, esa evidencia sólo señala similitudes entre los virus y no comprueba más allá de una duda razonable la fuente del virus. Esas evidencias técnicas y sus limitaciones no han sido entendidas apropiadamente por la policía, fiscales, abogados defensores, cortes, medios de comunicación o personas que viven con VIH u organizaciones de VIH. Las pruebas filogenéticas son también bastante costosas y por lo tanto no pueden ser pagadas en muchos países de bajos recursos. Como resultado de todos esos factores, existe un potencial considerablemente alto de condenar a una persona sin las pruebas necesarias.

La invasión de la privacidad: En muchos casos, se viola la confidencialidad de los registros médicos, guardados por los profesionales o consejeros de salud, al tratar de establecer el estatus de VIH de alguna persona duran-

te el proceso penal. Esas violaciones de la confidencialidad podrían afectar la voluntad de las personas que viven con VIH en torno a discutir comportamientos riesgosos con los consejeros, acordar hacerse la prueba del VIH y recibir consejería, o buscar tratamiento de otras infecciones transmitidas sexualmente que aumentan el riesgo de transmisión del VIH.

En países como Sudáfrica, donde todavía existen altos niveles de discriminación contra las personas que viven con VIH, nunca se podrá implementar una ley específica que penalice la transmisión del VIH. El VIH sería empujado a la clandestinidad. La penalización acabaría con los intentos de fomentar la prueba y la revelación [del estatus] voluntaria. También perpetuaría aún más el estigma, creando una sociedad paralela de “nosotros” y “ellos”.

Los legisladores deben mantener la cordura. Somos nosotros los que hemos sido elegidos para dar liderazgo y necesitamos tomar las decisiones en el mejor interés de todos en la sociedad, sin importar su estatus de VIH.

-Henrietta Bogopane-Zulu Miembro del Parlamento de Sudáfrica, 2007.

8.

Las leyes que penalizan la exposición al y la transmisión del VIH ignoran los verdaderos desafíos de la prevención del VIH

En vez de aplicar leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH, los gobiernos deben demostrar voluntad política, asignar recursos e implementar programas basados en las evidencias para así asegurar el suministro de servicios de prevención del VIH a todas las personas que los necesitan. En algunos países, los gobiernos no quieren implementar medidas de prevención del VIH, efectivas y basadas en los derechos, que podrían ser controversiales o requieran de muchos recursos – como ampliar las pruebas y consejería voluntaria, proteger los derechos igualitarios de las mujeres y reducir la violencia en su contra, mejorar la atención de la salud sexual y reproductiva, suministrar servicios integrales de prevención de la transmisión materno-infantil, mejorar el acceso a los tratamientos efectivos del VIH, y establecer programas de reducción de daños en el contexto del uso de las drogas. La aplicación de leyes penales a la exposición al y la transmisión del VIH desvía efectivamente la carga total de la prevención del VIH a las personas que viven con VIH, en vez de usar los métodos comprobados para empoderarlas y así eviten la transmisión del VIH y para empoderar a otras personas para que se protejan de la infección del VIH.

Esta táctica no responde particularmente a las mujeres y niñas, para quienes la penalización de la transmisión del VIH es un pobre sustituto de la promulgación y aplicación de leyes y políticas que puedan hacerle frente a

su desigualdad social y económica, así como las proteja de la violencia de género. El enfoque en las leyes penales a veces da como resultado una menor atención a las medidas que verdaderamente marcan la diferencia en prevenir la transmisión del VIH, como por ejemplo:

- ▶ la educación integral y apropiada para las respectivas edades sobre el VIH/SIDA y sobre la sexualidad para personas jóvenes;
- ▶ la integración de los servicios de prevención del VIH con los de la salud sexual y reproductiva;
- ▶ mejor acceso a los servicios de pruebas y consejería voluntaria, tratamiento y apoyo;
- ▶ mejor acceso a los condones masculinos y femeninos, profilaxis post-exposición, jeringas esterilizadas y otros métodos para reducir el riesgo de la transmisión del VIH entre aquellas personas sexualmente activas o que se inyecten drogas, incluyendo el acceso a la terapia antirretroviral efectiva para las personas que viven con VIH que puede reducir la posibilidad de infectar (recientemente, especialistas clínicos suizos en VIH publicaron una declaración en consenso que indica “todas las personas que viven con VIH en terapia antirretroviral efectiva y sin infecciones sexualmente transmisibles son sexualmente no infecciosas”);
- ▶ mejores programas de prevención positiva; y,
- ▶ la implementación de programas que le hagan frente a algunas de las causas de la vulnerabilidad a la infección del VIH, incluyendo la violencia de género, la

desigualdad de género y la discriminación y el estigma, así como a la discriminación relacionada con el VIH y uso de drogas.

Destinar los recursos limitados a los enjuiciamientos, en vez de a las medidas de prevención del VIH que funcionan y a los programas que atienden las causas subyacentes, es una malversación de recursos.

[La República de] Mauricio decidió no penalizar la exposición al VIH, y ni siquiera la transmisión del mismo. Los legisladores se dieron cuenta que la penalización de la exposición al y/o la transmisión del VIH no podría resistir la prueba constitucional por las dificultades con las evidencias, la imprecisión de la definición de exposición y el riesgo de enjuiciamientos selectivos. Sin embargo, la principal razón para no penalizar la transmisión del VIH fue la preocupación sobre su impacto perjudicial en la salud pública y la convicción que la misma no serviría ningún propósito preventivo. La penalización hubiera creado más problemas que soluciones. Por lo tanto, [la República de] Mauricio decidió poner sus recursos donde pueden tener más impacto positivo en la reducción de la propagación del VIH: en el aumento del financiamiento para la consejería y las pruebas y para medidas de prevención informadas por las evidencias.

- Rama Valayden, Fiscal General y Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República de Mauricio, 2007

9.

En vez de promulgar leyes que penalicen la exposición al y la transmisión del VIH, los legisladores deben modificar las leyes que impiden la prevención y tratamiento del VIH.

La ley puede ser una herramienta poderosa para enfrentar al VIH – si es usada para empoderar a aquellas personas vulnerables a la infección del VIH y garantizarle su acceso a los servicios, y no para castigarlas, aumentar su vulnerabilidad o alejarlas de los servicios de VIH. En muchos países, la eliminación de barreras legales que impiden la prevención, apoyo, atención y tratamiento del VIH son pasos necesarios que deben tomar los legisladores para hacerle frente a la epidemia. Las leyes que son clave son aquellas que prohíben la discriminación de las personas que viven con VIH; ofrecen opciones para reparar cualquier forma de violencia, incluyendo de género; y, garantizan el acceso igualitario a los servicios de VIH.

Los legisladores también pueden trabajar para reformar leyes que impiden la prevención del VIH. Por ejemplo, muchas de las personas en un mayor riesgo del VIH – especialmente personas que usan drogas, trabajadoras y trabajadores sexuales, y hombres que tienen sexo con hombre – no utilizan los servicios de VIH por el temor a ser arrestadas como consecuencia de las leyes en contra del trabajo sexual, sodomía y uso de drogas. El enfoque punitivo al uso de drogas, trabajo sexual y homosexualidad alimenta el estigma y odio en contra de esos grupos socialmente marginados, empujándolos cada vez más al aislamiento y fuera del

alcance de los servicios para prevenir, tratar y mitigar el impacto del VIH y SIDA.

En vez de aprobar más leyes penales, los legisladores deberían:

- ▶ promulgar leyes que protejan la igualdad de derechos de la mujer y su derecho a vivir libre de violencia, así como dar recursos para la implementación efectiva de tales leyes;
- ▶ eliminar barreras legales en relación al uso de condones, educación sexual integral apropiada para las respectivas edades y servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo la profilaxis post-exposición, programas de intercambio de jeringas y agujas, tratamientos efectivos para la dependencia de las drogas (incluyendo la terapia de sustitución opiácea con metadona y bupernorfina) y otras estrategias informadas por las evidencias diseñadas para reducir el riesgo del VIH;
- ▶ promulgar y hacer cumplir leyes integrales en contra de la discriminación que proteja a las personas que viven o se presume que viven con VIH y SIDA o en riesgo de la infección, y dar los recursos necesario para implementarlas;
- ▶ revisar y, de ser necesario, eliminar leyes que penalicen o marginen aún más a los grupos vulnerables como las trabajadoras y los trabajadores sexuales, personas que usan drogas y hombres que tienen sexo con hombres, o que crean barreras que impiden unos servicios efectivos de tratamiento y prevención del VIH;

- ▶ modificar las prácticas de la policía que tienen como meta el acoso, abuso y la violencia en contra de los grupos vulnerables;
- ▶ garantizar el tratamiento para todas las personas que viven con VIH; e,
- ▶ involucrar a representantes comunitarios y expertos científicos en el proceso legislativo para garantizar que las leyes de VIH estén basadas en las mejores evidencias científicas y médicas en vez de en temores desinformados y el estigma.

En vez de aplicar la ley penal a la transmisión del VIH, los gobiernos deberían expandir los programas que han demostrado disminuir la transmisión del VIH y, al mismo tiempo, proteger los derechos humanos tanto de las personas que viven con VIH como de aquellas que no.

- Documento de ONUSIDA: Penalización de la Transmisión del VIH, 2008

Lo que se necesita es la despenalización y no la penalización.

- Michael Kirby, Juez de la Alta Corte de Australia, 2007

10. Las respuestas al VIH basadas en los derechos humanos son las más efectivas

Ahora, más que nunca, se requiere de una mayor atención de los derechos humanos en las respuestas nacionales al VIH. Una penalización extremadamente amplia de la exposición al y la transmisión del VIH amenaza las respuestas al VIH basadas en los derechos que empoderan a las personas para que eviten la infección o vivan productivamente con el VIH.

Los derechos humanos enfatizan la dignidad – incluyendo la libertad sexual – de todas las personas y crean las condiciones en las que estas pueden tomar decisiones saludables, responsables y seguras acerca de su salud y vidas.

Esas condiciones incluyen el derecho a una información plena y precisa, a las herramientas y tecnologías para una prevención integral del VIH, y a decidir responsablemente acerca de sus comportamientos íntimos como las relaciones sexuales consensuales y la reproducción.

Esas condiciones incluyen vivir libre de violencia, agresiones a la integridad física, violaciones incluyendo dentro del matrimonio y cualquier otra forma de coerción sexual.

Esas condiciones incluyen vivir libre de arrestos arbitrarios, discriminación, detenciones y violencia producto de leyes que penalizan el trabajo sexual, uso de drogas y sodomía.

Esas condiciones incluyen un acceso igualitario a la propiedad y herencia para que las mujeres y sus hijos e hijas no sean empujados a la pobreza y a una mayor vulnerabilidad al VIH por la muerte de sus esposos o la disolución del matrimonio.

Sólo cuando se cumplan esas condiciones – cuando todos los hombres, mujeres y personas jóvenes puedan tomar decisiones informadas y tener acceso a los productos y servicios que los empoderen para actuar tomando en cuenta esas decisiones – es que se podrá reducir efectivamente la propagación del VIH. Por otro lado, y con la excepción de los casos de las personas que tengan la intención específica de hacer daño, la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH no puede ser justificada porque no empodera a las personas para evitar la infección del VIH y, de hecho, podría empeorar la situación actual, algo que pone en peligro tanto a la salud pública como a los derechos humanos.

La obligación de la sociedad no es condenar, sino crear las condiciones en las que las opciones de comportamientos más seguros sean racionales y deseadas. El uso indiscriminado de leyes y acusaciones penales específicas al HIV logra lo contrario.

- Scott Burris, Profesor de la Escuela de Derecho de Temple y Juez Edwin Cameron, 2008.

Para más información:

AIDS and Rights Alliance of Southern Africa y Open Society Initiative for Southern Africa. Informe sobre la reunión de consulta organizada por ARASA/OSISA sobre la penalización de la transmisión deliberada del VIH – del 11 y 12 junio de 2007. Windhoek, 2007. Disponible (en inglés) <http://www.arasa.info/publications.php>.

Amnistía Internacional. Health and Human Rights Policy Paper Series. Criminalisation of HIV Transmission – Key Issues. Londres, 2008. (Disponible sólo en inglés).

Burris S, L Beletsky, J Bureson, P Case, Z Lazzarini. Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial. *Az. St. L. J.* 2007; 39: 467. (Disponible sólo en inglés) <http://ssrn.com/abstract=977274>.

Burris S, Cameron E. The Case Against Criminalization of HIV Transmission. *JAMA* 2008; 300(5), 578-581. (Disponible sólo en inglés).

Cameron E, Burris S, Clayton M. HIV is a virus, not a crime. *HIV/AIDS Policy & Law Review* 2008; 13(2/3). (Disponible sólo en inglés).

Comunidad Internacional de Mujeres viviendo con VIH/SIDA. ICW concerned over trend to criminalize HIV transmission. Disponible (en inglés) www.icw.org/node/354.

Edwin J Bernard Blog: Criminal HIV transmission: A collection of published news stories and opinion about so-called “HIV crimes.” Disponible (en inglés) <http://criminalhivtransmission.blogspot.com>.

International Planned Parenthood Federation, Comunidad Internacional de Mujeres viviendo con VIH/SIDA, Red Global de Personas que viven con VIH/SIDA. Verdict on a Virus.

Public Health, Human Rights and Criminal Law. Londres, 2008. (Disponible sólo en inglés).

International Planned Parenthood Federation, World AIDS Campaign, Fondo de las Naciones Unidas para las Poblaciones, Coalición Global de Jóvenes contra el VIH/SIDA. The criminalisation of HIV, 2008. (Disponible sólo en inglés).

Red Global de Personas que viven con VIH/SIDA (GNP+) y Terrence Higgins Trust. Criminalisation of HIV transmission in Europe. London, 2008. Disponible (en inglés) www.gnpplus.net/criminalisation/rapidscan.pdf.

Red Legal Canadiense de VIH/SIDA. A Human Rights Analysis of the N'djamena Model Legislation on AIDS and HIV-specific Legislation in Benin, Guinea, Guinea Bissau, Mali, Niger, Sierra Leone and Togo. Toronto, 2007. (Disponible sólo en inglés).

Red Legal Canadiense de VIH/SIDA Criminal law and HIV. Hojas Informativas. Toronto, 2008. Disponible (sólo en inglés y francés) www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocEN.php?ref=847

ONUSIDA. Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: A Policy Options Paper. Geneva, 2002. Disponible (en inglés) www.unaids.org.

ONUSIDA. UNAIDS *recommendations for alternative language to some problematic articles in the N'Djamena model legislation on HIV/AIDS (2004)*. Ginebra, 2008. Disponible (en inglés) http://data.unaids.org/pub/Manual/2008/20080912_alternativelanguage_ndajema_legislation_en.pdf o <http://www.icw.org/node/354>.

ONUSIDA y PNUD. Resumen de los temas y conclusiones principales. Consulta Internacional sobre la penalización de la transmisión del VIH, 31 de octubre - 2 de noviembre del 2007. Ginebra, 2008. (Disponible sólo en inglés).

ONUSIDA y PNUD. Criminalization of HIV Transmission. Ginebra, 2008. Disponible (en inglés) http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2008/20080731_jc1513_policy_criminalization_en.pdf.

Unión Interparlamentaria. Párrafos 14-18 sobre “la penalización de la transmisión” en las conclusiones finales de la Primera Reunión Mundial de Parlamentarios sobre VIH/SIDA. Parliaments and Leadership in Combating HIV/AIDS. Manila, Filipinas, 28-30 de noviembre del 2007. Disponible (en inglés) <http://www.ipu.org/splz-e/haidso7.htm>.

Unión Interparlamentaria, ONUSIDA y PNUD. Capítulo 13: Un tema controvertido: sanciones por transmisión o exposición al VIH. En: Medidas para dar respuesta al VIH /SIDA, Manual para parlamentarios No 15. Ginebra, 2007. Disponible en español, francés e inglés en <http://www.ipu.org/PDF/publications/aidso7-s.pdf>

Vernazza P et al. Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle. Bulletin des médecins suisses 2008; 89(5).

Weait M. Glasshouse, Intimacy and Responsibility: The Criminalisation of HIV Transmission. London and New York: Routledge-Cavendish, 2007. (Disponible sólo en inglés).

OMS Europa. Consulta técnica organizada por la OMS con la colaboración del European AIDS Treatment Group y AIDS Action Europe sobre la penalización del VIH y otras Infecciones de Transmisión Sexual. Copenhagen, 2006. Disponible (en inglés) http://www.keele.ac.uk/research/lpj/Law_HIV-AIDSPROJECT/WHOCrimconsultation_latest.pdf.

10 razones para oponerse a la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH ha sido apoyado por un gran número de organizaciones de todas partes del mundo, incluyendo:

ActionAid International Secretariat, South Africa
(www.actionaid.org)

Advocates for Youth, United States
(www.advocatesforyouth.org)

AIDES, France
(www.aides.org)

Aids Fonds, Netherlands
(www.aidsfonds.nl)

AIDS Hilfe Schweiz (Swiss AIDS Federation), Switzerland
(www.aids.ch)

AIDS & Rights Alliance for Southern Africa, Namibia
(www.arasa.info)

Amnistía Internacional
(www.amnesty.org)

Asia Pacific Network of People Living with HIV/AIDS
(www.apnplus.org)

Ave de México, México
(www.avedemexico.org.mx)

Beijing AIZHIXING Institute, China
(www.aizhi.org/en)

Botswana Network on Ethics, Law and HIV/AIDS, Botswana
(www.bonela.org)

Center for Reproductive Rights, United States
(www.reproductiverights.org)

Community HIV/AIDS Mobilization Project (CHAMP), United States
(www.champnetwork.org)

**Consejo Internacional de Organizaciones
con Servicio en SIDA**
(www.icaso.org)

**Deutsche AIDS Hilfe e.V. (German AIDS Federation),
Germany**
(www.aidshilfe.de)

Estonian Network of PLWH, Estonia
(www.ehpv.ee)

European AIDS Treatment Group
(www.eatg.org)

Forum for Youth Organizations in Zambia, Zambia
(<http://zambia.jhuccp.org/about/response.php>)

Global Coalition of Women against AIDS in Uganda, Uganda

HIV Europe
(www.hiveurope.org)

Human Rights Watch
(www.hrw.org)

Hungarian Civil Liberties Union, Hungary
(www.tasz.hu)

International AIDS Society
(www.iasociety.org)

International Community of Women Living with HIV/AIDS
(www.icw.org)

International HIV/AIDS Alliance
(www.aidsalliance.org)

International Planned Parenthood Federation
(www.ippf.net)

International Women's Health Coalition
(www.iwhc.org)

**Lega Italiana per la Lotta contro l'AIDS
(Italian League for Fighting AIDS), Italy**
(www.lila.it)

National AIDS Trust, United Kingdom

(www.nat.org.uk)

Polish National Network of PLWHA “SIEC PLUS,” Poland

(netplus@netplus.org.pl)

Q-Club, Serbia

(www.q-club.info)

Red Legal Canadiense de VIH/SIDA, Canadá

(www.aidslaw.ca)

**Red Mexicana de Personas que viven con VIH SIDA,
México**

(www.redmex.org)

Red Mundial de Personas que viven con VIH (GNP+)

(www.gnpplus.net)

Terrence Higgins Trust, UK

(www.tht.org.uk)

The ATHENA Network

(www.athenanetwork.org)

Treatment Action Campaign, South Africa

Treatment Monitor, Health Systems Trust, South Africa

(www.hst.org.za)

UN Plus

(www.unplus.org)

**Women Won't Wait. End HIV and
Violence Against Women Now. Campaign**

(www.womenwontwait.org)

World AIDS Campaign

(www.worldaidscampaign.org)

**Para obtener una lista actualizada de todas las
organizaciones que han apoyado la declaración,
visite www.soros.org/health/10reasons.**

©2008, Open Society Institute. Tous droits réservés.

10 razones para oponerse a la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH fue escrito por Ralf Jürgens, Jonathan Cohen, Edwin Cameron, Scott Burris, Michaela Clayton, Richard Elliott, Richard Pearshouse, Anne Gathumbi y Delme Cupido, basado en el trabajo previo de un gran número de organizaciones, incluyendo la Red Legal Canadiense de VIH/SIDA, el Programa Conjunto de las Naciones Unidas para el VIH/SIDA (ONUSIDA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la AIDS & Rights Alliance for Southern Africa (ARASA), el Open Society Initiative for Southern Africa, y el Open Society Initiative for East Africa.

Los autores reconocen con agradecimiento la labor de esas y otras organizaciones e individuos que han trabajado en asuntos relacionados con la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH. Este documento fue desarrollado con el apoyo financiero de la Iniciativa Derecho y Salud del Programa de Salud Pública del Open Society Institute y con ayuda adicional del PNUD. El Consejo Internacional de Organizaciones con Servicio en SIDA (ICASO), AIDS & Rights Alliance for Southern Africa, German AIDS Federation, Beijing AIZHIXING Institute, y la Italian League for Fighting AIDS apoyaron la traducción al español, portugués, alemán, chino e italiano respectivamente. Agradecemos la contribución financiera del PNUD para este documento, pero las ideas y contenido expresados en el mismo no son su responsabilidad.

Para más información, contacte: lawandhealth@sorosny.org



• HUMAN RIGHTS AND HIV/AIDS •
NOW MORE THAN EVER •

