



# ORIENTACIONES PARA FISCALES

sobre casos penales relacionados con el VIH

## Agradecimientos

Este documento de orientación ha sido elaborado por Richard Elliott y Cécile Kazatchkine bajo la dirección de Kenechukwu Esom, Ludo Bok y Mandeep Dhaliwal.

Deseamos expresar nuestro especial agradecimiento a las siguientes personas por sus inestimables conocimientos y por compartir sus experiencias. Los miembros del Comité Asesor del Proyecto fueron Edwin J. Bernard, Edwin Cameron, Lisa Power, Annabel Raw, Venita Ray y Georges Camille Ya Desailly.

El documento también se benefició de los comentarios recibidos desde 20 países en una encuesta multilingüe en línea; de las entrevistas con 28 informantes clave y de las aportaciones de otros revisores, como la Asociación Internacional de Fiscales, la Red de Justicia para el VIH y la Red Global de Personas que Viven con el VIH. Algunos de los encuestados y encuestadas, informantes clave, revisores y miembros del comité consultivo tienen cargos o afiliaciones institucionales con servicios de fiscalía, departamentos gubernamentales, tribunales, universidades, organismos de las Naciones Unidas u organizaciones de la sociedad civil. Estas fueron consideraciones relevantes para garantizar una variedad de perspectivas y experiencias, pero no se pidió a ninguna de estas personas que hiciera aportaciones más allá de su capacidad individual. Las opiniones expresadas en este documento no son necesariamente las de los encuestados y encuestadas, de los informantes, revisores o los miembros del comité consultivo, ni las de las organizaciones o instituciones a las que puedan estar afiliados.

Gracias también a Diego Antonio, Tenu Avafia, Ludo Bok, Charles Chauvel, Juana Cooke, Mandeep Dhaliwal, Boyan Konstantinov, Kathryn Johnson, John Macauley, Deena Patel, Sarah Rattray, Amitrajit Saha y Rebecca Schleifer, del PNUD; Emily Christie y Mianko Ramarosan, de ONUSIDA; y Rebecca Gill, de HIV Legal Network. Nuestro sincero agradecimiento a Juana Cooke por la revisión de la versión en español.

### Propuesta de citación

PNUD (2021), *Orientaciones para fiscales sobre casos penales relacionados con el VIH*. Nueva York.

Las opiniones expresadas en esta publicación son las de su(s) autor(es) y no representan necesariamente las de las Naciones Unidas, incluido el PNUD, ni las de los Estados miembros de la ONU.

*Para más información, póngase en contacto con Kenechukwu Esom en [kenechukwu.esom@undp.org](mailto:kenechukwu.esom@undp.org).*

Copyright © PNUD 2021. Todos los derechos reservados.  
One United Nations Plaza, NUEVA YORK, NY 10017, EEUU

# **ORIENTACIONES PARA FISCALES**

sobre casos penales relacionados con el VIH





---



**“Los fiscales, de conformidad con la ley, desempeñarán sus funciones de manera justa, coherente y rápida, y respetarán y protegerán la dignidad humana y defenderán los derechos humanos, contribuyendo así a garantizar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.”**

– Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales (1990)

# CONTENIDO

Prólogo	iv
Resumen ejecutivo	viii
<b>Introducción</b>	<b>1</b>
Preocupación por la criminalización del VIH	2
Elaboración de orientaciones para los fiscales	3
 <b>Principios generales</b>	<b>6</b>
1. Las actuaciones judiciales deben basarse en todas las fases en las pruebas más fiables	6
2. Los fiscales deben garantizar que los derechos del denunciante, del acusado y del que se respete a los testigos en todas las fases del proceso	8
 <b>Decidir si se debe procesar y cómo hacerlo</b>	<b>10</b>
3. Los fiscales deben perseguir el delito sólo en circunstancias limitadas, ya que el VIH es La forma más eficaz de abordarlo es como un asunto de salud pública	10
4. Los fiscales deben establecer una base probatoria suficiente para el enjuiciamiento	13
5. Los fiscales deben considerar si el enjuiciamiento en un caso determinado es de interés público	15
 <b>Consideraciones previas al juicio y durante el mismo</b>	<b>18</b>
6. En general, los fiscales deben consentir la libertad provisional, salvo circunstancias excepcionales	18
7. Los fiscales deben evitar declaraciones y argumentos que puedan ser incendiarios, perjudiciales o contribuyen a la desinformación del público sobre el VIH	19
8. Los fiscales deben garantizar la correcta interpretación de la ciencia y sus limitaciones, si se trata de probar la transmisión real del VIH	19
 <b>Consideraciones sobre la sentencia</b>	<b>22</b>
9. Los fiscales deben asegurarse de que no haya discriminación en las sentencias	22
10. Los fiscales deben asegurarse de que la sentencia no sea desproporcionada	22
Anexo A: Recomendaciones de la Comisión Global	24
Anexo B: Recomendaciones de ONUSIDA y del PNUD	26
Anexo C: La ciencia del VIH en el contexto del derecho penal	27
Anexo D: Recursos útiles	29
Notas finales	30

# PRÓLOGO

---

En los primeros días de la pandemia de SIDA, impulsados por el miedo, la desinformación y los mitos sobre el VIH, muchos países adoptaron medidas legislativas para responder a ésta, incluso a través del derecho penal. La mayoría de estas leyes eran excesivamente amplias, tanto en sus disposiciones expresas como en la forma de interpretarlas y aplicarlas. Hoy día vemos cómo se extiende un miedo y una desinformación similares en respuesta al COVID-19. Aunque hay diferencias significativas entre el VIH y el COVID-19, ambos demuestran que las pandemias actúan sobre las líneas de falla de las desigualdades raciales, sociales y económicas y pueden ser perpetuadas por leyes y políticas punitivas que son contraproducentes y no tienen base científica.

Hoy sabemos mucho más sobre el VIH y los avances científicos significan que el VIH no tiene por qué ser una sentencia de muerte. Con un tratamiento antirretroviral eficaz, las personas con VIH pueden llevar una vida larga y plena. Los avances en el tratamiento significan que las personas que viven con el VIH ahora pueden lograr la supresión viral, lo que evita la transmisión del virus a otras personas. Muchos de estos avances han sido posibles gracias a la incansable defensa de las personas que viven con el VIH y de la sociedad civil en cuestiones como el acceso a los medicamentos, el estigma y la discriminación relacionados con el VIH y la criminalización del virus.

El conocimiento científico sobre el VIH debería informar la aplicación del derecho penal en los casos relacionados con el VIH. Tiene, además, el potencial de limitar los juicios y las condenas injustas. A pesar de ello, la criminalización del VIH continúa en muchas jurisdicciones; 92 países y jurisdicciones siguen criminalizando la exposición, el no revelar la condición de persona que vive con VIH y/o la transmisión del VIH. Hemos visto muchos casos en los que se han violado derechos y se han dañado vidas de forma irreparable por el uso excesivo de los juicios, incluyendo muchos casos sin base científica. Este uso indebido de los cargos penales perjudica a la respuesta al VIH en general, al perpetuar la desinformación, el miedo, el estigma, la discriminación y la violencia contra las personas que viven con el VIH. También ha disuadido a grupos marginados, ---como los hombres gais y otros hombres que tienen sexo con hombres, las personas trabajadoras sexuales, los y las usuarias de drogas inyectables y las personas trans---, de buscar atención por miedo, poniendo en riesgo su salud y bienestar. Las mujeres que viven con el VIH corren un riesgo significativo de ser procesadas en virtud de las disposiciones de criminalización del VIH, ya que a menudo son las primeras en conocer su condición de seropositivas (un requisito previo para la mayoría de los procesos de criminalización del VIH), debido a la mayor interacción con los servicios de salud, incluidas las pruebas iniciadas por el proveedor y el asesoramiento durante las visitas prenatales. La intersección de la criminalización del VIH y las disposiciones penales que sancionan la elección de trabajo de las mujeres y su acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva perpetúan la violencia de género, la desigualdad de género y aumentan la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas al VIH.

La Comisión Global sobre el VIH y el Derecho instó a los países a derogar las leyes, políticas y prácticas punitivas y a promulgar leyes, políticas y prácticas protectoras para promover la salud pública y los derechos humanos con el fin de dar respuestas eficaces al VIH. Una de las principales preocupaciones de la Comisión fue el continuo uso indebido del derecho penal para tratar la presunta transmisión, exposición y no revelación de la condición de persona VIH positiva. La Comisión emitió una clara recomendación de que cualquier uso del derecho penal debe limitarse estrictamente a los casos de transmisión real e intencionada. En 2018, 20 de los principales científicos y científicas en materia de VIH del mundo elaboraron la *Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia del VIH en el contexto del derecho penal* para abordar el uso de la ciencia del VIH en el sistema de justicia penal. Sin embargo, las personas que viven con el VIH siguen siendo procesadas en una gama mucho más amplia de circunstancias, incluidas aquellas en las que el riesgo de transmisión o exposición al VIH es científicamente nulo.

Las orientaciones contenidas en esta guía se dirigen específicamente a las y los fiscales, dado el papel esencial que desempeñan para frenar el uso indebido del derecho penal, cumpliendo sus obligaciones profesionales con plena consideración de la ciencia, los derechos humanos y el interés público. También pretende ser un recurso para legisladores, para las y los jueces que interpretan las leyes y juzgan estos casos, las personas que viven con el VIH, que son las más afectadas por la penalización del VIH, y para las y los defensores públicos que representan a las personas acusadas en virtud de estas leyes. En última instancia, esperamos que estas orientaciones sean útiles para la aplicación de la Estrategia Mundial sobre el SIDA 2021-2026 de ONUSIDA, una hoja de ruta para alcanzar la meta del ODS 3 de poner fin al SIDA como amenaza para la salud pública para 2030.

En palabras de la Comisión Global sobre el VIH y la Ley: “La ley puede ser un bien humano que marque una diferencia material en la vida de las personas. Tiene el poder de salvar la brecha entre la vulnerabilidad y la resistencia al VIH”. Esperamos que estas orientaciones contribuyan de manera significativa al uso del derecho como fuerza para el bien humano en el contexto del VIH.

**Mandeep Dhaliwal**

Directora

Grupo de VIH, Salud y Desarrollo PNUD



**“La Asociación Internacional de Fiscales (AIP) acoge con satisfacción esta orientación para los fiscales. Pone de relieve la grave responsabilidad de ejercer la discreción de los fiscales de manera coherente con los elevados niveles de imparcialidad y objetividad que defiende la AIP. Ayudará a los fiscales a tratar los casos penales relacionados con el VIH de acuerdo con los mejores conocimientos científicos disponibles y con un compromiso con los derechos humanos de todas las partes implicadas.”**

– Gary Balch, Consejero General, Asociación Internacional de Fiscales



**“Como antiguo fiscal, y ahora juez, esta guía es un recurso fundamental no sólo para los fiscales y los abogados defensores, sino también para los tribunales que presiden asuntos de criminalización del VIH, y llega en un momento en que nuestros sistemas de justicia están luchando por conciliar la letra de los códigos penales y los avances en la ciencia del VIH. Es imperativo que el estado de derecho y las normas de derechos humanos se respeten en todo el proceso de justicia penal y los fiscales tienen un papel importante que desempeñar para conseguirlo”.**

– Zione Ntaba, juez del Tribunal Superior de la República de Malawi.



**“La formación continua, el desarrollo de capacidades y la concienciación de los jueces son fundamentales para garantizar que utilizamos la ley para proteger los derechos de las poblaciones clave y de las personas que viven con el VIH, y que resolvemos eficazmente basándonos en los principios de los derechos humanos. La participación de los institutos nacionales responsables de la formación de los jueces puede ayudar en este proceso. Esta guía es muy oportuna para la implementación de los esfuerzos en nuestra región”.**

– Dra. Olga Shapovalova, Jefa del Departamento de Formación de Profesores de la Escuela Nacional de Jueces de Ucrania y jueza jubilada del Tribunal Supremo de Ucrania



**“Es esencial que la compleja cuestión de la criminalización del VIH se aborde con el máximo respeto a los derechos humanos y a la dignidad, y es frustrante que todavía haya que decirlo. GNP+ acoge con satisfacción esta publicación. Es importante para sensibilizar y construir relaciones con los fiscales. Proporciona una importante orientación para evitar, en primer lugar, procesos innecesarios e injustificados. También adopta una perspectiva interseccional al exponer lo que está en juego en los juicios, teniendo en cuenta las complejidades de la experiencia vivida por las personas que viven con el VIH, especialmente las mujeres, y otras poblaciones clave. Instamos a los fiscales a hacer uso de ella para evitar la extralimitación y el mal uso de la sanción grave del derecho penal.”**

– Rico Gustav, ex director ejecutivo de la Red Mundial de Personas que Viven con el VIH (GNP+)



# PROCESOS PENALES RELACIONADOS CON EL VIH: 10 PRINCIPIOS PARA FISCALES



## Principios generales

- 1 Los juicios deben basarse en todas las fases en las pruebas más fiables
- 2 Los fiscales y las fiscales deben garantizar el respeto de los derechos de la persona denunciante, del acusado o acusada y de los testigos en todas las fases del proceso.



## Decidir si se debe procesar y cómo hacerlo

- 3 Los y las fiscales sólo deberían emprender acciones judiciales en circunstancias limitadas, ya que el VIH se aborda más eficazmente como un asunto de salud pública
- 4 Los fiscales y las fiscales deben establecer una base probatoria suficiente para el enjuiciamiento
- 5 Las y los fiscales deben considerar si el enjuiciamiento de un caso determinado es de interés público



## Consideraciones previas al juicio y durante el mismo

- 6 Los fiscales y las fiscales deben, en general, consentir la libertad provisional, salvo circunstancias excepcionales
- 7 Las fiscales y los fiscales deben evitar argumentos que puedan ser incendiarios, perjudiciales o que contribuyan a la desinformación del público sobre el VIH
- 8 Deben garantizar la correcta interpretación de la ciencia y sus limitaciones, si pretenden probar la transmisión real del VIH



## Consideraciones sobre la sentencia

- 9 Las y los fiscales deben garantizar que no haya discriminación en las sentencias
- 10 Deben asegurarse de que la sentencia no sea desproporcionada

# RESUMEN EJECUTIVO

En muchas jurisdicciones de todo el mundo, las personas que viven con el VIH se enfrentan a un proceso penal si se les acusa de transmitir el VIH, de exponer a otra persona a un riesgo potencial o percibido de infección por el VIH o de no revelar su estado seropositivo (por ejemplo, a una pareja sexual). El uso del derecho penal de esta manera se denomina comúnmente “criminalización del VIH”. Algunas jurisdicciones han aprobado leyes específicas para penalizar la no revelación del estado serológico respecto al VIH, su exposición y/o transmisión, mientras que, en otras, los fiscales, las fiscales y los tribunales han aplicado los delitos generales existentes.

Debido al impacto de la penalización del VIH en los derechos humanos y la salud pública, las directrices internacionales existentes recomiendan limitar el uso del derecho penal a circunstancias excepcionales en las que una persona actúa con la intención específica de infectar a otra, y efectivamente lo hace. Sin embargo, en muchos países, la ley sigue yendo más allá de este uso limitado recomendado tanto por los expertos internacionales como por los organismos de derechos humanos, y ciertamente la gran mayoría de los juicios que se han llevado a cabo hasta la fecha en todo el mundo no se limitan a estas circunstancias limitadas. Cada vez hay más pruebas y preocupación de que un uso excesivamente amplio del derecho penal, y de medidas coercitivas y punitivas similares en relación con el VIH y otras enfermedades infecciosas, no es una política de salud pública eficaz y, de hecho, puede hacer más daño que bien.

Teniendo en cuenta estas preocupaciones, así como la complejidad de las cuestiones que plantean los casos penales relacionados con el VIH, los fiscales y las fiscales tienen un importante papel que desempeñar para evitar la extralimitación y el uso indebido de la sanción grave del derecho penal en relación con el VIH, así como garantizar

el uso prudente de los escasos recursos de la fiscalía. Pueden garantizar que cualquier proceso relacionado con la presunta no revelación, exposición o transmisión del VIH se lleve a cabo de manera justa y objetiva, se base en las pruebas médicas y científicas más sólidas y recientes, garantice los derechos y la dignidad de todas las personas implicadas en el proceso y se base en el interés público.

Por lo tanto, este documento de orientación presenta 10 principios clave que deberían ayudar a los fiscales a tramitar un enjuiciamiento, o un posible enjuiciamiento – que implican una acusación de no revelación, exposición o transmisión del VIH. Cada principio va acompañado de un comentario más detallado en el que se examina la aplicación específica del principio por parte de los fiscales en el curso de su gestión de un proceso potencial o en curso. Cada principio y el comentario que lo acompaña se basan en la consideración de las mejores pruebas científicas disponibles, las normas internacionales de derechos humanos aplicables y las normas profesionales ampliamente acordadas que rigen la función de los fiscales en el sistema de justicia penal.

La elaboración de este documento de orientación se basó en un examen de la bibliografía pertinente y en consultas con personas que viven con el VIH, abogados, fiscales, jueces, académicos, defensores y defensoras de los derechos humanos y representantes de organizaciones internacionales. Dada la diversidad de contextos legislativos, sistemas jurídicos y funciones que desempeñan las fiscales y los fiscales en esos sistemas, es posible que algunos elementos no sean aplicables en un contexto determinado, pero todas las consideraciones y principios clave que presenta deberían ser pertinentes en cierta medida en todas las jurisdicciones.

# INTRODUCCIÓN

---

Algunas jurisdicciones en diferentes regiones del mundo han aprobado leyes específicas para penalizar la no revelación del estado serológico respecto al VIH, su exposición y/o transmisión, mientras que en otras los fiscales y los tribunales han aplicado los delitos generales existentes.<sup>1</sup> Sin embargo, cada vez hay más pruebas y preocupación de que un uso excesivamente amplio del derecho penal y de medidas coercitivas y punitivas similares en relación con el VIH y otras enfermedades transmisibles, no es una política de salud pública eficaz y puede hacer más daño que bien. Como se señala en la Estrategia Mundial sobre el Sida 2016-2021,<sup>2</sup> el estigma, la discriminación y otras violaciones de los derechos humanos en el contexto del VIH reflejan e impulsan las desigualdades que socavan las respuestas al VIH. La Estrategia hace un llamamiento a los países para que creen un entorno jurídico propicio mediante la eliminación de leyes y políticas punitivas y discriminatorias, incluidas las leyes que penalizan la exposición al VIH, la no revelación o la transmisión, así como para que introduzcan y apliquen leyes y políticas protectoras y habilitadoras, y pongan fin al uso excesivo de leyes penales y generales para atacar a las personas que viven con el VIH y a las poblaciones clave.

La aplicación de delitos generales para tratar la transmisión, la exposición o la no revelación del VIH – en otras palabras, a circunstancias que no fueron previstas por los legisladores en el momento de su adopción – a menudo significa que hay poca claridad en cuanto al alcance de la ley, especialmente si la policía, los fiscales y los tribunales no son coherentes al interpretar y aplicar esos delitos. Incluso las leyes que penalizan específicamente la transmisión, la exposición o la no revelación de la condición de persona que vive con el VIH suelen ser vagas y amplias, tanto en su redacción como en su interpretación. Tanto la falta de certeza en cuanto a lo que puede estar prohibido como el uso injusto y amplio de las sanciones penales, atentan contra los principios básicos del derecho penal. Estas consideraciones, así como la complejidad y sensibilidad de los casos relacionados con el VIH, subrayan el importante papel de los fiscales y de las fiscales para evitar la extralimitación y el uso indebido de la grave sanción del derecho penal.

En todos los sistemas jurídicos, los fiscales contribuyen a garantizar el Estado de Derecho, especialmente mediante la administración justa, imparcial y eficiente de justicia en todos los casos

## UNA NOTA SOBRE LA TERMINOLOGÍA

---

En este documento, el término “fiscal” se utiliza de forma amplia para incluir a cualquier agente del sistema de derecho penal que ejerza alguna función discrecional en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de una actividad que es, o se cree que es, un delito. Esto se debe a que la “función fiscal” suele estar estructurada de forma diferente en los distintos sistemas jurídicos.

Por ejemplo, el grado de participación de un o una fiscal, si es que lo hace, en la fase de investigación de un caso penal varía de una jurisdicción a otra. En algunas jurisdicciones, un funcionario o funcionaria de las fuerzas de seguridad especialmente designado (o un funcionario o funcionaria de un servicio de investigación independiente) inicia y lleva a cabo una investigación sobre un posible delito, y su función puede incluir la decisión de si debe procederse al enjuiciamiento. En algunas jurisdicciones, algunos jueces pueden desempeñar un papel de investigación, además de tomar una decisión en un caso.

y en todas las fases del procedimiento que sean de su competencia.<sup>3</sup> Tanto las fiscales como los fiscales tienen un papel activo en los procesos penales, incluyendo la iniciación y el avance de los procesos sólo cuando están convencidos de que hay suficientes pruebas bien fundadas para apoyar un caso penal, entre otras consideraciones.<sup>4</sup> El grado de discrecionalidad del fiscal reconocido en la ley y en la práctica, así como las etapas en las que se puede ejercer dicha discrecionalidad, y cómo se ejerce ésta, varían según las jurisdicciones y los sistemas jurídicos. Cuando sea apropiado, y de acuerdo con las leyes nacionales, los fiscales y las fiscales también deben considerar alternativas al enjuiciamiento.<sup>5</sup> En algunas jurisdicciones, los fiscales también pueden desempeñar un papel en: la investigación de delitos y/o la supervisión de la legalidad de estas investigaciones; la negociación de acuerdos de declaración y sentencia; la derivación de los delincuentes a alternativas distintas del enjuiciamiento; el apoyo a los denunciantes; la formulación de recomendaciones de sentencia; y la supervisión de la ejecución de las sentencias y el tratamiento de las personas detenidas.<sup>6</sup>

Como tal, tanto las fiscales como los fiscales tienen un papel central y fundamental que desempeñar en los casos penales relacionados con el VIH. En particular, los fiscales pueden garantizar que cualquier proceso relacionado con la presunta no revelación, exposición o transmisión del VIH se lleve a cabo de manera justa y objetiva, se base en las pruebas médicas y científicas más sólidas y recientes, garantice los derechos y la dignidad de las personas que viven con el VIH y se fundamente en el interés público. Este documento se ha elaborado para orientar:

- a las y los responsables políticos a la hora de abordar el enfoque de su sistema de justicia penal en los casos de no revelación, exposición o transmisión del VIH
- las jefaturas de los servicios de la fiscalía (u otras autoridades pertinentes) que son responsables de establecer políticas y directrices o de dar instrucciones a los fiscales, de acuerdo con la estructura y las normas de su sistema jurídico
- los fiscales y las fiscales individuales en su práctica diaria.

Otros actores del sistema de justicia penal, incluidos los agentes de la ley, los abogados y abogadas defensores y los jueces y juezas, también pueden encontrar útiles las consideraciones y los principios expuestos en este documento.

## Preocupación por la criminalización del VIH

Entre otros, el Secretario General de las Naciones Unidas, 12 organismos de las Naciones Unidas y la Comisión Global sobre el VIH y el Derecho han recomendado que los Estados, como parte de su respuesta al VIH, “eliminen las leyes, políticas y prácticas punitivas que violan los derechos humanos, incluida... la amplia penalización de la no revelación, la exposición y la transmisión del VIH”<sup>7</sup> **Debido al impacto de la penalización del VIH tanto en los derechos humanos como en la salud pública, las orientaciones internacionales existentes recomiendan limitar el uso del derecho penal a circunstancias excepcionales en las que una persona (i) actúa con la intención específica de infectar a otra y (ii) lo hace efectivamente.**<sup>8</sup> Sin embargo, en muchos países la ley se sigue aplicando más allá de este uso limitado, tal y como recomiendan expertos internacionales y los organismos de derechos humanos, y ciertamente la gran mayoría de estos procesamientos hasta la fecha en todo el mundo, no implican tales circunstancias. Esto da lugar a una serie de preocupaciones de que el uso actual de las sanciones penales en muchas jurisdicciones socava los esfuerzos eficaces de salud pública y los derechos humanos, por ejemplo: contribuyendo al estigma y la desinformación relacionados con el VIH; creando barreras adicionales para las pruebas del VIH y la participación en la atención; socavando las relaciones entre los pacientes y los proveedores de servicios de salud y otros; infringiendo innecesariamente la privacidad; agravando la desigualdad de género al tiempo que ofrece poca protección contra el VIH; y dando lugar a procesamientos discriminatorios y sentencias desproporcionadas. A la luz de estas preocupaciones, los tribunales y las legislaturas de algunos países han tomado medidas para reducir el alcance de la criminalización del VIH. Sin embargo, **aunque los legisladores y legisladoras y los jueces**

Para obtener información actualizada sobre el estado de la criminalización del VIH en todo el mundo, consulte los informes *Advancing HIV Justice* elaborados periódicamente por la Red de Justicia sobre el VIH (a través de [www.hivjustice.net/publica-](http://www.hivjustice.net/publica-)) y la *Base de Datos Mundial sobre la Criminalización del VIH* ([www.hivjustice.net/global-hiv-criminalisation-database](http://www.hivjustice.net/global-hiv-criminalisation-database)).

y juezas son, en última instancia, responsables de cómo se redacta e interpreta la ley, las y los fiscales tienen un importante papel que desempeñar a la hora de determinar cuándo y cómo se aplica la ley y, por lo tanto, puede ser útil una orientación en este ámbito.

### Elaboración de orientaciones para los fiscales

Para orientar la función del fiscal, se ha recomendado que los Estados “definan principios y criterios generales que sirvan de referencia para tomar decisiones en casos individuales, a fin de evitar la toma de decisiones arbitrarias”.<sup>9</sup> De acuerdo con el principio fundamental de la independencia del fiscal o la fiscal, se reconoce generalmente que es improcedente que el poder ejecutivo del gobierno, o un nivel superior de la jerarquía dentro del servicio del fiscal, dé instrucciones a un fiscal o una fiscal en relación con casos específicos.<sup>10</sup> Sin embargo, también se reconoce internacionalmente el valor de las instrucciones o directrices generales: “En los países en los que los fiscales están investidos de funciones discrecionales, la ley o las normas o reglamentos publicados proporcionarán directrices para mejorar la equidad y la coherencia del enfoque en la toma de decisiones en el proceso de enjuiciamiento, incluida la institución o la renuncia al enjuiciamiento”.<sup>11</sup>

Esta observación se aplica a una diversidad de sistemas jurídicos: “Para lograr coherencia e imparcialidad a la hora de tomar decisiones discrecionales dentro del proceso de enjuiciamiento y en los tribunales, deberían publicarse directrices claras, especialmente en lo que respecta a las decisiones de enjuiciar o no. Incluso cuando el sistema no prevea que los fiscales puedan tomar decisiones discrecionales, las directrices generales deberían guiar las decisiones que tomen”.<sup>12</sup>

Estas consideraciones generales son ciertamente relevantes en el contexto específico de la penalización del VIH, especialmente a la luz de las importantes preocupaciones que plantea tanto en materia de derechos humanos como de salud pública. Sin embargo, son pocas las jurisdicciones que han desarrollado una orientación clara para los fiscales y las fiscales sobre la cuestión de los procesos penales relacionados con la no revelación, exposición o transmisión del VIH (u otras infecciones de transmisión sexual).<sup>13</sup>

**Una buena orientación en este ámbito podría ayudar a los fiscales a garantizar que los casos**

**estén informados por la ciencia exacta y otras consideraciones importantes, evitando así los juicios que sobrepasan el derecho penal o tienen pocas perspectivas de éxito.<sup>14</sup> Los fiscales y las fiscales a menudo hacen malabarismos con una gran cantidad de casos con recursos limitados; los casos complejos con múltiples consideraciones que compiten entre sí, como los relacionados con el VIH, requieren una atención adicional, lo que significa que una orientación clara puede ser aún más útil para evitar la incoherencia y la injusticia y el mal uso de los escasos recursos de la fiscalía.**

La elaboración de estas orientaciones se ha recomendado en numerosas ocasiones. El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) ha elaborado una nota de orientación detallada sobre las consideraciones médicas, éticas y jurídicas relacionadas con la criminalización del VIH, en la que recomienda a los gobiernos que elaboren y adopten directrices basadas en pruebas para la policía y los fiscales.<sup>15</sup> En 2018, el Foro Regional de Jueces de África sobre el VIH, la



**“Las orientaciones policiales y fiscales pueden garantizar la protección de las personas contra investigaciones demasiado amplias, desinformadas y/o injustas y enjuiciamientos. Estas orientaciones pueden ayudar a garantizar que cualquier investigación policial o enjuiciamiento se base en las mejores pruebas científicas disponibles en relación con el VIH, respete los principios legales y de derechos humanos, trate los daños de forma similar y se ajuste a las estrategias de salud pública.”**

– ONUSIDA, *Ending overly broad criminalisation of HIV non-disclosure, exposure and transmission: critical scientific, medical and legal considerations* (2013)

tuberculosis y los derechos humanos se hizo eco de esta recomendación. Tras nuevas consultas, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elaboró este documento de orientación para fiscales, con el objetivo de garantizar un enfoque basado en los derechos humanos y en las pruebas para la compleja cuestión de la criminalización del VIH.

Estas orientaciones pretenden ser útiles para fiscales en diversos entornos. Sin embargo, existe una considerable diversidad en el contenido de las leyes relacionadas con el VIH en las distintas jurisdicciones. Los sistemas jurídicos de derecho consuetudinario, civil y mixto también varían en sus normas de procedimiento penal y en el papel de los fiscales y las fiscales. En algunas jurisdicciones, pero no en todas, existen orientaciones formales para los fiscales y las fiscales sobre una serie de cuestiones políticas y prácticas. Del mismo modo, quién tiene la autoridad, en la ley explícita o en la práctica establecida, para adoptar o emitir dichas orientaciones también varía entre los sistemas jurídicos. La orientación también adopta diferentes formatos en las distintas jurisdicciones, desde directivas o instrucciones vinculantes sobre cuestiones y circunstancias muy específicas (por ejemplo, el enjuiciamiento de determinados tipos de delitos o el tratamiento de determinados tipos de testigos), hasta directrices más generales que establecen los factores que deben tenerse en cuenta cuando los fiscales ejercen su discreción en sus distintas funciones.

Por último, a veces esas políticas fiscales son documentos internos a los que sólo pueden acceder los fiscales y las fiscales, mientras que en otras jurisdicciones se hacen públicas, como cuando se publican en una publicación oficial del gobierno junto con otros avisos o reglamentos, o como parte de un manual oficial para fiscales, que incluso puede publicarse en línea. Hacer públicas estas políticas proporciona una mayor transparencia en la administración de justicia. En algunas regiones, se recomienda expresamente que “cuando el gobierno dé instrucciones de carácter general [a los fiscales], dichas instrucciones deberán constar por escrito y publicarse de forma adecuada”.<sup>16</sup>

Este documento de orientación presenta diez principios, acompañados de un comentario más detallado. En primer lugar, las orientaciones establecen algunos principios generales que son pertinentes en toda la tramitación de un proceso penal relacionado con el VIH (o un posible proceso), seguidos de algunos principios más específicos para etapas concretas de un proceso. Dada la diversidad de contextos legislativos, sistemas jurídicos y las funciones que desempeñan los fiscales en esos sistemas, algunos elementos de estas orientaciones pueden no ser aplicables en un contexto determinado, pero todas las consideraciones y principios clave que presenta deberían ser pertinentes en cierta medida en todas las jurisdicciones. Estas orientaciones requerirán, sin duda, cierta adaptación al contexto jurídico local. Al hacerlo, es esencial garantizar las consultas con las partes interesadas pertinentes, incluidos no sólo fiscales, sino también las personas que viven con el VIH, los proveedores de servicios sanitarios, las organizaciones comunitarias que trabajan en la respuesta al VIH (incluidas las poblaciones clave especialmente afectadas por el VIH), los expertos científicos y los expertos en derecho y derechos humanos.<sup>17</sup>

### **Metodología**

La elaboración de este documento de orientación se basó en un examen de la bibliografía pertinente y en consultas con personas que viven con el VIH o están afectadas por él, abogados, abogadas, fiscales, jueces, académicos, defensores y defensoras de derechos humanos y representantes de organizaciones internacionales. Dichas consultas incluyeron 28 entrevistas en profundidad (con informantes de diferentes regiones) y una encuesta en línea disponible en cuatro idiomas (inglés, francés, ruso y español) ampliamente distribuida entre la comunidad del VIH (con respuestas recibidas de 29 países de la mayoría de las regiones del mundo). Se convocó a un comité consultivo equilibrado en cuanto al género, que incluía a personas que viven con el VIH o están afectadas por él, abogadas y abogados, jueces y defensores de la comunidad de diferentes regiones y sistemas jurídicos, para informar sobre el contenido y el formato de las orientaciones.

Aunque estas orientaciones están destinadas principalmente a fiscales, también serán útiles para:

- Comités legislativos y comisiones de reforma legislativa que buscan revisar las leyes de criminalización del VIH y hacer recomendaciones de reforma para que la ley se ajuste a las últimas evidencias científicas existentes sobre la transmisión del VIH.
- Los defensores y defensoras públicos y los abogados y abogadas defensores, como recurso para proporcionar una representación eficaz a clientes acusados de no revelación de la condición de persona que vive con el VIH, exposición y transmisión del VIH, para preparar la defensa y llevar a cabo la investigación jurídica.
- Los magistrados y magistradas que fijan las condiciones de la fianza, juzgan los casos e imponen las sentencias en algunos casos en los que el estado del VIH es importante.
- Órganos de supervisión, como comisiones parlamentarias, oficinas de Defensoría del Pueblo e instituciones nacionales de derechos humanos con mandatos pertinentes para comprobar el uso indebido de los poderes de la fiscalía.
- Las funcionarias y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que a menudo son el primer punto de contacto cuando hay una denuncia de no revelación, exposición y/o transmisión del VIH, encontrarán el documento de orientación útil para garantizar que la declaración del denunciante contenga hechos materiales y que no se violen los derechos del sospechoso.
- Facultades de Derecho y otras instituciones que imparten formación jurídica continua, como colegios de abogados y asociaciones de abogados.
- Organizaciones de la sociedad civil que vigilan, documentan e informan sobre la criminalización del VIH y cuya defensa, información y pruebas apoyan la reforma de la ley.
- Que las personas que viven con el VIH o son vulnerables a él mejoren su conocimiento de las normas de procedimiento en relación con el enjuiciamiento del VIH, especialmente cuando se enfrentan a un enjuiciamiento real o posible.



# PRINCIPIOS GENERALES

## 1 Los juicios deben basarse en todas las etapas en las pruebas más fiables

A pesar de los notables avances en el tratamiento y la prevención del VIH, el uso del derecho penal en relación con el VIH refleja a menudo las ideas erróneas y los temores persistentes sobre el VIH, en contradicción con los mejores conocimientos científicos. Lamentablemente, las leyes y los juicios no siempre se han guiado por las mejores pruebas científicas y médicas disponibles; algunas personas han sido procesadas incluso cuando había poca o ninguna posibilidad de transmitir el VIH.

Las *Directrices de la ONU sobre la Función de los Fiscales* establecen que “los fiscales no iniciarán ni continuarán el enjuiciamiento, o harán todo lo posible por suspenderlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada”.<sup>18</sup> De acuerdo con las normas profesionales adoptadas

por la Asociación Internacional de Fiscales (AIP), “en la incoación de un proceso penal, [los fiscales] sólo procederán cuando el caso esté bien fundado en pruebas que se consideren razonablemente fiables y admisibles, y no continuarán con el proceso en ausencia de tales pruebas”.<sup>19</sup> Además, “en el transcurso del proceso, el caso se perseguirá con firmeza pero con justicia; y no más allá de lo que indiquen las pruebas”.<sup>20</sup>

Los procesos siempre deben basarse en pruebas creíbles, incluidas las relativas al VIH y su transmisión, tanto si el asunto va a juicio como si se resuelve mediante una declaración de culpabilidad. Hay que tener en cuenta que, antes de aceptar la declaración de culpabilidad de una persona acusada, tanto los fiscales y las fiscales como los abogados y abogadas defensores deben asegurarse de que se basa en datos científicos sólidos sobre el VIH.

## EVITAR LAS SUPOSICIONES POCO SÓLIDAS

Los juicios nunca deben basarse en suposiciones inexactas, sesgos subjetivos, especulaciones o prejuicios. Los siguientes son algunos puntos importantes a tener en cuenta.

- El simple hecho de que una persona sea seropositiva no significa automáticamente que pueda transmitir el VIH. Por ejemplo, su carga viral puede ser lo suficientemente baja como para que no haya posibilidad de transmisión.
- El mero hecho de haberse sometido a una prueba de detección del VIH no significa que una persona sea necesariamente consciente de cómo puede y no puede transmitirse el VIH.
- Escupir no supone ningún riesgo de transmisión del VIH.
- Las mordeduras no suponen ningún riesgo de transmisión del VIH, o a lo sumo son insignificantes.
- No es cierto que cualquier forma de actividad sexual suponga necesariamente un riesgo de transmisión del VIH.
- La exposición al VIH no conduce necesariamente a la infección real.
- No se puede suponer que una persona que vive con el VIH y que mantiene relaciones sexuales u otra actividad que pueda suponer un riesgo de transmisión tenga la intención de transmitir el VIH o no tenga en cuenta la salud de su pareja.
- La primera persona de una pareja que da positivo en la prueba del VIH no es necesariamente el origen de la infección de su pareja. El miembro de la pareja que se somete a la prueba más tarde puede haber sido el que transmitió la infección, o puede haber habido otra fuente.



En algunos ámbitos, la ciencia está clara; en otros, puede ser compleja y también está en evolución.

**Una correcta comprensión de la ciencia pertinente es esencial para garantizar que la práctica de la fiscalía sea coherente y que los procesos (y las condenas que puedan resultar) se basen en hechos justos y objetivos.** Una comprensión correcta de la ciencia también ayudará a hacer un uso prudente de los recursos de la fiscalía, entre otras cosas limitando las cuestiones en un procedimiento y evitando el enjuiciamiento de casos en los que hay poca o ninguna base científica para proceder. Esta comprensión también es importante por parte de las fuerzas del orden, los abogados y abogadas defensores y los jueces y juezas.

Por ejemplo, las y los fiscales deben saber que:

- El VIH no puede transmitirse a través de la saliva.
- La reducción de la carga viral de una persona (la cantidad de virus que circula en el cuerpo, medida en una muestra de sangre) también significa una reducción del riesgo de transmisión del VIH.
- El tratamiento eficaz con medicamentos antirretrovirales suprime la carga viral. Una pequeña minoría de personas es capaz de controlar su carga viral de forma natural sin medicación.
- El VIH no puede ser transmitido sexualmente por una persona con una carga viral indetectable o suprimida.
- El VIH no puede atravesar un preservativo intacto, lo que significa que el uso correcto del preservativo evita la transmisión del VIH.
- El sexo oral no supone ningún riesgo de transmisión del VIH, o a lo sumo es insignificante.
- El acceso a las terapias antirretrovirales transforma el VIH en una condición de salud crónica y manejable, lo que significa que las personas con VIH que tienen acceso a la atención disfrutan de calidad de vida y tienen una esperanza de vida similar a la de las personas sin VIH.

- Cuando se contempla la cuestión de probar la transmisión de un acusado o acusada a una persona denunciante, la ciencia como la filogenética (que analiza el grado de relación genética de las cepas del VIH) tiene importantes limitaciones.

Dicha información puede encontrarse fácilmente en la *Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia del VIH en el contexto del derecho penal* (también resumida en el anexo C).<sup>21</sup> En algunos casos, la consulta de dicha fuente y de otros recursos fiables, como los enumerados en el anexo D, puede establecer de forma rápida y concluyente que no hay base científica para una acusación penal o un procesamiento en diversas circunstancias.

En otras circunstancias más complejas, el fiscal o la fiscal debe solicitar un *dictamen científico* de una experta o un experto cualificado lo antes posible y buscar otros dictámenes periciales según sea necesario durante el proceso. Dicho dictamen pericial debe abordar cuestiones como la posibilidad de transmisión del VIH asociada al acto o actos que se alegan como base de un posible enjuiciamiento, y el daño corporal asociado a la infección por el VIH. Si se alega la transmisión del acusado al denunciante, un experto adecuado debería asesorar sobre si las pruebas podrían establecer la transmisión con el grado de certeza legalmente requerido. Como se explica más adelante, y se señala en el Anexo C, se debe contratar a un experto virólogo forense familiarizado con la complejidad y las limitaciones del análisis filogenético si se contemplan estas pruebas científicas como parte de la demostración de la transmisión real. Cuando el dictamen pericial no respalde la prueba de los elementos del delito aplicable en la legislación de la jurisdicción, no se debe proceder a la acusación o, si ya se ha presentado, se debe retirar.

## 2 Los fiscales y las fiscales deben garantizar que los derechos de la persona denunciante, del acusado o acusada y de los testigos sean respetado a lo largo de todas las etapas del proceso

Toda aplicación del derecho penal compromete diversos derechos humanos. Los fiscales y las fiscales, como representantes del Estado, tienen el papel y la obligación fundamentales de garantizar el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones.<sup>22</sup> Las normas de derechos humanos pertinentes incluyen el derecho a la libertad, incluido el derecho a no ser privado ilegal o arbitrariamente de la libertad,<sup>23</sup> así como el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad de acuerdo con la ley,<sup>24</sup> y el derecho a un juicio justo por un tribunal competente, independiente e imparcial.<sup>25</sup> Los principios internacionales también exigen que los denunciantes sean tratados con compasión y respeto a su dignidad y que sean informados de sus derechos, incluido el acceso a la justicia y a una pronta reparación.<sup>26</sup>

Del mismo modo, las y los fiscales deben garantizar el respeto del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, incluso por motivos de raza, color, etnia, origen nacional o social, sexo u otra condición, incluida la condición de seropositivo, la orientación sexual o la identidad de género.<sup>27</sup> Esta consideración opera en todo momento en el ejercicio de la función fiscal y se aplica tanto al acusado o acusada como a la persona denunciante. Las normas de enjuiciamiento son explícitas en el sentido de que los fiscales deben “desempeñar sus funciones con imparcialidad y evitar toda discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de cualquier otro tipo”.<sup>28</sup> La aplicación del derecho penal en el contexto del VIH, una condición de salud estigmatizada, acentúa la importancia de prestar una atención escrupulosa a estos derechos para evitar enjuiciamientos indebidos y condenas injustas basadas en el estigma o los prejuicios. Del mismo modo, los juicios relacionados con la actividad sexual suelen estar cargados de prejuicios y suposiciones sobre el sexo, la sexualidad y el género, incluidas las opiniones discriminatorias sobre las mujeres y su sexualidad, y los prejuicios contra la actividad sexual entre personas del mismo sexo, la identidad trans o el trabajo sexual. Los sesgos y prejuicios basados en la etnia, el color o la raza, especialmente en entornos

donde las comunidades han sido históricamente criminalizadas de forma desproporcionada por estos motivos o contra migrantes, también se han observado en algunas jurisdicciones en las que se han iniciado procesos penales relacionados con el VIH. En estos contextos, se requiere una mayor atención para evitar procesamientos injustos.<sup>29</sup>

Los procesos penales relacionados con el VIH también comprometen el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental,<sup>30</sup> el derecho a la seguridad de la persona (contra los daños a manos del Estado) e incluso potencialmente el derecho a la vida,<sup>31</sup> dependiendo de las circunstancias. La detención -durante el proceso de detención, antes del juicio y después de la condena – puede interrumpir el acceso al tratamiento del VIH y otros aspectos de la atención médica necesaria. Además, en muchos entornos, las condiciones de detención son perjudiciales para la salud de los detenidos en general. El daño potencial de tales condiciones es aún mayor en el caso de un detenido que vive con el VIH. El estigma y los abusos de diversa índole, incluidos los relacionados con el VIH, están presentes en los entornos penitenciarios al igual que fuera de ellos.

Por último, el derecho a la intimidad<sup>32</sup> también se ve afectado por los procesos penales relacionados con el VIH en múltiples etapas y es relevante tanto para el acusado como para el denunciante. El principio de “justicia abierta”, según el cual los procedimientos penales deben estar abiertos al escrutinio público, es importante; la transparencia es necesaria para garantizar unos procedimientos justos y coherentes con las normas de derechos humanos, así como la responsabilidad en el funcionamiento del sistema judicial. Al mismo tiempo, esto debe equilibrarse con la obligación de respetar y proteger el derecho a la intimidad, y la consideración de los daños que pueden derivarse de los procesos penales relacionados con el VIH.

Los procesos penales relacionados con acusaciones de no revelación, exposición o transmisión del VIH revelarán inevitablemente el estado seropositivo del acusado y, en los casos en que se alegue una transmisión real del VIH, el del denunciante. El VIH sigue estando muy estigmatizado en muchos entornos, y la revelación pública del estado seropositivo de una persona puede tener graves consecuencias negativas. La mayoría de los juicios relacionados con el VIH han surgido, y probablemente seguirán surgiendo, en el contexto de las relaciones sexuales. En consecuencia,

implicarán necesariamente pruebas de actividades sexuales del acusado o acusada y de la persona denunciante. Esto también puede implicar la revelación de la orientación sexual o la identidad de género del acusado o acusada y/o de la persona denunciante, y posiblemente de actividades sexuales fuera de la relación que no eran conocidas previamente por uno de los miembros de la pareja.

Dependiendo de las circunstancias, un proceso puede implicar pruebas de otras actividades criminalizadas o estigmatizadas, como el consumo de drogas o el trabajo sexual. También puede implicar la conducta de otras personas, como otras parejas sexuales o de consumo de drogas del denunciante o del acusado, cuya intimidad, por tanto, también se ve comprometida. Es importante tener en cuenta que las acusaciones presentadas aún no han sido probadas, y que exponer la identidad de las partes y los testigos, el estado del VIH y/u otra información delicada puede tener graves consecuencias, como la pérdida de relaciones sociales y familiares, así como el acoso y la discriminación en diversos ámbitos como el empleo, la vivienda y la atención sanitaria, y a veces, la violencia.

Por lo tanto, los fiscales, así como los abogados defensores y los jueces, deberían esforzarse por preservar la intimidad de los denunciantes, acusados y testigos en la mayor medida posible. Deberían considerar qué medidas pueden y deben tomarse para evitar o minimizar las violaciones del derecho a la intimidad de la persona denunciante, el acusado o acusada y otras partes, como los testigos, en los procesos penales relacionados con el VIH. Esto debería observarse en todas las fases del proceso. El acceso a los historiales médicos y de asesoramiento es especialmente delicado, de ahí el deber de confidencialidad de los profesionales sanitarios hacia los pacientes. De acuerdo con los requisitos y procedimientos legales aplicables, durante una investigación, las y los fiscales sólo deben solicitar el acceso a los elementos de dichos registros que sean absolutamente necesarios, y en el juicio deben limitar la divulgación de la información contenida en dichos registros. Tanto un denunciante que se ve obligado por el proceso de la acusación a compartir esa información íntima y privada, como una persona acusada que por definición se enfrenta a una acusación (no a un conjunto de hechos

probados) tienen fuertes intereses de privacidad. Aparte de su valor intrínseco, la protección de la intimidad puede permitir a los testigos ofrecer un relato más completo y sincero al testificar. También puede ayudar a proteger a los testigos contra la intimidación o las represalias en algunos casos.

Los fiscales y las fiscales; las abogadas y los abogados defensores y los jueces y juezas deben estar atentos a estas preocupaciones y considerar la posibilidad de adoptar o solicitar diversas medidas para proteger la privacidad, tanto en el juicio como antes del mismo y en cualquier procedimiento preliminar o posterior relacionado, como órdenes judiciales que:

- permitir la recepción de pruebas *a puerta cerrada* en el caso de testigos específicos;
- proteger la identidad de las partes en el proceso redactando los documentos y/o exigiendo el uso de sólo iniciales o seudónimos en el procedimiento y en cualquier registro judicial accesible al público;
- limitar la introducción de la información de los historiales médicos confidenciales a la que esté estrictamente relacionada con los hechos controvertidos en el procedimiento;
- restringir el acceso a los documentos archivados en el procedimiento judicial para evitar una mayor divulgación pública de dicha información;
- impedir la publicación más amplia, a través de cualquier documento, medio de comunicación u otra transmisión, de las identidades del demandante y del demandado o de cualquier información que pueda identificarlos
- excluir al público en general de la sala del tribunal, restringiendo el acceso a los familiares cercanos, amigos o partidarios del denunciante y del acusado, y quizás el acceso a los medios de comunicación sujetos a una prohibición de publicación como la descrita anteriormente. La fiscalía y el tribunal también deben considerar los riesgos reales para la persona denunciante y el acusado o acusada asociados a dar a conocer los hechos relacionados con el caso en las plataformas de los medios de comunicación social y de noticias, y tomar las medidas adecuadas para evitarlo.



# DECIDIR SI SE PERSIGUE Y CÓMO SE PERSIGUE

## 3 Los fiscales y las fiscales sólo deberían emprender acciones judiciales en circunstancias limitadas, ya que el VIH se aborda más eficazmente como un asunto de salud pública

### Los beneficios de un enfoque de salud pública

Las pruebas disponibles demuestran que garantizar el acceso universal a los bienes, servicios e información para la prevención, el diagnóstico y el tratamiento del VIH y otras ITS contribuye sustancialmente a detener la propagación de nuevas infecciones, así como a mejorar la salud de las personas que viven con el VIH. También es una obligación de derechos humanos tomar medidas positivas para garantizar que dichos bienes, servicios e información estén disponibles, sean accesibles, aceptables para las poblaciones a las que van dirigidos y sean de buena calidad.<sup>33</sup>

En su mayor parte, la mayoría de las personas a las que se les ha diagnosticado el VIH, cuando están capacitadas para ello, toman medidas para prevenir la transmisión del VIH, incluso a sus parejas sexuales.<sup>34</sup> El acceso a un tratamiento eficaz hace que el VIH sea una infección crónica manejable. La esperanza de vida de una persona que inicia la terapia antirretrovírica poco después de contraer el VIH se aproxima ahora a la de la población general.<sup>35</sup> Más allá de este beneficio individual, una persona seropositiva con una carga viral “indetectable” o “suprimida” no puede transmitir el virus a su pareja sexual.<sup>36</sup> La supresión viral también reduce significativamente la posibilidad de transmisión por otros medios, como la transmisión vertical de una madre a su hijo o hija durante el embarazo, el parto o la lactancia.<sup>37</sup> Como se ha señalado anteriormente, el tratamiento antirretroviral eficaz y el uso del preservativo son medidas de prevención del VIH altamente eficaces, lo que hace que la posibilidad de transmisión del VIH sea nula o, a lo sumo, insignificante.<sup>38</sup> Las políticas y los programas

sanitarios que garantizan que las personas puedan conocer su estado serológico con seguridad, y que tengan acceso al tratamiento del VIH y a las herramientas de prevención del VIH y puedan utilizarlas, constituyen las respuestas principales y más eficaces al VIH.

### Los límites y las consecuencias adversas de los procesos penales

La penalización del VIH no ha demostrado ser una política eficaz de prevención del VIH. Hay pocas pruebas, o ninguna, de que la penalización del VIH contribuya a prevenir nuevas infecciones en un grado significativo al disuadir los comportamientos sexuales de riesgo o fomentar la revelación del estado serológico.<sup>39</sup> Por el contrario, se ha comprobado que las leyes, políticas y prácticas punitivas, así como el estigma y la discriminación contra las personas que viven con el VIH y otras “poblaciones clave”<sup>40</sup> tienen un impacto negativo en la salud pública de diversas maneras,<sup>41</sup> y plantean importantes problemas de derechos humanos. La evaluación de si se debe enjuiciar, cuándo y cómo, debería basarse en la consideración de estas preocupaciones, que favorecen la moderación en el recurso a las acusaciones y los enjuiciamientos penales, tal como se recomienda en las orientaciones internacionales sobre la penalización del VIH.

**El uso excesivamente amplio del derecho penal puede ser otro elemento disuasorio de las pruebas.** La ampliación de las pruebas del VIH es fundamental para la prevención del VIH y el acceso al tratamiento. Es un reto animar a las personas a que se sometan a las pruebas del VIH, para que puedan recibir tratamiento, información y otras ayudas para prevenir la transmisión, si temen las consecuencias de ser identificados como seropositivos. Desgraciadamente, como la criminalización se aplica a menudo a las personas por el mero hecho de saber que son seropositivas, la amenaza de posibles acusaciones y procesamientos es, para algunos, otra razón para evitar por completo las pruebas del VIH, a pesar de los beneficios para la salud individual y pública que se derivan del mero hecho de conocer

el propio estado de persona que vive con el VIH.<sup>42</sup> Teniendo en cuenta las estimaciones de que una proporción significativa de las nuevas infecciones por el VIH son atribuibles a personas que no están diagnosticadas, los desincentivos a las pruebas contribuyen a una mayor propagación.<sup>43</sup> Cuanto más se aplique el derecho penal – por ejemplo, al criminalizar a personas cuya conducta supone una posibilidad de transmisión insignificante o nula-, la probabilidad de que se produzca ese daño es mayor, ya que el simple hecho de saber que se es VIH positivo, en contraposición a la realización de una conducta concreta, puede suponer el riesgo de ser procesado y castigado.<sup>44</sup>

**La criminalización del VIH también socava la salud pública al amenazar la relación de confianza entre las personas y los proveedores de atención sanitaria,** especialmente cuando los historiales médicos se utilizan en las investigaciones penales y en contra de un paciente en un juicio, o se obliga a doctores, doctoras y enfermeras y enfermeros a testificar en los tribunales contra sus pacientes.<sup>45</sup> Esto ocurre de forma rutinaria en los procesos relacionados con el VIH para establecer la condición de persona que vive con el VIH de un acusado o acusada, la fecha de diagnóstico, la carga vírica o la posible exposición a otras ITS; introducir detalles de la información proporcionada a la persona acusada por un proveedor de pruebas del VIH u otros servicios sanitarios; o, a veces, en un intento de corroborar las afirmaciones de que se produjo o no cierta conducta (por ejemplo, con una pareja sexual) y de identificar contactos anteriores. Cuando una persona ha sido obligada por ley a proporcionar dicha información a su médico o médica o a la sanidad pública, el uso de dicha información como prueba contra esa persona en un proceso penal infringe el derecho a no autoincriminarse.

**Revelar que se es una persona que vive con el VIH suele ser un tema personal difícil, dada la prevalencia del estigma, la discriminación y otros abusos relacionados con el VIH.** Las personas suelen tener buenas razones para temer el rechazo y el ostracismo, así como la discriminación en ámbitos como el acceso a los servicios sanitarios y básicos, el empleo o la vivienda, u otros perjuicios, si se les identifica como seropositivos.<sup>46</sup> Algunas personas con VIH se enfrentan a la violencia, el abandono y otros abusos si cuentan su estado a su pareja. Esta es una cruda realidad a la que se enfrenta un número importante de mujeres que viven con el VIH y poblaciones clave.<sup>47</sup> Algunas personas pueden no estar en condiciones de revelar su condición por

negación o falta de comprensión de su estado de salud.

**Aparte de los retos de la divulgación, existen barreras sistémicas o personales para la prevención del VIH.** Algunas personas que viven con el VIH, y algunas comunidades particularmente afectadas por el VIH, tienen un acceso limitado o nulo al tratamiento antirretroviral eficaz que previene la transmisión, o tienen menos probabilidades de negociar o garantizar el uso de métodos de prevención como el uso constante y correcto del preservativo en sus encuentros sexuales. Estas barreras pueden incluir: el coste de los bienes y servicios sanitarios, cuando el acceso es limitado o no está cubierto por el seguro o se cobran tasas al usuario;<sup>48</sup> la falta de disponibilidad del tratamiento o de las pruebas de carga viral en algunos países o para algunas poblaciones (por ejemplo personas migrantes indocumentadas),<sup>49</sup> el estigma y la discriminación en los centros de atención sanitaria contra las personas que viven con el VIH y otros grupos de población clave, que afecta tanto al acceso a la atención como a la eficacia del tratamiento del VIH;<sup>50</sup> los servicios sanitarios inaccesibles para las personas con discapacidad;<sup>51</sup> las políticas que impiden el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva para las personas jóvenes;<sup>52</sup> y la violencia y las desigualdades de género.<sup>53</sup> Cuando el acceso a los medios de prevención del VIH y la capacidad de utilizarlos eficazmente se ven limitados de estas formas, la carga de los procesos penales por transmisión del VIH, o por conductas consideradas de riesgo de transmisión, a menudo acabará recayendo de forma desproporcionada en quienes ya están en desventaja. Esto plantea cuestiones de equidad, así como de si este enfoque es una política de salud pública sólida, especialmente si la extensión excesiva del derecho penal crea barreras para acceder a los servicios sanitarios y a otras medidas que han demostrado ser eficaces para la prevención del VIH.

**La aplicación excesivamente amplia del derecho penal contribuye a la estigmatización asociada al VIH,** al contribuir a las ideas erróneas sobre el virus, incluida la percepción exagerada del riesgo de transmisión. Esto ocurre especialmente cuando los procesos penales – y la publicidad que los acompaña, incluida la cobertura mediática a menudo inexacta o sensacionalista – se basan en actividades que plantean poco o ningún riesgo de transmisión del VIH.<sup>54</sup> Al asociar el VIH con la delincuencia y contribuir a las representaciones en la opinión pública de las personas que viven con el VIH como delincuentes, la penalización del VIH

refuerza aún más el estigma que rodea al VIH y, por tanto, la discriminación contra las personas que viven con el VIH. Esto, a su vez contribuye a dificultar que las personas comuniquen su condición de persona que vive con VIH, y también crea obstáculos para el éxito de una educación precisa y eficaz en materia de prevención del VIH, así como para la prestación de atención y tratamiento. Además, en la gran mayoría de los casos conocidos, las personas han sido procesadas a pesar de no existir una intención de dañar a otras personas, o en casos en los que la transmisión no fue ni alegada ni probada. En algunos casos, las personas han sido acusadas -y, en algunos casos, condenadas y condenadas a penas severas – incluso si tomaron precauciones para proteger a sus parejas y prevenir la transmisión del VIH, lo que suscita preocupación sobre la conveniencia de imponer sanciones penales duras y estigmatizantes en tales circunstancias.<sup>55</sup>

**Se ha planteado la preocupación por el modo en que la penalización del VIH perjudica a las mujeres.** El uso de sanciones penales se ha llevado a cabo a menudo por el loable deseo de proteger a las mujeres.<sup>56</sup> Sin embargo, defensores y preocupadas de los derechos de las mujeres preocupados por la penalización del VIH han destacado que ésta no aborda la existente epidemia mundial de violencia de género y las desigualdades de género, factores que están entrelazados con su riesgo de contraer el VIH,<sup>57</sup> y que, por el contrario, exagera estos riesgos para las mujeres que viven con el VIH.<sup>58</sup> En muchos entornos, es más probable que las mujeres descubran su condición de persona que vive con el VIH, incluso en el contexto de la atención prenatal, antes que su pareja masculina. Algunas corren entonces el riesgo de ser acusadas infundadamente de “traer el VIH a la relación”, así como de sufrir abusos y violencia. La criminalización del VIH también significa que las personas que viven con el VIH que están en relaciones abusivas -que son desproporcionadamente mujeres – se enfrentan a la posibilidad de ser amenazadas con acusaciones criminales de no revelación, exposición o transmisión del VIH como medio de control y coerción.<sup>59</sup> También se ha comprobado que la criminalización del VIH socava el acceso a la atención sanitaria de las mujeres que viven con el VIH.<sup>60</sup> Las mujeres que viven con el VIH también han sido objeto de enjuiciamiento en algunos casos por el riesgo, o incluso simplemente el riesgo percibido, de transmisión vertical (es decir, de madre a hijo o hija), incluso por la lactancia. Estas acciones judiciales han surgido a pesar de los importantes avances en el conocimiento científico de que el

tratamiento antirretroviral reduce drásticamente dichos riesgos, y del reconocimiento simultáneo de que las mujeres que viven con el VIH se enfrentan a decisiones difíciles y complejas en relación con la lactancia materna y la mejor manera de proteger la salud de sus hijos.<sup>61</sup> Por ejemplo, la alimentación de sustitución puede no ser una opción segura o viable en muchos contextos, por diversas razones. La falta de agua potable puede significar que la alimentación de sustitución no sólo es cara y priva a los niños y niñas de los beneficios nutricionales e inmunológicos de la lactancia materna, sino que también aumenta el riesgo de enfermedad y de enfermedades potencialmente mortales transmitidas por el agua. Las normas culturales que exigen la lactancia materna pueden hacer que sea inseguro o difícil para una madre negarse a amamantar, ya que hacerlo puede implicar la revelación, o al menos la especulación, de su condición de seropositiva y el estigma, la discriminación o incluso la violencia que puede seguir. Las decisiones de las mujeres en tales circunstancias son complejas; añadir la amenaza de un proceso penal no beneficia en absoluto ni a las mujeres ni a los niños o niñas a su cargo.<sup>62</sup>

**La aplicación discriminatoria de la ley es otra preocupación.** Los datos disponibles muestran que, en numerosas jurisdicciones, los juicios por presunta no revelación, exposición o transmisión del VIH han afectado de forma desproporcionada a grupos especialmente marginados, como las minorías étnico-raciales, trabajadores y trabajadoras sexuales, o los hombres gay y otros hombres que tienen sexo con hombres.<sup>63</sup> Las investigaciones realizadas en algunas jurisdicciones también han revelado que la cobertura mediática de los procesos penales relacionados con el VIH se ha centrado de forma desproporcionada en los acusados negros y/o inmigrantes, y ha reflejado o contribuido a los preocupantes estereotipos racistas.<sup>64</sup> Además, el riesgo de injusticia y posible discriminación en la aplicación de la ley es mayor en las jurisdicciones en las que la ley no es clara en cuanto a qué conducta está prohibida penalmente, porque las disposiciones legales están redactadas de forma ambigua, la política de la fiscalía es inexistente o poco clara y/o la práctica de la fiscalía es incoherente.

## Principios que limitan el uso del derecho penal

En la mayoría de los sistemas y tradiciones jurídicas, las sanciones penales se entienden como el medio formal de condena más fuerte que la sociedad puede imponer. Por lo tanto, su uso debe ser una medida de último recurso, reservada para los comportamientos lo suficientemente reprochables como para justificar dicha sanción. Más allá de este principio fundacional del derecho penal las normas jurídicas internacionales también exigen que las limitaciones de los derechos humanos, como el derecho a la libertad u otros derechos implicados en un proceso penal, deben cumplir ciertos criterios para estar justificadas. Entre ellos se encuentran los requisitos de que: cualquier limitación de este tipo debe estar prevista en una ley que sea clara y accesible (el principio de legalidad o seguridad jurídica); no debe aplicarse de forma arbitraria, irrazonable o discriminatoria; y debe ser “necesaria”, lo que significa que la infracción de la libertad responde a una necesidad pública o social apremiante, persigue un objetivo legítimo y es proporcionada a ese objetivo.<sup>65</sup> Este principio de moderación en el uso de las sanciones penales se aplica no sólo a la función del poder legislativo de *elaborar* la ley y a la función del poder judicial de interpretarla, sino también a la *aplicación* de la ley, incluso a nivel de los y las fiscales que toman decisiones sobre los procesos individuales. Esto incluye la decisión sobre *si* se debe presentar una acusación y *qué* acusación se debe presentar. No debe asumirse automáticamente que debe ser la acusación más grave que pueda formularse a partir de las pruebas. Tampoco debería ser una práctica automática la presentación de múltiples cargos, utilizando diferentes delitos, para abordar la misma conducta.

### 4 Los fiscales y las fiscales deben establecer una base probatoria suficiente para el enjuiciamiento

En cualquier caso, la discreción del fiscal debe ejercerse en función de si existe una perspectiva realista o razonable de condena basada en el conjunto de las pruebas que se consideran fiables, creíbles y admisibles en el juicio. Aunque la formulación exacta de esta prueba varía según los sistemas jurídicos, todos los sistemas reconocen que no se justifica el enjuiciamiento en ausencia de pruebas suficientes, aceptables para un juzgador

imparcial e independiente, para establecer los elementos requeridos del delito.<sup>66</sup> Para evitar un enjuiciamiento inadecuado y utilizar los recursos del sistema de justicia de forma inteligente, el o la fiscal debe reevaluar las perspectivas razonables de condena en cada fase del proceso y a medida que evoluciona la base probatoria del caso. En el contexto específico del VIH – los fiscales deben tener en cuenta una serie de factores a la hora de evaluar las perspectivas razonables de condena.

**Pruebas sobre el estado seropositivo del acusado en el momento del presunto delito:** No puede haber un enjuiciamiento por transmisión, exposición o no revelación de la condición de persona que vive con VIH a menos que se establezca que el acusado o acusada era seropositivo en el momento del presunto delito. Una prueba del VIH realizada después del presunto delito, incluso en el contexto de una investigación, no proporcionaría una base probatoria suficiente para un enjuiciamiento.

**Pruebas relativas a la conducta que constituye la base de la acusación:** El fiscal o la fiscal debe explorar qué pruebas hay sobre los detalles específicos de las relaciones sexuales (u otros actos) entre la parte denunciante y el acusado o acusada. ¿Qué actos se produjeron? ¿Cuántas veces? ¿En qué circunstancias? Estos detalles serán esenciales para una evaluación informada de la posibilidad de transmisión del VIH. También es necesario establecer los detalles de las comunicaciones entre la parte denunciante y el acusado o acusada. Por ejemplo, ¿reveló el acusado de algún modo su condición de seropositivo? ¿Sugirieron el denunciante o el acusado o acusada el uso del preservativo o la no realización de determinados actos sexuales? El fiscal o la fiscal debe investigar si hay alguna fuente objetiva de pruebas, aparte del denunciante y el acusado o acusada, que corrobore o contradiga los relatos de sus encuentros. Por ejemplo, puede haber pruebas independientes que confirmen que la revelación tuvo lugar o que la o el denunciante conocía de otro modo la condición del acusado, incluida la información obtenida de otras personas que conocen la condición del acusado. En el caso de una relación continua, la fiscalía debe considerar el contexto. ¿Existen pruebas de una dinámica en la relación, como un patrón o una amenaza de violencia, que pueda impedir razonablemente que la parte acusadora revele su estado o proponga medidas para reducir la posibilidad de transmisión del VIH? A la inversa, ¿hay pruebas de que las acusaciones del denunciante contra el acusado o acusada están motivadas por algún intento de controlar a la pareja

o pueden formar parte de un patrón de amenazas, intimidación, violencia o venganza? También hay que recordar que no se puede suponer que la parte denunciante o el acusado o acusada se infectaron primero en función de quién fue el primero en ser diagnosticado con el VIH o quién inició la denuncia ante las autoridades.

**Pruebas del riesgo y del daño:** Como se ha señalado anteriormente, el fiscal o la fiscal debe asegurarse de que la evaluación del riesgo de transmisión, y la prueba de la transmisión real si se alega, estén bien fundadas en la evidencia científica actual, recurriendo a la opinión de expertos debidamente cualificados cuando sea necesario. En ausencia de tal fundamento científico sólido, no hay base para un enjuiciamiento. Aunque las recomendaciones internacionales son contrarias a la aplicación del derecho penal cuando no hay transmisión real, en algunas jurisdicciones, la exposición a un riesgo potencial de infección es suficiente para una condena en virtud de la ley; en tales casos, cuanto menor sea la posibilidad de transmisión, menos probable es que se justifique un enjuiciamiento. Las conductas que no suponen ninguna posibilidad de transmisión o que son insignificantes nunca justifican el enjuiciamiento. Algunos puntos clave a tener en cuenta, basados en el consenso científico disponible (véase el anexo C):

- No existe ninguna posibilidad de transmisión del VIH a través de la saliva, incluso cuando ésta contiene pequeñas cantidades de sangre.
- La posibilidad de transmisión del VIH por mordedura oscila entre ninguna y, a lo sumo, insignificante.
- La posibilidad de transmisión del VIH durante un solo acto de sexo vaginal o anal oscila entre baja y nula, dependiendo de las circunstancias
- La posibilidad de transmisión del VIH durante un solo acto de sexo oral oscila entre ninguna y, a lo sumo, insignificante.
- No hay posibilidad de transmisión del VIH durante un único acto de sexo vaginal, anal u oral cuando la pareja seropositiva tiene una carga viral indetectable (o “suprimida”).
- La posibilidad de transmisión del VIH durante un único acto de sexo vaginal o anal cuando la pareja seropositiva tiene una carga viral baja oscila entre ninguna y, a lo sumo, insignificante.
- No existe ninguna posibilidad de transmisión del VIH durante un único acto de sexo vaginal, anal u oral cuando se utiliza correctamente un preservativo de látex o poliuretano, lo que significa que su integridad no está comprometida

y que se ha llevado durante todo el acto sexual en cuestión.

Cuando la acusación pretende demostrar la transmisión del VIH, se requiere una precaución adicional al tratar con pruebas científicas como el análisis filogenético que compara dos cepas del VIH o las pruebas destinadas a estimar la probabilidad de una infección reciente del denunciante. Hay que entender cuidadosamente las limitaciones de estas pruebas. Dichos análisis no pueden probar por sí solos que un acusado haya infectado a un denunciante con el VIH. Es importante destacar que el análisis filogenético puede exonerar a un acusado o acusada cuando los resultados descartan que el acusado sea el origen de la infección por el VIH del denunciante.

#### **La presencia o ausencia de la culpabilidad mental requerida**

- En primer lugar, la fiscal o el fiscal debe estar convencido de que el acusado o acusada conocía y comprendía su diagnóstico de seropositividad y, además, de que comprendía el riesgo de transmisión asociado al acto sexual (o de otro tipo) que se alega. Sin estos hechos básicos, no habría base para establecer el grado requerido de culpabilidad mental (a menudo denominado *mens rea* o elemento mental, según el sistema jurídico).<sup>67</sup> Deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada acusado. En algunos casos, ser informado del resultado positivo de la prueba o incluso tener una conversación con un profesional de la salud puede no ser suficiente para establecer que la persona comprendió los riesgos de la transmisión del VIH, especialmente si la persona estaba en estado de shock al recibir su diagnóstico o en negación.
- Mientras que el conocimiento de la condición de seropositivo y del riesgo de transmisión deben entenderse siempre como elementos necesarios, pueden no ser suficientes para una condena. El fiscal o la fiscal debe estar convencido de que las pruebas fiables, creíbles y admisibles en su conjunto pueden establecer el nivel de culpabilidad mental tal como se define en la ley de la jurisdicción.
- No se puede presumir la culpabilidad mental – y, desde luego, la intención de transmitir el VIH – por el mero hecho de que una persona que vive con el VIH no haya revelado su estado seropositivo o haya realizado una actividad determinada (por ejemplo, relaciones sexuales sin preservativo, tener un bebé). Como se ha



señalado anteriormente, hay muchas razones por las que alguien puede no revelar su estado, incluido el miedo a las consecuencias negativas graves o la comprensión o la creencia de que no existe un riesgo significativo de transmisión en las circunstancias, como tener una carga viral indetectable, utilizar un preservativo o que su pareja sexual utilice la profilaxis previa a la exposición (PrEP). En algunos casos, una persona puede no estar en condiciones de insistir en que su pareja sexual utilice un preservativo. Estos factores deben tenerse en cuenta a la hora de considerar si las pruebas establecen la culpabilidad mental del acusado exigida por la ley aplicable.

- Por el contrario, tomar precauciones para evitar o reducir la posibilidad de transmisión del VIH sería un factor que negaría la existencia de cualquier intención de causar daño. La prueba de la intención directa de transmitir el VIH debería requerir no sólo el conocimiento del propio estado seropositivo y de cómo puede transmitirse el VIH, sino también pruebas de alguna acción deliberada realizada con el propósito de transmitirlo. En el caso de que un estándar de culpabilidad mental más bajo pueda bastar para una condena (por ejemplo, “imprudencia” en algunos sistemas jurídicos o “intención indirecta” en otros sistemas), lo que se requiere es una prueba clara de una indiferencia consciente y voluntaria en relación con los actos que, según las mejores pruebas científicas disponibles, plantean una posibilidad significativa de transmisión del VIH. Tomar precauciones para prevenir o reducir la posibilidad de transmisión sería un factor que negaría la existencia de imprudencia o negligencia. También lo sería la creencia honesta de que la pareja estaba tomando precauciones eficaces para prevenir la transmisión del VIH (por ejemplo, utilizando un preservativo, tomando la profilaxis previa a la exposición).

## 5 Los fiscales y las fiscales deben considerar si el enjuiciamiento de un caso determinado es de interés público

Aunque es esencial, la mera suficiencia de las pruebas para apoyar una acusación y una condena no es la única consideración. Algunas jurisdicciones establecen explícitamente, ya sea en la legislación o en un código u otra política que

rige a los fiscales, que un fiscal o una fiscal también debe considerar si, en todas las circunstancias, un enjuiciamiento sería de interés público, como segunda parte de la prueba que debe aplicarse en cada caso. En algunas jurisdicciones, en consonancia con el principio de que el derecho penal es un último recurso (el principio de *ultima ratio*), las orientaciones a los fiscales indican que el enjuiciamiento debe proceder sólo si no hay otra alternativa. Por el contrario, en la legislación, la política o la práctica de otros sistemas jurídicos, siempre que se cumplan los requisitos probatorios del delito, existe la presunción (incluso a veces declarada explícitamente) de que el enjuiciamiento es de interés público y debe procederse a él a menos que haya razones de peso para no hacerlo.

A pesar de esta considerable variación, en ningún sistema jurídico sería una buena práctica de enjuiciamiento prescindir totalmente de estas otras consideraciones. Los Estados reconocen internacionalmente que “en el desempeño de sus funciones, los fiscales deberán ... proteger el interés público, actuar con objetividad, tener debidamente en cuenta la posición del sospechoso y del denunciante, y prestar atención a todas las circunstancias pertinentes, con independencia de que beneficien o perjudiquen al sospechoso ... ”.<sup>68</sup> La Asociación Internacional de Fiscales declara, como normas básicas de responsabilidad profesional, que los y las fiscales “deberán... servir y proteger siempre el interés público”,<sup>69</sup> “no se verán afectados por los intereses individuales o sectoriales ni por las presiones del público o de los medios de comunicación y sólo tendrán en cuenta el interés público”;<sup>70</sup> y “siempre... ayudarán al tribunal a hacer justicia entre la comunidad, la víctima y el acusado de acuerdo con la ley y los dictados de la equidad.”<sup>71</sup> Las *Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales* declaran que “de conformidad con la legislación nacional, los fiscales y las fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, suspender los procedimientos de manera condicional o incondicional, o desviar los casos del sistema de justicia formal, respetando plenamente los derechos de los sospechosos, sospechosas y las partes denunciadas.”<sup>72</sup> De acuerdo con estas normas internacionales, los fiscales y las fiscales deben tener *siempre* en cuenta, dentro de los parámetros de discrecionalidad aplicables en su sistema jurídico, el interés público en el ejercicio de su función de acusación, incluido el resultado que mejor responda a las necesidades de la parte denunciante, del acusado o acusada y de la

comunidad. Esto se aplica desde el principio y en cada etapa del proceso.

Existe un interés público en la aplicación justa, imparcial y coherente del derecho penal, dentro de los límites de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Sin embargo, el interés público abarca más que esto. Aunque los detalles varían de un caso a otro y, por tanto, el peso que se les debe conceder, algunas consideraciones generales suelen incluir:

- la naturaleza de la presunta infracción;
- el alcance o la ausencia de daños causados por la presunta infracción;
- las circunstancias de la parte denunciante;
- el nivel de culpabilidad y las circunstancias del acusado o acusada, incluyendo cualquier circunstancia significativa atenuante o agravante;
- si la pena autorizada o probable o las consecuencias colaterales son desproporcionadas en relación con el delito concreto o el acusado o acusada en concreto;
- el impacto en la comunidad y en el público en general de procesar o no procesar;
- si el interés público puede servirse adecuadamente mediante alguna alternativa al enjuiciamiento; y
- las implicaciones para la asignación eficiente de los recursos públicos.



**“En el ejercicio de sus funciones, los fiscales... protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la posición del sospechoso y del denunciante, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, independientemente de si son en beneficio o en perjuicio del sospechoso”.**

– Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales (1990)

En el contexto específico de los juicios relacionados con el VIH, las fiscales y los fiscales deben tener en cuenta una serie de factores a la hora de evaluar el *interés público* de llevar a cabo un juicio.

**Gravedad del delito:** Por regla general, cuanto más grave sea el delito, más probable será que se persiga el interés público. En el contexto de los juicios relacionados con el VIH, la cuestión del interés público debe evaluarse cuidadosamente. En algunas jurisdicciones, las leyes específicas sobre el VIH están redactadas de forma ambigua o deficiente, a menudo sin tener en cuenta las mejores pruebas científicas disponibles, y a menudo imponiendo penas que no son proporcionales a la gravedad real del presunto delito. Estas leyes pueden abarcar conductas de un amplio espectro, no todas las cuales pueden considerarse graves, ya que la transmisión del VIH puede ser improbable o no posible. En algunas jurisdicciones, se han aplicado delitos generales (es decir, no específicos del VIH), de formas no contempladas originalmente por los legisladores, a circunstancias de supuesta no revelación del VIH, exposición potencial o percibida, o transmisión.

**Evitar la parcialidad y la discriminación:** Los fiscales y las fiscales deben actuar con imparcialidad y evitar la discriminación. Esto es especialmente importante en el contexto de los juicios relacionados con el VIH, dado el estigma y los prejuicios existentes en relación con el VIH, el sexo, la orientación sexual y la identidad de género, el trabajo sexual y el consumo de drogas. Dado que la epidemia de VIH ha afectado de manera desproporcionada a las personas y comunidades social y económicamente marginadas, así como a las comunidades desproporcionadamente sometidas al sistema de justicia penal, es importante que tanto las fiscales como los fiscales estén atentos a estas consideraciones a la hora de decidir si deben enjuiciar y cuándo.

**Factores adicionales a considerar:** Los fiscales deben tener en cuenta una serie de otros factores específicos a la hora de evaluar si se justifica un enjuiciamiento en un caso determinado, teniendo en cuenta que la relevancia de cualquier factor determinado dependerá de la definición del delito aplicable en una jurisdicción determinada. Entre los factores a tener en cuenta se encuentran los siguientes:

- el denunciante o la denunciante no estaba infectado o infectada por el VIH

- la no revelación de la condición de persona seropositiva fue un incidente aislado y no hay pruebas de un historial de falta de revelación que pone a las parejas sexuales en un riesgo significativo
- el posible desequilibrio de poder en las relaciones íntimas o de otro tipo: si el acusado se aprovechó de la vulnerabilidad de la denunciante, pero también si el acusado estaba en una posición vulnerable o subordinada a la denunciante
- la caducidad del presunto delito en situaciones en las que las parejas sexuales históricas se presentan alegando que la persona no informó de su condición de persona que vive con el VIH
- la salud física y mental comprometida de un acusado o acusada que vive con el VIH
- si el acusado seropositivo es una persona marginada o vulnerable que carece de una red de apoyo o de otros medios para acceder a la información y al tratamiento médico adecuados
- si se han empleado previamente otras medidas, como intervenciones de salud pública, con el demandado para hacer frente a una conducta que, basándose en datos científicos sólidos, supone un riesgo significativo de transmisión
- si las intervenciones de salud pública pueden ser útiles, de manera coherente con las normas de derechos humanos, como alternativa al enjuiciamiento y al posible encarcelamiento
- las consecuencias potencialmente duras u opresivas del procesamiento y la condena para la parte acusada, incluidos los riesgos para la salud y la seguridad que el encarcelamiento supone para un acusado o una acusada que vive con el VIH, y las disposiciones de condena auxiliares (y a veces obligatorias) que pueden entrar en juego en los casos de condena por un delito sexual (por ejemplo, la designación por años como delincuente sexual registrado) aunque los asuntos relacionados con el VIH no sean delitos sexuales *en sí mismos*
- el impacto de la persecución y, en caso de la condena, de una sentencia probable o posible (por ejemplo, de encarcelamiento) sobre otros, como los hijos, hijas u otras personas a cargo del acusado o acusada
- si un procedimiento penal ofrece una perspectiva realista de lograr algún remedio significativo o el reconocimiento de la queja legítima del demandante (por ejemplo, el reconocimiento del daño experimentado)
- si las alternativas al enjuiciamiento, incluidas las medidas de remisión y los posibles programas de justicia restaurativa, pueden ofrecer una solución satisfactoria.<sup>73</sup>



**ONUSIDA y el PNUD han instado a los gobiernos a limitar la criminalización a los casos de transmisión intencionada y real – es decir, cuando una persona conoce su estado seropositivo, actúa con la intención de transmitir el VIH y lo transmite de hecho. También han recomendado que no se recurra al derecho penal cuando no exista un riesgo significativo de transmisión, o cuando el acusado:**

- no sabían que eran seropositivos;
- no entendía cómo se transmite el VIH;
- revelaron su condición de seropositivo al denunciante (o creyeron honestamente que la otra persona conocía su condición por algún otro medio);
- no revelaron su estado seropositivo por miedo a la violencia u otras consecuencias negativas graves;
- tomó medidas razonables para reducir el riesgo de transmisión (por ejemplo, utilizando un preservativo); o
- previamente acordado un nivel de riesgo mutuamente aceptable con el denunciante.

– ONUSIDA y PNUD, Informe de política: Criminalización de la transmisión del VIH (2008)



# CONSIDERACIONES PREVIAS AL PROCESO Y AL JUICIO

## 6 Los y las fiscales deben, en general, consentir la libertad provisional, salvo circunstancias excepcionales

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la presunción de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad ante un tribunal independiente e imparcial,<sup>74</sup> así como a ser llevada sin demora ante una autoridad judicial independiente e imparcial, si es detenida.<sup>75</sup> En consecuencia, la detención de una persona cuya culpabilidad aún no se ha demostrado requiere una justificación adecuada por parte del Estado. La detención en espera de juicio debe ser un medio excepcional de último recurso, y de corta duración; también debe ser necesaria y razonable en las circunstancias del acusado individual.<sup>76</sup> La detención preventiva no puede utilizarse con fines punitivos. La libertad provisional puede ir acompañada de medidas destinadas a garantizar la comparecencia del acusado en el juicio o la sentencia.<sup>77</sup> Obsérvese que estas medidas alternativas no privativas de libertad en espera del juicio son opcionales, no obligatorias. También existe el derecho a un juicio en un plazo razonable.<sup>78</sup> Cuando esto no se puede garantizar, la detención preventiva es aún más preocupante.

A pesar de las normas internacionales mencionadas anteriormente, en muchos lugares personas acusadas son encarceladas en prisión preventiva durante meses o incluso años. A pesar de las normas mínimas acordadas internacionalmente,<sup>79</sup> esto ocurre a menudo en condiciones que son perjudiciales para la salud,<sup>80</sup> lo que suscita una mayor preocupación por la violación del derecho a unas condiciones humanas de detención y la prohibición de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>81</sup> Para un acusado o acusada que vive con el VIH, las consecuencias pueden ser especialmente duras, incluyendo la interrupción de la medicación antirretroviral para el VIH y la falta de acceso a otros aspectos de la atención médica necesaria, a pesar de las normas mínimas que exigen que las personas privadas de libertad tengan acceso a una atención sanitaria equivalente a la

disponible en la comunidad.<sup>82</sup> La detención también puede dar lugar a mayores riesgos para la seguridad personal de las personas que viven con el VIH. El VIH suele estar muy estigmatizado en los entornos penitenciarios, al igual que los delitos sexuales, que se utilizan en algunas jurisdicciones para procesar las acusaciones de no revelación, exposición o transmisión del VIH. Esto puede aumentar el riesgo de acoso, amenazas y violencia. Algunos acusados también pueden ser especialmente vulnerables a la violencia, incluida la violencia sexual durante la detención, si son percibidos como personas lesbianas, gays, bisexuales o trans. La detención puede tener consecuencias aún más duras para un padre o madre que esté amamantando o tenga hijos o hijas pequeños u otras personas a su cargo.

Normalmente, las fiscales y los fiscales no deberían solicitar la detención preventiva de una persona en relación con cargos penales relacionados con el VIH, a menos que existan motivos graves y demostrables que desaconsejen su puesta en libertad en espera del juicio. En tales circunstancias, también incumbe a los y las fiscales demostrar que las medidas que no son la detención preventiva, como la libertad condicional, son inadecuadas. El hecho de que un acusado sea seropositivo nunca es *per se* una base suficiente para solicitar o imponer la prisión preventiva. Tampoco está justificado asumir o afirmar, sin pruebas concretas aplicables a las circunstancias específicas, que el acusado seropositivo supone un riesgo para la salud o la seguridad pública que justifica la detención en espera de juicio. Otras restricciones a la libertad, sin llegar a la detención preventiva -como las restricciones a las interacciones sociales o la vigilancia intrusiva de los movimientos o actividades – requieren igualmente una justificación como algo necesario y proporcionado, y no pueden basarse en el estigma o las suposiciones prejuiciosas, incluidas las relativas al VIH, a las personas que viven con el VIH o a otras características personales de una persona acusada, como la orientación sexual, la identidad de género, el consumo de drogas, la participación en el trabajo sexual, etc.

## 7 Los fiscales y las fiscales deben evitar declaraciones y argumentos que puedan ser incendiarios, perjudiciales o contribuyen a la desinformación del público sobre el VIH

Teniendo en cuenta el estigma que rodea al VIH y los prejuicios sociales comunes que se asocian al debate sobre el VIH (incluidas las cuestiones de género, sexo, sexualidad y consumo de drogas), es esencial que las fiscales y los fiscales no jueguen con esos prejuicios ni los fomenten por parte de los jueces y/o jurados. Todas las personas tienen derecho a disfrutar por igual del derecho a la libertad y a la igualdad ante los tribunales.<sup>83</sup> De acuerdo con las normas internacionales, los y las fiscales deben siempre “respetar, proteger y defender el concepto universal de la dignidad humana y los derechos humanos”,<sup>84</sup> y se les exige que “desempeñen sus funciones con imparcialidad y eviten toda... discriminación social, religiosa, racial, cultural, sexual o de cualquier otro tipo”.<sup>85</sup>

Como parte de esta obligación, los fiscales deben evitar argumentos o comentarios – al jurado y/o al juez o jueza en el juicio, y a los medios de comunicación antes, durante o después del juicio – que sean inexactos, engañosos, incendiarios o perjudiciales y que, por lo tanto, puedan dar lugar a un juicio o una apelación injustos. Las fiscales y los fiscales deben evitar:

- afirmaciones o comentarios no respaldados por las pruebas;
- expresar las opiniones sobre el VIH o sobre los testigos (incluidos el denunciante y el acusado);
- comentarios negativos sobre la credibilidad o el carácter del acusado o de un testigo, mediante referencias a características personales como la condición de seropositivo, la raza, la etnia, el país de origen, la religión, la ciudadanía, la condición de inmigrante, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad o expresión de género, las características sexuales, la participación en el trabajo sexual, el estado civil, el consumo de drogas, etc., en un intento de desacreditar a la persona;
- apelando al miedo, la emoción o los prejuicios, incluso mediante el uso de un lenguaje incendiario o estigmatizante (por ejemplo, refiriéndose al VIH como “una sentencia de muerte” o refiriéndose a las personas con VIH, como un acusado, con

términos como “portador de SIDA”);

- presentar en el juicio asuntos que no tienen relevancia para las cuestiones que se plantean ante el tribunal; o
- publicar hechos perjudiciales o engañosos en las redes sociales u otras plataformas digitales, lo que puede magnificar fácil y dramáticamente los daños a los implicados en el procedimiento.

Como se ha descrito anteriormente, una enfermedad infecciosa como el VIH se aborda de manera más eficaz principalmente a través de los esfuerzos de salud pública, y la desinformación sobre el VIH y su transmisión contribuye al estigma y los prejuicios contra las personas que viven con el VIH, impidiendo una respuesta eficaz de salud pública. Los fiscales y las fiscales, que están obligados en todo momento a actuar en pro del interés público,<sup>86</sup> deben, por tanto, tener cuidado de evitar contribuir de cualquier manera a esa desinformación. Esto sugiere evitar el enjuiciamiento –en particular mediante el uso de delitos graves – en los casos en los que hay poco o ningún riesgo de transmisión. En el caso de que la acusación llegue a juicio, la fiscalía no debe presentar ni obtener pruebas o argumentos que refuercen los prejuicios sociales, las ideas preconcebidas y los temores irracionales en relación con el VIH, o que socaven de otro modo los esfuerzos de salud pública para prevenir la propagación del VIH y otras ITS.

## 8 Los fiscales y las fiscales deben garantizar la correcta interpretación de la ciencia y sus limitaciones, si pretenden probar la transmisión real del VIH

En algunas jurisdicciones, la ley limita la responsabilidad penal a los casos de transmisión real del VIH, de acuerdo con las recomendaciones internacionales. En estos casos, la fiscalía considerará necesariamente si existen pruebas suficientes, incluida la opinión científica de un experto, para demostrar que la parte acusada transmitió el VIH a la persona denunciante. En otras jurisdicciones, la ley puede ser más amplia y no exigir la transmisión real, pero la fiscalía puede considerar, no obstante, si intentará probar que el acusado transmitió realmente el VIH al denunciante (por ejemplo, a efectos de la sentencia). En tales circunstancias, las pruebas procederán de varias fuentes pertinentes, incluidos los historiales médicos, los antecedentes sexuales o de otro tipo relativos a otras fuentes

potenciales de infección, y las pruebas científicas. Una correcta comprensión de las pruebas científicas -y de sus limitaciones forenses- es esencial, al igual que el uso ético de dicha ciencia ante el tribunal y en la interacción de la fiscalía con el acusado.

Es importante entender que los historiales médicos obtenidos legalmente pueden proporcionar un contexto, como el establecimiento de un periodo durante el cual el acusado y el demandante adquirieron el VIH, y sus recuentos de CD4 y carga vírica en fechas concretas. Pero esas pruebas no pueden, sin hechos adicionales de otras fuentes, demostrar la transmisión entre el denunciante y el acusado.<sup>87</sup> También hay que tener en cuenta otras posibles fuentes de infección del denunciante, como otras parejas sexuales, el uso compartido de equipos de inyección de drogas o la recepción de sangre, tejidos u órganos. También debe ser evidente que la determinación de si la parte denunciante o el acusado o acusada se infectaron primero no puede asumirse sobre la base de quién fue el primero en ser diagnosticado con el VIH o de quién ha iniciado una denuncia que ha dado lugar a cargos penales.

El análisis filogenético se ha utilizado en algunos procesos penales como prueba ostensible de la transmisión real del VIH mediante el análisis de las secuencias genéticas del VIH en muestras de un acusado y un denunciante. La filogenética es el estudio del grado de relación genética de las cepas del VIH. Esta área de la ciencia es compleja. Para garantizar que la ciencia se entienda y aplique correctamente, es importante que la acusación, la defensa y el tribunal cuenten con la opinión experta de virólogos con conocimientos especializados en esta disciplina.

Los resultados del análisis filogenético de las secuencias del gen del VIH *no* se asemejan al análisis forense que coteja dos muestras de ADN humano. El análisis filogenético puede establecer que las cepas del VIH en dos personas están estrechamente relacionadas, pero estas cepas no son necesariamente únicas para estas dos personas. Otras personas también pueden compartir la misma cepa si están dentro de la misma red de transmisión del VIH (por ejemplo, las parejas sexuales actuales o anteriores que el acusado y el denunciante tienen en común, lo sepan o no, y las parejas sexuales de esas parejas).

Esto significa que las pruebas de los contactos sexuales pasados de un denunciante, o los contactos para compartir equipos de drogas, también serán

relevantes para determinar si otra persona, distinta del acusado, puede ser la fuente de la infección del denunciante. El análisis filogenético no puede establecer la transmisión directa, es decir, quién transmitió el VIH a quién y cuándo. Esto significa que el análisis filogenético por sí solo no puede demostrar que una persona acusada haya transmitido el VIH a un demandante. Simplemente establece el grado de parentesco de sus respectivas cepas del VIH. Obsérvese que dicho análisis podría *excluir* a una persona acusada como fuente de la infección del demandante si el análisis demuestra que las dos cepas no están relacionadas. Es importante que cualquier experto que lleve a cabo un análisis filogenético, especialmente si se va a utilizar en un proceso penal, aplique métodos rigurosos, incluidos los controles apropiados para la comparación del parentesco genético, para no exagerar el grado de relación percibido entre la cepa del VIH del acusado y del denunciante.<sup>88</sup>

En algunos entornos, se puede utilizar un “algoritmo de prueba de infección reciente” (RITA) para estimar la probabilidad de que una persona haya adquirido el VIH recientemente. Estos protocolos de pruebas, que se utilizan en un número limitado de países dada la experiencia de laboratorio necesaria, están diseñados para fines de investigación y vigilancia epidemiológica, incluida la estimación de la incidencia del VIH (es decir, la tasa de personas que se infectan recientemente) en un entorno determinado. Al igual que con el análisis filogenético, es importante comprender las limitaciones de las pruebas RITA, en particular cuando se aplican a casos individuales en el contexto de un proceso penal. Varias pruebas RITA miden diferentes facetas de la respuesta inmunitaria de una persona cuando se le desafía con el VIH. Esos resultados se han combinado con otra información sobre un individuo concreto (por ejemplo, otra información clínica como el recuento de CD4 y la carga vírica de la persona, el recuerdo de la persona de un comportamiento de riesgo reciente con respecto al VIH) para evaluar si su infección por el VIH era “reciente” o no.

Las pruebas RITA están diseñadas para estimar la recurrencia de la infección a nivel poblacional, no a nivel individual. Se basan en comparaciones con una respuesta inmunitaria “media” o típica a una nueva infección por el VIH, no en la respuesta inmunitaria de una persona acusada individualmente, que puede no ser “medio”. Las pruebas RITA pueden sugerir que una persona ha sido infectada recientemente, pero no pueden establecer de forma concluyente si eso es así. Por lo tanto, no pueden utilizarse con

confianza para respaldar una afirmación de que una determinada pareja sexual reciente (por ejemplo, el acusado) fue la fuente de infección de una persona (por ejemplo, la parte demandante). A la inversa, las pruebas RITA pueden sugerir que una persona *no* se infectó recientemente, pero esto no descartaría de forma concluyente que una pareja sexual reciente fuera la fuente de su infección. En resumen, las pruebas RITA no pueden demostrar el momento de la infección; sólo pueden aproximar la probabilidad de una infección reciente por el VIH y no pueden establecerla con la certeza científica necesaria para demostrar la transmisión en un momento determinado por una persona concreta. Cualquier uso de las pruebas RITA debe interpretarse a la luz de todas las demás pruebas de un caso.<sup>89</sup>

Por último, las fiscales y los fiscales también deben velar por que los peritos no sólo comprendan su

función independiente de asistencia al tribunal, sino que reconozcan claramente las limitaciones de las pruebas científicas que aportan o interpretan y, por tanto, las conclusiones que apoyan o no. Esto debe reflejarse cuidadosamente en el lenguaje que utilizan en las pruebas periciales, tanto escritas como orales, que aportan al tribunal. Por ejemplo, los expertos científicos deben ser claros en sus pruebas sobre los puntos anteriores, de tal manera que ni el análisis filogenético ni los resultados de las pruebas RITA pueden, por sí solos, demostrar de manera concluyente el momento y la dirección de la infección. Garantizar esta correcta comprensión de los límites de la ciencia está en consonancia con la obligación del fiscal de garantizar que “en el transcurso del proceso, el caso se enjuiciará con firmeza pero con justicia; y no más allá de lo que indiquen las pruebas”.<sup>90</sup>



# CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA

## 9 Los fiscales y las fiscales deben garantizar que no haya discriminación en las sentencias

Dependiendo del sistema jurídico, la fiscal o el fiscal puede tener alguna influencia sobre la sentencia que debe imponerse tras una condena o declaración de culpabilidad. Los fiscales y las fiscales deben desempeñar sus funciones con imparcialidad y evitar toda discriminación social, racial, sexual o de cualquier otro tipo.<sup>91</sup> Las normas adoptadas en algunas regiones advierten expresamente que: “No debe hacerse ninguna discriminación en la imposición de la pena por razón de raza, color, sexo, nacionalidad, religión, condición social o creencia política del delincuente o de la víctima. Factores como el desempleo, las condiciones culturales o sociales del delincuente no deben influir en la sentencia de manera que se discrimine al delincuente”.<sup>92</sup>

El hecho de que una persona sea seropositiva nunca justifica por sí mismo la imposición de una pena privativa de libertad, como tampoco lo es la orientación sexual de una persona, su identidad de género, su condición de inmigrante, su consumo de sustancias o su venta o compra de sexo. Tampoco son motivos para imponer sentencias más duras o más estrictas, o de condiciones de libertad condicional o libertad vigilada tras la liberación de la custodia.

Garantizar la no discriminación en la imposición de penas significa también que tanto los fiscales como las fiscales tienen un papel que desempeñar para ayudar a los tribunales a que sus decisiones sobre la imposición de penas tengan en cuenta el género y otros factores. Entre otras cosas, esto significa tener en cuenta los efectos de la violencia de género o de otro tipo que pueda haber sufrido la parte acusada, o el embarazo o las responsabilidades de cuidado de una persona.<sup>93</sup> Del mismo modo, deben tenerse en cuenta otras circunstancias de la persona acusada que pueden influir en la carga de encarcelamiento u otra sentencia no privativa de libertad (por ejemplo, factores como el estado de salud, la orientación

sexual o la identidad de género, o el hecho de ser inmigrante): “Al proponer o imponer las penas, debe tenerse en cuenta el probable impacto de la sentencia sobre el infractor en particular, con el fin de evitar dificultades inusuales y de no perjudicar la posible rehabilitación del delincuente”.<sup>94</sup>

En términos más generales, en algunas jurisdicciones ha habido una sobrerrepresentación histórica de ciertas comunidades, como determinadas minorías étnico-raciales, en el sistema de justicia penal y en las prisiones en particular. En su gestión de los casos individuales, los fiscales, las fiscales (y otros agentes del sistema de justicia penal, como los jueces y las juezas) tienen la responsabilidad general de considerar los medios para evitar la perpetuación de dicha discriminación sistémica; en algunos entornos, esto puede ser una obligación legal explícita.

## 10 Los fiscales y las fiscales deben asegurarse de que la sentencia no sea desproporcionada

De acuerdo con la protección del interés público, los principios básicos del derecho penal y la garantía del respeto de los derechos humanos, los fiscales tienen la responsabilidad de ayudar al tribunal a garantizar que las sentencias no sean desproporcionadas. En el contexto de los procesos penales relacionados con el VIH, la experiencia sugiere que esto es una preocupación grave, con la posibilidad de que el estigma y los prejuicios de diversa índole relacionados con el VIH empañen el proceso de imposición de penas, al igual que en otras fases de un proceso.

Garantizar la proporcionalidad requiere tener en cuenta las circunstancias individuales del caso y debe incluir la consideración de alternativas a las penas, como el encarcelamiento. Debe demostrarse que toda privación de libertad es necesaria y proporcionada para la consecución de objetivos legítimos, lo que significa que debe ser el medio menos intrusivo para lograr el resultado deseado.<sup>95</sup>



Esto significa que debe haber una gama de opciones de sentencia disponibles y consideradas. El sistema de justicia penal debe ofrecer una amplia gama de medidas no privativas de la libertad en las fases pertinentes, incluida la sentencia.<sup>96</sup> La pena debe solicitarse e imponerse sólo cuando ninguna otra pena sea proporcionada a la gravedad del delito y a la forma en que se cometió, teniendo en cuenta los factores agravantes y atenuantes.<sup>97</sup> “Todas las medidas de detención deben ser justificadas, adecuadas, necesarias y proporcionales al objetivo que se persigue”.<sup>98</sup>

Al determinar su posición sobre la sentencia apropiada, la fiscalía debe considerar una serie de factores agravantes y atenuantes específicos del contexto de los procesos relacionados con el VIH, muchos de los cuales probablemente también hayan sido relevantes en etapas anteriores, incluida la decisión de procesar y la cuestión de la libertad provisional. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- Si un acusado o acusada que vive con el VIH es una persona marginada o vulnerable que carece de una red de apoyo o de otros medios para acceder a la información y el tratamiento médico adecuados, sus circunstancias deben ser un factor atenuante en la fase de sentencia.
- El revelar la condición de seropositivo conocido a una pareja sexual que ha dado su consentimiento debería excluir siempre cualquier proceso penal. Sin embargo, algunas jurisdicciones tienen leyes muy amplias y discriminatorias que imponen la responsabilidad penal a pesar de la revelación. En tales casos, el hecho de la revelación debería ser, no obstante, un factor atenuante muy importante en la fase de sentencia.
- El temor razonable de un acusado o acusada a revelar su condición de persona seropositiva a una pareja sexual, o tomar o proponer medidas para reducir la posibilidad de transmisión (por ejemplo, el uso del preservativo, abstenerse de ciertos actos sexuales), podría dar lugar a violencia u otra consecuencia negativa grave sería un factor atenuante importante a considerar en la sentencia (si el enjuiciamiento ha procedido, no obstante, a pesar de tales circunstancias).<sup>99</sup>
- La transmisión real del VIH podría ser un factor agravante en la sentencia, si no es un elemento requerido del delito que se persigue. El daño causado por la transmisión del VIH debe evaluarse a la luz de las mejores pruebas científicas disponibles y de la disponibilidad de un tratamiento eficaz para la infección causada. Sólo debe considerarse el daño real de la infección y

sus consecuencias, en lugar de la preocupación por la posible infección (especialmente cuando, como se ha señalado anteriormente, esa posibilidad es probablemente muy pequeña). Por el contrario, la ausencia de transmisión es un factor atenuante. En los casos en los que no hay pruebas de transmisión del VIH, la acusación debe considerar la posibilidad de solicitar una sentencia en el extremo inferior de la gama de sentencias aplicables al delito.

- Si el delito es uno que no requiere la transmisión real del VIH, entonces hay que considerar la posibilidad de transmisión asociada a la conducta de la persona condenada. Las recomendaciones internacionales sugieren que las actividades que no suponen ningún riesgo de transmisión o que son insignificantes no deberían acarrear responsabilidad penal en absoluto, pero a veces pueden hacerlo, dependiendo de la amplitud de la ley en una jurisdicción determinada, en cuyo caso la ausencia de cualquier riesgo significativo (por ejemplo, en el caso del sexo oral, el sexo con preservativo o una carga viral baja o indetectable, o el uso de la PrEP por parte de la pareja sexual) debería considerarse un factor atenuante en la fase de sentencia.
- El potencial negativo para la salud y la seguridad. Las consecuencias del encarcelamiento para la persona condenada que vive con el VIH también deben tenerse en cuenta en la decisión de la sentencia. Como se ha señalado anteriormente, en relación con la libertad provisional o la detención, los factores que deben tenerse en cuenta son las posibles interrupciones del tratamiento del VIH, la denegación del acceso adecuado a otros aspectos de la atención sanitaria y la exposición a amenazas, intimidación o violencia (incluida la violencia sexual) en el entorno penitenciario. También hay que tener en cuenta el impacto sobre las personas a cargo de la parte acusada.
- Incluso cuando la transmisión o exposición al VIH que es la base de la acusación surge en el contexto de un encuentro sexual, los asuntos relacionados con el VIH no son delitos sexuales *per se*. Por lo tanto, los fiscales y las fiscales deberían evitar, en la medida de lo posible, invocar las diversas disposiciones de condena auxiliares que pueden entrar en juego en casos de condena por un delito sexual.<sup>100</sup>

# ANEXO A: RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN GLOBAL

La Comisión Global sobre el VIH y el Derecho ha elaborado dos informes en los que, basándose en la investigación y la consulta con participantes de todo el mundo, ha formulado una serie de recomendaciones sobre diversos ámbitos del derecho y la política en lo que respecta a una respuesta eficaz al VIH y a algunos

otros problemas de salud pública como la hepatitis viral y la tuberculosis. A continuación, se reproducen las recomendaciones más destacadas de relevancia para los fiscales relacionadas con la criminalización del VIH u otras infecciones de transmisión sexual, resaltando los aspectos más directamente relevantes.

## Riesgos, derechos y salud (informe de 2012)

Garantizar una respuesta eficaz y sostenible al VIH que sea coherente con las obligaciones en materia de derechos humanos:

- 2.1.** Los países no deben promulgar leyes que penalicen explícitamente la transmisión del VIH, la exposición al VIH o la no revelación del estado serológico. Donde existan tales leyes, son contraproducentes y deben ser derogadas. Las disposiciones de los códigos modelo que se han adelantado para apoyar la promulgación de tales leyes deben retirarse y modificarse para ajustarse a estas recomendaciones.
- 2.2.** **Las autoridades policiales no deben procesar a las personas en casos de no revelación o exposición al VIH cuando no se haya demostrado que se haya producido una transmisión intencionada o maliciosa del mismo.** Invocar las leyes penales en casos de actividad sexual privada y consentida de adultos es desproporcionado y contraproducente para mejorar la salud pública.
- 2.3.** Los países deben modificar o derogar cualquier ley que penalice explícita o efectivamente la transmisión vertical del VIH. Mientras se lleva a cabo el proceso de revisión y derogación, los gobiernos deben establecer una moratoria en la aplicación de dichas leyes.
- 2.4.** Los países pueden procesar legítimamente la transmisión del VIH que fue real e intencional, utilizando el derecho penal general, pero tales procesamientos deben llevarse a cabo con cuidado y requieren un alto nivel de evidencia y prueba.
- 2.5.** Deben revisarse las condenas de quienes han sido procesados con éxito por exposición, no revelación y transmisión del VIH. Dichas condenas deben ser anuladas o el acusado debe ser liberado inmediatamente de la prisión con indultos o acciones similares para garantizar que estos cargos no permanezcan en los registros penales o de delincuentes sexuales.

## Suplemento (2018)

1. En los países en los que todavía existen leyes de penalización del VIH, los tribunales deben exigir que se pruebe, según la norma de derecho penal aplicable, la intención de transmitir el VIH. **La intención de transmitir el VIH no puede presumirse ni derivarse únicamente del conocimiento por parte del acusado de su estado seropositiv y/o de la no revelación de dicho estado; de mantener relaciones sexuales sin protección; de tener un bebé sin tomar medidas para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo; o de compartir el equipo de inyección de drogas.**
2. Los gobiernos deben garantizar que, cuando se haya derogado una ley específica sobre el VIH, exista una restricción en la aplicación de cualquier ley general con el mismo efecto, ya sea para el VIH o la tuberculosis.
3. Los gobiernos deben prohibir que se persiga a las mujeres que viven con el VIH en virtud de las leyes específicas sobre el VIH, las leyes sobre drogas o las leyes sobre abuso y negligencia infantil, por las decisiones que tomen durante y después del embarazo, incluso sobre la lactancia de los niños.
4. Siempre que el VIH surja en el contexto de un caso penal, la policía, los abogados, los jueces y, en su caso, los jurados, deben estar informados de las mejores pruebas científicas disponibles en relación con los beneficios y las consecuencias de una terapia adecuada, así como de las ventajas individuales y comunitarias de mantener dicha terapia.
5. Los gobiernos deben garantizar que el estado del VIH no se utilice para la detención preventiva, la segregación en el centro de detención o en la prisión, o sentencias más duras o más estrictas o condiciones de libertad condicional o libertad vigilada después de la liberación de la custodia.

## ANEXO B: RECOMENDACIONES DE ONUSIDA Y DEL PNUD

En su *Informe de Política: Criminalización de la transmisión del VIH* (2008), el ONUSIDA y el PNUD recomiendan que los gobiernos limiten la criminalización a los casos de transmisión intencionada y real, es decir, cuando una persona

sabe que es seropositiva, actúa con la intención de transmitir el VIH y lo transmite de hecho. Cuando la legislación de una jurisdicción no se limita a los casos de transmisión real, también recomiendan lo siguiente:

En particular, el derecho penal no debe aplicarse a los casos en los que no existe un riesgo significativo de transmisión o donde la persona:

- no sabía que era seropositivo
- no entendía cómo se transmite el VIH
- revelar su condición de seropositivo a la persona puesta en riesgo (o creer honestamente que la otra persona conocía su condición por algún otro medio)
- no reveló su condición de seropositivo por miedo a la violencia u otras consecuencias negativas graves
- ha tomado medidas razonables para reducir el riesgo de transmisión, como la práctica de sexo seguro mediante el uso del preservativo u otras precauciones para evitar los actos de mayor riesgo, o,
- previamente ha acordado un nivel de riesgo mutuamente aceptable con la otra persona.

# ANEXO C: LA CIENCIA DEL VIH EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL

En 2018, preocupados por los informes de las leyes penales y los enjuiciamientos en relación con la no revelación, la exposición o la transmisión del VIH que no se habían guiado por la mejor ciencia disponible, los principales científicos y científicas del VIH de todo el mundo redactaron una *Declaración de consenso de expertos revisada por pares sobre la ciencia del VIH en el contexto del derecho penal*:

F. Barré-Sinoussi et al., **Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia del VIH en el contexto del derecho penal**, *Journal of the International AIDS Society* 2018, 21:e25161 <https://doi.org/10.1002/jia2.25161> <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jia2.25161>

La *Declaración de consenso de los expertos* también está disponible en español, francés y ruso:

**Declaración de consenso de expertos sobre el conocimiento científico relativo al VIH en el contexto del derecho penal** [https://onlinelibrary.wiley.com/action/downloadSupplement?doi=10.1002%2Fjia2.25161&file=jia225161-sup-0003-Sup\\_MaterialS3.pdf](https://onlinelibrary.wiley.com/action/downloadSupplement?doi=10.1002%2Fjia2.25161&file=jia225161-sup-0003-Sup_MaterialS3.pdf)

**Заявление об экспертном консенсусе в отношении научных данных о ВИЧ-инфекции в контексте уголовного права** [https://onlinelibrary.wiley.com/action/downloadSupplement?doi=10.1002%2Fjia2.25161&file=jia225161-sup-0004-Sup\\_MaterialS4.pdf](https://onlinelibrary.wiley.com/action/downloadSupplement?doi=10.1002%2Fjia2.25161&file=jia225161-sup-0004-Sup_MaterialS4.pdf)

**Declaración de Consenso de expertos sobre la ciencia relativa al VIH en el contexto del derecho penal** [https://onlinelibrary.wiley.com/action/downloadSupplement?doi=10.1002%2Fjia2.25161&file=jia225161-sup-0005-Sup\\_MaterialS5.pdf](https://onlinelibrary.wiley.com/action/downloadSupplement?doi=10.1002%2Fjia2.25161&file=jia225161-sup-0005-Sup_MaterialS5.pdf)

La declaración se basa en un análisis detallado de las mejores pruebas científicas y médicas disponibles sobre la transmisión del VIH, la eficacia del tratamiento del VIH y las pruebas filogenéticas

forenses. La declaración de consenso ofrece un resumen sucinto de la ciencia para que pueda entenderse mejor en contextos de derecho penal. Publicada en el *Journal of the International AIDS Society*, la declaración de consenso fue respaldada por docenas de científicos más a nivel mundial y por ONUSIDA, la Sociedad Internacional del Sida (IAS) y la Asociación Internacional de Proveedores de Atención al Sida (IAPAC), tres organizaciones líderes en el campo de la ciencia y la atención clínica del VIH.

La totalidad de la *Declaración de consenso de los expertos* debe ser consultada por los fiscales y las fiscales que se ocupan de un caso de presunta no revelación, exposición o transmisión del VIH, ya que proporciona una orientación importante con respecto al estado de la ciencia (a partir de 2018). A continuación, se presentan los elementos clave y la conclusión de la declaración de consenso para facilitar su consulta.

## Posibilidad de transmisión del VIH

Basándose en la extensa revisión de los datos científicos disponibles, la *declaración de consenso de los expertos* (i) describe las condiciones que deben existir para que se produzca la transmisión del VIH, y (ii) describe la posibilidad de transmisión del VIH durante un acto único y específico a lo largo de un continuo de riesgo, señalando que la posibilidad de transmisión del VIH varía según una serie de factores que se entrecruzan, incluida la carga vírica de la persona seropositiva, el uso del preservativo y otras prácticas de reducción del riesgo. La declaración de consenso define las categorías de riesgo de transmisión de la siguiente manera:<sup>101</sup>

<b>Terminología de esta declaración</b>	<b>Posibilidad de transmisión por acto</b>
Baja posibilidad	La transmisión durante un solo acto es posible pero la probabilidad es baja
Posibilidad insignificante	La transmisión durante un solo acto es extremadamente improbable, rara o remota
Ninguna posibilidad	La posibilidad de transmisión durante un solo acto es biológicamente inverosímil o efectivamente nula

Basándose en una revisión exhaustiva de los datos científicos, la *Declaración de consenso de los expertos* expone las siguientes conclusiones clave sobre la posibilidad de transmisión del VIH en diversas circunstancias:

- *La posibilidad de transmisión del VIH durante un solo acto de sexo vaginal o anal oscila entre baja y nula. (Véase el análisis detallado para conocer los factores importantes que afectan a la posibilidad de transmisión).*
- *La posibilidad de transmisión del VIH durante un solo acto de sexo oral oscila entre insignificante (en circunstancias muy inusuales y extremas) y nula. (Véase el análisis detallado para conocer los factores importantes que afectan a la posibilidad de transmisión).*
- *No existe ninguna posibilidad de transmisión del VIH durante un único acto de sexo vaginal, anal u oral en el que el preservativo se utilice correctamente (es decir, que su integridad no se vea comprometida y que se haya llevado durante todo el acto sexual en cuestión).*
- *No hay posibilidad de transmisión del VIH durante un único acto de sexo vaginal, anal u oral cuando la pareja seropositiva tiene una carga viral indetectable.*
- *La posibilidad de transmisión del VIH durante un único acto de sexo vaginal o anal cuando la pareja seropositiva tiene una carga viral baja oscila entre insignificante y nula.*
- *No existe ninguna posibilidad de transmisión del VIH a través de la saliva, incluso cuando ésta contiene pequeñas cantidades de sangre.*
- *La posibilidad de transmisión del VIH por mordedura oscila entre la insignificante (en circunstancias muy inusuales y extremas) y la nula.*

### **Eficacia del tratamiento del VIH y daños de la infección por el VIH**

La *Declaración de consenso de los expertos* también revisa y resume la ciencia disponible en relación con la progresión natural de la infección por el VIH en la mayoría de las personas si no se trata, así como el impacto de las terapias antirretrovirales que “reducen drásticamente la progresión de la enfermedad asociada al VIH” cuando están disponibles.<sup>102</sup> La conclusión clave es la siguiente:

- *La esperanza de vida de la mayoría de las personas que viven con el VIH, que tienen acceso a las modernas terapias antirretrovirales, ha aumentado hasta el punto de ser similar a la de las personas seronegativas, transformando así la infección por el VIH en una condición de salud crónica manejable.*

### **Análisis filogenético forense y prueba de la transmisión del VIH**

Por último, la *Declaración de consenso de los expertos* aborda la importancia del uso correcto de las pruebas científicas y médicas en los juicios relacionados con el VIH cuando se trata de probar la transmisión real de una persona a otra. La conclusión clave es la siguiente:

- *El análisis filogenético por sí solo no puede demostrar que un acusado haya infectado a un denunciante con el VIH. Es importante destacar que el análisis filogenético puede exonerar a un acusado cuando los resultados descartan que el acusado sea el origen de la infección por el VIH del denunciante.*

## ANEXO D: RECURSOS ÚTILES

### La ciencia del VIH

F. Barré-Sinoussi et al., “Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia del VIH en el contexto del derecho penal”, *Journal of the International AIDS Society* julio 2018, 21:e25161, <https://doi.org/10.1002/jia2.25161>.

E.J. Bernard et al., “HIV forensics: pitfalls and acceptable standards in the use of phylogenetic analysis as evidence in criminal investigations of HIV transmission”, *HIV Medicine* 2007; 8(6): 382-387, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-1293.2007.00486.x>.

E.J. Bernard et al., *HIV Forensics II: Estimating the likelihood of recent HIV infection – Implications for criminal prosecution* (Londres: National AIDS Trust, julio de 2011), [www.nat.org.uk/publication/hiv-forensics-ii-estimación-de-la-probabilidad-de-infección-VIH-reciente-implicaciones-criminales](http://www.nat.org.uk/publication/hiv-forensics-ii-estimación-de-la-probabilidad-de-infección-VIH-reciente-implicaciones-criminales).

### Otras orientaciones y recomendaciones

ONUSIDA Y PNUD. *Informe de política: Criminalización de la transmisión del VIH* (2008), [www.unaids.org/en/resources/documents/20081110\\_jc1601\\_policy\\_brief\\_criminalization\\_long\\_en.pdf](http://www.unaids.org/en/resources/documents/20081110_jc1601_policy_brief_criminalization_long_en.pdf).

ONUSIDA. *Acabar con la penalización excesivamente amplia de la no revelación, la*

*exposición y la transmisión: Consideraciones críticas científicas, médicas y jurídicas* (2013), [www.unaids.org/es/resources/documents/2013/20130530\\_Guidance\\_Ending\\_Criminalisation](http://www.unaids.org/es/resources/documents/2013/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation).

ONUSIDA. *Juzgando la epidemia: Un manual judicial sobre el VIH, los derechos humanos y la ley* (2013), [www.unaids.org/en/resources/documents/2013/201305\\_Judging-epidemic](http://www.unaids.org/en/resources/documents/2013/201305_Judging-epidemic).

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *El VIH, la ley y el sistema de derechos humanos: Key Challenges and Opportunities for Rights-Based Responses* (2018), [www.unaids.org/es/resources/documents/2018/HIV\\_Law\\_AfricanHumanRightsSystem](http://www.unaids.org/es/resources/documents/2018/HIV_Law_AfricanHumanRightsSystem).

Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley, *HIV and the Law: Riesgos, Derechos y Salud* (2012) y *Suplemento* (2018), en línea a través de [www.hivlawcommission.org](http://www.hivlawcommission.org). (Véase la clave recomendaciones sobre el VIH y el derecho penal en el Anexo A).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y ONUSIDA. *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* (versión consolidada de 2006), [www.unaids.org/en/resources/documents/20061023\\_jc1252-interguidelines\\_en.pdf](http://www.unaids.org/en/resources/documents/20061023_jc1252-interguidelines_en.pdf).

# NOTAS FINALES

1. En algunos casos, la ley en cuestión se extiende más allá para incluir otras infecciones de transmisión sexual (ITS) o, en algunos casos, incluso enfermedades transmisibles más ampliamente, pero *de hecho* han sido principalmente las personas que viven con el VIH a las que se han aplicado estas leyes. La mayoría de los procesamientos documentados han estado relacionados con la actividad sexual, pero ha habido algunos procesamientos preocupantes en relación con la exposición no sexual (o con la percepción de exposición), como amamantar, morder o escupir.
2. ONUSIDA, End Inequalities. *Acabar con el sida. Estrategia mundial contra el sida 2021-2026* (2021), página 43: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/global-AIDS-strategy-2021-2026\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/global-AIDS-strategy-2021-2026_en.pdf)
3. *Directrices sobre la función de los fiscales*, adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990), [www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx](http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx); Asociación Internacional de Fiscales, *Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors* (1999), [www.iap-association.org/Resources-Documents/IAP-Standards-\(1\)](http://www.iap-association.org/Resources-Documents/IAP-Standards-(1)) ["Normas de la IAP"]; UNODC y Asociación Internacional de Fiscales, *The Status and Role of Prosecutors* (2014), [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/14-07304\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/14-07304_ebook.pdf); Consejo Consultivo de Fiscales Europeos, *Dictamen n.º 9 al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas y los principios europeos relativos a los fiscales* (2014) (compuesto por el "Carta de Roma" y nota explicativa que la acompaña) ["*Dictamen n.º 9*"], <https://rm.coe.int/168074738b>; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Principios y directrices sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia letrada en África* (2003) (Sección F: Función de los fiscales), [www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=38](http://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=38).
4. *Directrices sobre la función de los fiscales*, párrafo 13; CCPE, *Dictamen n.º 9*, párrafos. 10, 14.
5. *Directrices sobre la función de los fiscales*, párrafo 18; CCPE, *Dictamen n.º 9*, *supra*, párrafo 28. Las alternativas al enjuiciamiento deben considerarse especialmente en el caso de los menores: *Directrices sobre la función de los fiscales*, párr. 19; CCPE, *Opinión No. 9*, párrafos. 31-32.
6. UNODC & IAP, *The Status and Role of Prosecutors, A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide* (2014), [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/14-07304\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/14-07304_ebook.pdf); véase también: *Directrices sobre la función de los fiscales*, párrafo 11; *Normas de la IAP*, artículo 4.2 (participación en la investigación, ejercicio de la autoridad sobre la policía u otros investigadores, supervisión de la investigación del delito); CCPE, *Dictamen n.º 9*, párrafos 10-11 (funciones de los fiscales en los procesos penales, incluso en algunos sistemas de justicia penal que conducen, dirigen o supervisan las investigaciones).
7. Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley, *El VIH y la Ley: Riesgos, derechos y salud* (julio de 2012), informe [www.hivlawcommission.org/](http://www.hivlawcommission.org/); *Por la vía rápida para acabar con la epidemia de sida: Informe del Secretario General*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Reunión de Alto Nivel sobre el VIH de 2016, UN Doc. A/70/811, [www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/20160423\\_SGreport\\_HLM\\_en.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20160423_SGreport_HLM_en.pdf); ONUSIDA y otros, *Declaración conjunta de las Naciones Unidas sobre el fin de la discriminación en los entornos de atención sanitaria*, 27 de junio de 2017, [www.who.int/news-room/detail/27-06-2017-joint-united-nations-statement-on-ending-discrimination-in-health-care-settings](http://www.who.int/news-room/detail/27-06-2017-joint-united-nations-statement-on-ending-discrimination-in-health-care-settings).
8. Por ejemplo, ONUSIDA y PNUD, *Policy Brief: Criminalización de la transmisión del VIH* (2008), [https://www.unaids.org/en/resources/documents/20081110\\_jc1601\\_policy\\_brief\\_criminalization\\_long\\_en.pdf](https://www.unaids.org/en/resources/documents/20081110_jc1601_policy_brief_criminalization_long_en.pdf); Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, UN Doc. A/HRC/14/20 (2010), <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.20.pdf>; Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley, *HIV and the Law: Riesgos, derechos y salud* (julio de 2012), informe [www.hivlawcommission.org/](http://www.hivlawcommission.org/); ONUSIDA, *Ending overly broad criminalisation of HIV non-disclosure, exposure and transmission: critical scientific, medical and legal considerations* (2013), [www.unaids.org/en/resources/documents/2013/20130530\\_Guidance\\_Ending\\_Criminalisation](http://www.unaids.org/en/resources/documents/2013/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation); Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Canadá*, CEDAW/C/CAN/CO/8-9, 18 de noviembre de 2016, <https://digitallibrary.un.org/record/3802136?ln=en>; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación general n.º 22 (2016) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/22 (2016), a través de <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.
9. Consejo de Europa, *El papel de la fiscalía en el sistema de justicia penal: Recomendación no. R (2000) 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros*, <https://rm.coe.int/16804be55a>. El Consejo recomienda además: "El público debe ser informado de la organización, las directrices, los principios y los criterios mencionados; se comunicarán a cualquier persona que los solicite". *Ibidem*, párr. 36(c).



10. Por ejemplo, CCPE, *Dictamen n° 9*, párr. 47; *Normas IAP*, artículo 2.1
11. *Directrices sobre la función de los fiscales*, párr. 17.
12. CCPE, *Dictamen n° 9*, párrafo. 13.
13. Por ejemplo, Crown Prosecution Service [Inglaterra y Gales], Prosecution Guidance: “Intentional or Reckless Sexual Transmission of Infection”, [www.cps.gov.uk/legal-guidance/intentional-or-reckless-sexual-transmission-infection](http://www.cps.gov.uk/legal-guidance/intentional-or-reckless-sexual-transmission-infection); Crown Office and Procurator Fiscal Service [Scotland], “Intentional or Reckless Sexual Transmission of, or Exposure to, Infection”, [https://www.copfs.gov.uk/images/Documents/Prosecution\\_Policy\\_Guidance/Guidelines\\_and\\_Policy/Sexual%20Transmission%20or%20Exposure%20to%20Infection%20-%20Prosecution%20Policy.PDF](https://www.copfs.gov.uk/images/Documents/Prosecution_Policy_Guidance/Guidelines_and_Policy/Sexual%20Transmission%20or%20Exposure%20to%20Infection%20-%20Prosecution%20Policy.PDF); “Directive of the Attorney General of Canada,” *Canada Gazette*, Part I, Vol. 152(49), 8 de diciembre de 2018, pp. 4432-4434, [www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2018/2018-12-08/pdf/g1-15249.pdf](http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2018/2018-12-08/pdf/g1-15249.pdf)), reproducido también en el *Deskbook of the Public Prosecution Service of Canada* (Sección 5.12: “Prosecutions involving non-disclosure of HIV status”), [www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/fpsd-sfpg/index.html](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/fpsd-sfpg/index.html); Ministerio del Fiscal General [Ontario], “Sexual Offences Against Adults – SexuallytransmittedinfectionsandHIVexposurecases”, *Crown Prosecution Manual* (actualizado el 1 de diciembre de 2017), <https://www.ontario.ca/document/crown-prosecution-manual/d-33-sexual-offences-against-adults>; British Columbia Prosecution Service, “Sexual Transmission, or Realistic Possibility of Transmission, of HIV”, *Crown Counsel Policy Manual* (16 de abril de 2019), <https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/criminal-justice/prosecution-service/crown-counsel-policy-manual/sex-2.pdf>.
14. Power L, *Understanding Criminal Prosecutions for Sexual Transmission of Infection: A report on charges of grievous bodily harm via sexual transmission of infection handled by the Crown Prosecution Service in England and Wales between 2008-2012, their management and outcomes* (Londres: Terrence Higgins Trust, sin fecha), disponible en [www.tht.org.uk/hiv-and-sexual-health/living-well-hiv/legal-issues/views-prosecutions](http://www.tht.org.uk/hiv-and-sexual-health/living-well-hiv/legal-issues/views-prosecutions). Este parece ser el único informe publicado hasta la fecha que intenta evaluar sistemáticamente el impacto de las orientaciones oficiales de la fiscalía sobre la gestión de los procesos penales relacionados con el VIH. Otros datos anecdóticos de esta y otras pocas jurisdicciones confirman que una política clara puede reducir el número de procesamientos que no están bien fundados en la ciencia o que, por otras razones, pueden no justificar el procedimiento.
15. ONUSIDA, *Ending overly broad criminalisation of HIV non-disclosure, exposure and transmission: critical scientific, medical and legal considerations* (2013), [www.unaids.org/en/resources/documents/2013/20130530\\_Guidance\\_Ending\\_Criminalisation](http://www.unaids.org/en/resources/documents/2013/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation).
16. Consejo de Europa, *Recomendación (2000) 19*, párrafo. 13(c).
17. Azad Y, “Desarrollo de orientaciones para los juicios por VIH: ¿un ejemplo de reducción de daños?” *HIV/AIDS Policy & Law Review* 2008; 13(1): 13-19, [www.aidslaw.ca/site/hivaids-policy-law-review-131-july-2008](http://www.aidslaw.ca/site/hivaids-policy-law-review-131-july-2008). También se recomienda que, sobre todo en las jurisdicciones con un número significativo de procesos penales relacionados con el VIH, los fiscales individuales y la autoridad de enjuiciamiento reflexionen sobre cómo se están tratando esos casos, incluidas las medidas que pueden y deben tomarse, con el beneficio de una orientación como la de este documento, para evitar el uso innecesario de recursos de enjuiciamiento.
18. *Directrices sobre la función de los fiscales*, párr. 14.
19. *Normas IAP*, párrafo 4.2(d). Véase también: CCPE, *Opinión No.9* (Carta de Roma), párr. XV (“Los fiscales deben decidir el enjuiciamiento únicamente sobre la base de pruebas bien fundadas, que se consideren razonablemente fiables y admisibles”).
20. *Ibidem*, párrafo 4.2(e). Véase también: CCPE, *Dictamen n° 9* (Nota explicativa), párr. 14 (“El enjuiciamiento debe llevarse a cabo con firmeza pero de manera justa, pero no más allá de lo que indiquen las pruebas”).
21. Barré-Sinoussi F et al., “Expert consensus statement on the science of HIV in the context of criminal law”, *Journal of the International AIDS Society* 2018, 21:e25161, <https://doi.org/10.1002/jia2.25161> [“Expert Consensus Statement”].
22. Por ejemplo, *Directrices sobre la función de los fiscales*, párrafos 12-13; *Normas IAP*, Normas 1.6, 4.3.
23. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículos 3 y 9 (“DUDH”); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 999 UNTS 171, artículo 9(1) (“PIDCP”).
24. DUDH, artículo 11; PIDCP, artículo 14(2).
25. DUDH, artículo 10; PIDCP, artículo 14(1).
26. *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (29 de noviembre de 1985); *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, párrafo 13(d).
27. DUDH, artículos 2, 7, 10; PIDCP, artículos 2(1), 3, 14(1), 14(3).
28. *Directrices sobre el papel de los fiscales*; Consejo de Europa, *Recomendación (2000) 19*; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Principios y directrices sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África*.
29. Por ejemplo, American Bar Association, *Standards for the Prosecution Function*, 4ª ed. (2017).
30. DUDH, artículo 25; PIDESC, artículo 12.
31. DUDH, artículo 3; PIDCP, artículo 6.
32. DUDH, artículo 12; PIDCP, artículo 17.

33. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 25; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 999 UNTS 3, artículos 2 y 12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Observación General n° 14 (2000): El derecho al más alto nivel posible de salud*, UN Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párrafos. 12, 16, 30-37, 43-44, <https://digitallibrary.un.org/record/425041?ln=en>; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Observación General n.º 22 (2016) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva*, UN Doc. E/C.12/GC/22 (2016), párrs. 11-21, <https://digitallibrary.un.org/record/832961?ln=en>.
34. Por ejemplo, Marks G et al., "Estimating sexual transmission of HIV from persons aware and unaware that they are infected with the virus in the USA", *AIDS* 2006; 20(10):1447-1450, DOI: 10.1097/01.aids.0000233579.79714.8d; Hall HI et al., "HIV transmissions from persons with HIV who are aware and unaware of their infection, United States", *AIDS* 2012; 26(7): 893-6, <https://doi.org/10.1097/qad.0b013e328351f73f>.
35. *Declaración de consenso de expertos*, p. 4
36. *Ibíd.* Ver también: ONUSIDA, *Undetectable = Untransmittable. Salud pública y supresión de la carga viral del VIH – Explicación de ONUSIDA* (2018), <https://www.unaids.org/en/resources/documents/2018/undetectable-untransmittable>.
37. Organización Mundial de la Salud, *Directrices consolidadas sobre el uso de medicamentos antirretrovirales para el tratamiento y la prevención de la infección por el VIH, recomendaciones para un enfoque de salud pública (2ª ed., 2016)*, <https://www.who.int/hiv/pub/arv/arv-2016/en/>.
38. *Declaración de consenso de expertos*.
39. Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley, *HIV and the Law: Riesgos, derechos y salud* (2012), [www.hivlawcommission.org/index.php/report](http://www.hivlawcommission.org/index.php/report), y *Suplemento* (2018), [www.hivlawcommission.org/supplement](http://www.hivlawcommission.org/supplement); ONUSIDA, *Ending overly broad criminalisation de la no revelación, la exposición y la transmisión del VIH: consideraciones científicas, médicas y jurídicas críticas* (2013), [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/20130530\\_Guidance\\_Ending\\_Criminalisation\\_0.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation_0.pdf); O'Byrne P et al., "HIV criminal prosecutions and public health: an examination of the empirical research", *Medical Humanities* 2013; 39: 85-90, doi: <https://mh.bmj.com/content/39/2/85.info>.
40. Las pruebas epidemiológicas demuestran que los hombres homosexuales y otros hombres que tienen sexo con hombres, las personas trabajadoras sexuales, las personas trans, las personas que se inyectan drogas y los presos y otras poblaciones encarceladas corren un mayor riesgo de infección por el VIH en todo el mundo. Estas poblaciones a menudo sufren leyes punitivas o políticas estigmatizantes, y se encuentran entre las más propensas a estar expuestas al VIH. Su participación es fundamental para el éxito de la respuesta al VIH en todo el mundo: son la clave de la epidemia y la clave de la respuesta: ONUSIDA, *Las comunidades en el centro: Global AIDS Update 2019* (2019), <https://www.unaids.org/en/resources/documents/2019/2019-global-AIDS-update>.
41. Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley, *El VIH y la Ley: Riesgos, derechos y salud* (2012), [www.hivlawcommission.org/index.php/report](http://www.hivlawcommission.org/index.php/report), y *Suplemento* (2018), [www.hivlawcommission.org/supplement](http://www.hivlawcommission.org/supplement).
42. Por ejemplo, Kesler MA et al., "Prosecution of non-disclosure of HIV status: Potential impact on HIV testing and transmission among HIV-negative men who have sex with men", *PLOS ONE* 2018; 13(2): e0193269, DOI: 10.1371/journal.pone.0193269; O'Byrne P et al., "Nondisclosure prosecutions and HIV prevention: results from an Ottawa-based gay men's sex survey", *JANAC* 2013; 24(1): 81-7, DOI: 10.1186/1471-2458-13-94; O'Byrne P et al., "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," *BMC Public Health* 2013; 13: 94, DOI: 10.1186/1471-2458-13-94.
43. Por ejemplo, Brenner BG et al., "High rates of forward transmission events after acute/early HIV-1 infection", *J Infect Dis*. 2007;195(7): 951-959, DOI: 10.1086/512088; Hall HI et al., "HIV transmission rates from persons living with HIV who are aware and unaware of their infection". *AIDS*. 2012;26(7):893-896, DOI: 10.1097/QAD.0b013e328351f73f.
44. Galletly CL & Dickson-Gomez J, "HIV seropositive status disclosure to prospective sex partners and criminal laws that require it: perspectives of persons living with HIV", *Int J STD AIDS* 2009; 20(9): 613-8, DOI: 10.1258/ijsa.2008.008417.
45. Mykhalovskiy E, "El problema del 'riesgo significativo': Exploring the public health impact of criminalizing HIV non-disclosure", *Social Science & Medicine* 2011; 73: 668-675, DOI: 10.1016/j.socscimed.2011.06.051; Dodds C. et al., "Keeping confidence: HIV and the criminal law from HIV service providers' perspectives", *Critical Public Health* 2015; 25: 410-26, doi: 10.1080/09581596.2015.1019835.
46. ONUSIDA, *Update: HIV-related discrimination still widespread* (4 de mayo de 2020), [https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2020/may/20200504\\_hiv-discrimination](https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2020/may/20200504_hiv-discrimination).
47. Por ejemplo, Krüsi A et al., "Positive sexuality: HIV disclosure, gender, violence and the law-A qualitative study". *PLoS One* 2018; 13(8): e0202776, doi: 10.1371/journal.pone.0202776; Kenney CE et al., "Safer disclosure of HIV serostatus for women living with HIV who experience or fear violence: a systematic review", *Journal of the International AIDS Society* 2015; 18 (Suppl 5): 20292, doi: 10.7448/IAS.18.6.20292; Medley A. et al., "Rates, barriers and outcomes of HIV serostatus disclosure among women in developing countries: implications for prevention of mother-to-child transmission programmes", *Bull World Health Organ*. 2004; 82: 299-307, [www.who.int/bulletin/volumes/82/4/299.pdf](http://www.who.int/bulletin/volumes/82/4/299.pdf).
48. ONUSIDA, *Actualización: Out-of-pocket expenses hamper access to HIV services* (6 de mayo de 2019), [https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2019/may/20190506\\_gow\\_expenses](https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2019/may/20190506_gow_expenses).

49. Comisión Mundial sobre el VIH y la Ley, *Informe* (2012); ONUSIDA, *The Gap Report ("Migrantes")* (2014), [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/04\\_Migrants.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/04_Migrants.pdf); Organización Internacional del Trabajo, *Promoting a Rights-based Approach to Migration, Health, and HIV and AIDS: Un marco de acción* (2017), [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/gender/documents/publication/wcms\\_605763.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/gender/documents/publication/wcms_605763.pdf); Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, *HIV and Migrants: Prevención combinada del VIH: Monitoring implementation of the Dublin Declaration on partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia (2018 progress report)* (2020), <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications/hiv-migrants-monitoring-implementation-dublin-declaration-2018-progress-report>.
50. ONUSIDA, *Global Partnership for eliminating all forms of HIV-related stigma and discrimination* (sin fecha), [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/global-partnership-hiv-stigma-discrimination\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/global-partnership-hiv-stigma-discrimination_en.pdf); véase también: Feyissa G.T. et al., "Reducing HIV-related stigma and discrimination in healthcare settings: A systematic review of quantitative evidence", *PLOS ONE* 2019; 14(1): e0211298, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0211298>; Katz IT et al., "Impacto del estigma relacionado con el VIH en la adherencia al tratamiento: revisión sistemática y metátesis". *Journal of the International AIDS Society* 2013; 16(3 Suppl 2):18640, <https://doi.org/10.7448/IAS.16.3.18640>.
51. ONUSIDA, *Referencia: Discapacidad y VIH* (2017), [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/JC2905\\_disability-and-HIV\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2905_disability-and-HIV_en.pdf).
52. ONUSIDA, *Nota de orientación: prevención, tratamiento, atención y apoyo relacionados con el VIH para adolescentes y jóvenes* (2014), [https://www.unaids.org/en/resources/documents/2014\\_guidance\\_HIVservices\\_adolescents\\_youth](https://www.unaids.org/en/resources/documents/2014_guidance_HIVservices_adolescents_youth); ONUSIDA, *Actualización: El consentimiento de los padres socava el derecho a la salud de los adolescentes* (16 de marzo de 2020), [https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2020/march/20200316\\_parental-consent](https://www.unaids.org/en/resources/presscentre/featurestories/2020/march/20200316_parental-consent).
53. Leddy AM et al., "Violencia de género y compromiso en la prevención, atención y tratamiento biomédico del VIH: una revisión de alcance", *BMC Public Health* 2019; 19: 897, <https://doi.org/10.1186/s12889-019-7192-4>.
54. Por ejemplo, Flavin J, "(Mis)Representing risk: Headline accounts of HIV-related assaults", *American Journal of Criminal Justice* 2000; 25(1): 119-136, <https://doi.org/10.1007/BF02886815>.
55. Ibídem, y véase, por ejemplo Center for HIV Law and Policy. *Arrests and Prosecutions for HIV Exposure in the United States, 2008-2019* (2019), <https://www.hivlawandpolicy.org/resources/arrests-and-prosecutions-hiv-exposure-united-states-2008%E2%80%932019-center-hiv-law-policy-2019>; C. Kazatchkine et al. *HIV Criminalisation in Canada: Key Trends and Patterns* (Canadian HIV/AIDS Legal Network, 2017), <http://www.aidslaw.ca/site/hiv-criminalization-in-canada-key-trends-and-patterns/?lang=en>; HIV Justice Network, *Advancing HIV Justice* reports (en línea a través de [www.hivjustice.net](http://www.hivjustice.net)).
56. ONUSIDA y PNUD, *Policy Brief: Criminalización de la transmisión del VIH* (2008), [https://www.unaids.org/en/resources/documents/2008/20081110\\_jc1601\\_policy\\_brief\\_criminalization\\_long\\_en.pdf](https://www.unaids.org/en/resources/documents/2008/20081110_jc1601_policy_brief_criminalization_long_en.pdf); ONUSIDA, *Ending overly broad criminalisation of HIV non-disclosure, exposure and transmission: critical scientific, medical and legal considerations* (2013), [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/20130530\\_Guidance\\_Ending\\_Criminalisation\\_0.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation_0.pdf).
57. Organización Mundial de la Salud, *Violencia contra las mujeres: Intimate partner and sexual violence against women – Evidence brief* (2019), <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/vaw-evidence-brief/en/>; Marshall KJ et al., "Interventions that address intimate partner violence and HIV among women: a systematic review", *AIDS Behav.* 2018; 22(10): 3244-3263, doi: 10.1007/s10461-017-2020-2.
58. Red ATHENA, *10 Reasons Why Criminalisation of HIV Exposure or Transmission Harms Women* (2009), disponible en <https://athenanetwork.org/resources.html>; Comunidad Internacional de Mujeres que Viven con el VIH (ICW), *Position Statement: Criminalización de las mujeres que viven con el VIH: Non-disclosure, Exposure and Transmission (2015)*, <https://www.scribd.com/document/267526864/ICW-Position-Statement-2015-CRIMINALIZATION-OF-WOMEN-LIVING-WIVING-HIV-NON-DISCLOSURE-EXPOSURE-AND-TRANSMISSION>; Eurasian Women's Network on AIDS, *HIV Criminalisation Scan: Regional Report Eastern Europe and Central Asia* (2018), [www.ewna.org/wp-content/uploads/2018/01/HIV-Criminalization-Scan\\_EECA\\_EWNA\\_Final.pdf](http://www.ewna.org/wp-content/uploads/2018/01/HIV-Criminalization-Scan_EECA_EWNA_Final.pdf); Asamblea General 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*, Consejo de Derechos Humanos, 14º período de sesiones, Tema 3 de la agenda, A/HRC/14/20 (2010), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/131/18/PDF/G1013118.pdf?OpenElement>.
59. Véase, por ejemplo, Green S et al., "Cómo reaccionan y responden las mujeres que viven con el VIH al enterarse de la ley canadiense que penaliza la no revelación del VIH: "¿Cómo demuestran que lo contaron?". *Culture, Health & Sexuality* (2019), DOI: 10.1080/13691058.2018.1538489.
60. Patterson SE et al., "The impact of criminalisation of HIV non-disclosure on the healthcare engagement of women living with HIV in Canada: a comprehensive review of the evidence", *Journal of the International AIDS Society* 2015; <https://doi.org/10.7448/IAS.18.1.20572>
61. OMS, *Directrices: Updates on HIV and Infant Feeding* (2016), [https://www.who.int/maternal\\_child\\_adolescent/documents/hiv-infant-feeding-2016/en/](https://www.who.int/maternal_child_adolescent/documents/hiv-infant-feeding-2016/en/).
62. Csete J et al., "Vertical HIV transmission should be excluded from criminal prosecution", *Reproductive Health Matters* 2009; 17(34): 154-62, DOI: 10.1016/S0968-8080(09)34468-7.

63. Por ejemplo, GNP+, *Global Criminalization Scan Report* (2010), <https://www.gnpplus.net/2010-global-criminalisation-scan-report/>; Kazatchkine C. et al, *HIVCriminalisationinCanada:KeyTrendsandPatterns* (Canadian HIV/AIDS Legal Network, 2017); varios informes en los que se analizan los procesos de criminalización del VIH en varios estados de los Estados Unidos, elaborados por el Williams Institute, UCLA School of Law (disponibles en <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/>).
64. Por ejemplo, McKay FH et al, "AIDS Assassins': Australian Media's Portrayal of HIV-Positive Refugees Who Deliberately Infect Others," *Journal of Immigrant & Refugee Studies* 2011; 9:1, 20-37, DOI: 10.1080/15562948.2011.547824; Mykhalovskiy E. et al, "Callous, Cold and Deliberately Duplicious': Racialization, Immigration and the Representation of HIV Criminalization in Canadian Mainstream Newspapers", (22 de noviembre de 2016), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2874409>.
65. Consejo Económico y Social de la ONU, *Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, UN Doc. E/Cn.4/1985/4, Anexo (1985), <https://undocs.org/pdf?symbol=en/E/CN.4/1985/4>.
66. *Normas de la IAP* (1999), párr. 4.2(d); véanse también las *Directrices sobre la función de los fiscales* (1990), párr. 14 ("Los fiscales no iniciarán o continuarán el enjuiciamiento, o harán todo lo posible para suspender el procedimiento, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada").
67. En algunos sistemas jurídicos, la responsabilidad penal puede imponerse sobre la base de lo que se caracteriza como "ceguera voluntaria" o ignorancia, es decir, se atribuye conocimiento en circunstancias en las que una persona que tenía sospechas se ha abstenido deliberadamente de hacer averiguaciones para evitar que se confirmen las sospechas.
68. *Directrices sobre la función de los fiscales* (1990), párrafo 13(b).
69. *Normas IAP* (1999), párrafo. 1.7.
70. *Normas IAP*, párr. 3.2.
71. *Normas IAP*, párr. 3.6.
72. párrafo 18.
73. Véanse los *Principios básicos de las Naciones Unidas sobre la utilización de programas de justicia reparatora en materia penal*, UN Doc. E/2000/INF/2/Add.2 en 35 (2000), [www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf](http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf).
74. PIDCP, artículos 9(1), 14(1) y 14(2).
75. PIDCP, artículos (3) y 14(2).
76. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 9(3); Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad ("Reglas de Tokio"), U.N. Doc. A/45/49 (1990), Regla 6 ("Evitar la detención preventiva"), <https://digitallibrary.un.org/record/105347?ln=en>; Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 19º período de sesiones, UN Doc. A/HRC/19/57 (2011), [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-57\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-57_en.pdf); Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general núm. 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad de la persona)*, UN Doc. (2014), párrs. 12, 38; *Principios de Siracusa*, <https://undocs.org/pdf?symbol=en/E/CN.4/1985/4>. Para los instrumentos regionales, véase: Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África (2003)*, párr. M(1)(e), <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=38>; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2008), Principio III(1,2), <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/principles-best-practices-protection-persons-deprived-liberty-americas.pdf>; Consejo de Europa, *Recomendación Rec(2006)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en que se lleva a cabo y la provisión de garantías contra los abusos – Apéndice: Rules on Remand in Custody*, Rule 3, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d743f](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d743f); Liga de Estados Árabes, *Carta Árabe de Derechos Humanos*, artículo 14(5), <http://hrlibrary.umn.edu/instree/loas2005.html>. Para un ejemplo nacional, véase: Norma 3-5.2 ("La decisión de recomendar la liberación o buscar la detención") en American Bar Association, *Criminal Justice Standards for the Prosecution Function*, 4ª ed., 2017. (2017), [https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/).
77. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *ibid.*
78. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 9(3) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; *Convención Americana de Derechos Humanos*, artículo 7(5); *Carta Árabe*, artículo 14(5); *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 5(3); Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África* (2003), sección M(3)(a).
79. Principios Básicos de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela).
80. Reforma Penal Internacional, *Tendencias Penitenciarias Mundiales 2019* (incluye una sección especial sobre "La atención sanitaria en las prisiones"), [https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2019/05/PRI-Global-prison-trends-report-2019\\_WEB.pdf](https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2019/05/PRI-Global-prison-trends-report-2019_WEB.pdf).
81. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículos 7 y 10; *Convención de la ONU contra la Tortura*, artículos 1, 2 y 16.

82. *Principios Básicos de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Principios 5 y 9; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Mandela), Regla 24.
83. PIDCP, artículos 2, 9 y 14.
84. *Normas IAP*, párr. 1.8.
85. *Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales*, párr. 13(a).
86. *Directrices de la ONU sobre la función de los fiscales*, párr. 13(b); *Normas IAP*, párr. 1.7.
87. Véase la *Declaración de Consenso de Expertos*, p. 7.
88. *Declaración de consenso de expertos*, pp. 7-8; Bernard EJ et al., "HIV forensics: pitfalls and acceptable standards in the use of phylogenetic analysis as evidence in criminal investigations of HIV transmission", *HIV Medicine* 2007; <https://doi.org/10.1111/j.1468-1293.2007.00486.x>. Learn G.H. and Mullins J., "The Microbial Forensic Use of HIV Sequences" in: Leitner T. et al. eds., *HIV Sequence Compendium 2003* (Los Álamos, Nuevo México: Los Alamos National Laboratory, 2004), pp. 22-37, <https://www.hiv.lanl.gov/content/sequence/HIV/COMPENDIUM/2003/partI/Learn.pdf>.
89. Bernard EJ et al., *HIV Forensics II: Estimating the likelihood of recent HIV infection – Implications for criminal prosecution* (Londres: National AIDS Trust, julio de 2011), <https://www.nat.org.uk/publication/hiv-forensics-ii-estimating-likelihood-recent-hiv-infection-implications-criminal>; véase también ONUSIDA y OMS, *When and how to use assays for recent infection to estimate HIV incidence at a population level* (Ginebra, 2011), [https://www.who.int/diagnostics\\_laboratory/hiv\\_incidence\\_may13\\_final.pdf](https://www.who.int/diagnostics_laboratory/hiv_incidence_may13_final.pdf).
90. *Normas IAP*, párr. 4.2(e).
91. *Directrices sobre la función de los fiscales*, párr. 13(a).
92. Consejo de Europa (Comité de Ministros), *Recomendación nº R (92) 17 sobre la coherencia de las penas* (1992), [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804d6ac8](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804d6ac8).
93. *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*, UN Doc. A/C.3/65/L.5 (2010), Reglas 57, 58, 61 y 64, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/BangkokRules.pdf>.
94. Consejo de Europa (Comité de Ministros), *Recomendación nº R (92) 17 sobre la coherencia de las penas* (1992), [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016804d6ac8](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804d6ac8).
95. DUDH, artículo 29(2); *Principios de Siracusa*; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación general nº 31 sobre la índole de las obligaciones jurídicas generales impuestas a los Estados Partes en el Pacto*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev/1/Add.13 (2004), <https://digitallibrary.un.org/record/533996?ln=en>.
96. Reglas de Tokio, Reglas 2.3, 3.2, 8.1 y también 8.2 (ejemplos de alternativas a las penas privativas de libertad). Las Reglas de Bangkok también establecen específicamente que las mujeres "no serán separadas de sus familias y comunidades sin que se tengan debidamente en cuenta sus antecedentes y vínculos familiares". Siempre que sea apropiado y posible, se aplicarán formas alternativas de gestión de las mujeres que cometen delitos, como medidas de remisión y alternativas previas al juicio y a la condena": Reglas de Bangkok, Regla 58.
97. Consejo de Europa, *Recomendación nº R (92) 17*, párrafo. 5.
98. Informe del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria, UN Doc. A/HRC/27/48 (2014), párrafo 88, <https://digitallibrary.un.org/record/777917?ln=en>.
99. Estas circunstancias también podrían equivaler a una *coacción*, que en algunos contextos jurídicos podría servir como defensa afirmativa de una acusación, y no como mero factor atenuante en la sentencia.
100. Se reconoce que hay algunas jurisdicciones en las que se han utilizado los delitos sexuales para procesar las acusaciones de no revelación, exposición o transmisión del VIH. Sin embargo, esto ha suscitado considerables críticas, incluso por parte de los defensores preocupados por la violencia de género, como una aplicación errónea de dichas leyes. La discrecionalidad del fiscal (y del juez) puede a ley puede limitar estos casos si, por ejemplo, ciertas consecuencias de la sentencia (por ejemplo, la designación y el registro de delincuentes sexuales) se derivan automáticamente de la condena. Sin embargo, esto subraya la importancia de considerar en etapas anteriores si el uso de tales cargos es apropiado. A la luz de estas preocupaciones, en una de las pocas jurisdicciones que utilizan las leyes de agresión sexual para procesar la no revelación del VIH, el Procurador General federal ha emitido una directiva oficial que establece que la fiscalía federal "deberá procesar los casos de no revelación del VIH utilizando delitos no sexuales, en lugar de delitos sexuales, cuando los delitos no sexuales reflejen más adecuadamente la infracción cometida, como los casos que implican niveles más bajos de culpabilidad": Fiscal General de Canadá, "Directiva al Director del Servicio de Fiscalía", *Canada Gazette*, Parte I, Vol. 152, 8 de diciembre de 2018, <http://gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2018/2018-12-08/html/notice-avis-eng.html#n14>.
101. Véase la *Declaración de Consenso de Expertos*, p. 3 (Tabla 2).
102. Véase la *Declaración de Consenso de Expertos*, p. 7.



El PNUD es la principal organización de las Naciones Unidas que lucha por acabar con la injusticia de la pobreza, la desigualdad y el cambio climático. Trabajando con nuestra amplia red de expertos y socios en 170 países, ayudamos a las naciones a construir soluciones integradas y duraderas para las personas y el planeta.

Más información en [undp.org](http://undp.org) o en [@UNDP](https://twitter.com/UNDP).