

Sumisión al Consejo de Derechos Humanos

Violaciones derivados de la penalización de la exposición sexual y la transmisión sexual del VIH en Brasil

Sometido en 28 de noviembre de 2011

ASOCIACIÓN BRASILEÑA INTERDISCIPLINARIA DE SIDA – ABIA

<http://www.abiaids.org.br/>



**Associação Brasileira
Interdisciplinar de AIDS**

Contacts:

**verterto@abiaids.org.br
jandira@abiaids.org.br**

Informe sobre Brasil
13° Ronda del Examen Periódico Universal
21 de mayo al 4 de junio 2012

Ese informe es presentado por ABIA – Asociación Brasileña Interdisciplinaria de SIDA¹ a la segunda ronda de Revisión Periódica Universal de Brasil (Mayo de 2012). Trata del potencial de violación de derechos humanos que puede resultar de la aplicación del código penal vigente a la transmisión del VIH-SIDA, sea en lo que refiere a efectos discriminatorios de las personas investigadas y condenadas, como en cuanto a problemas observados en el terreno de la investigación y tipificación criminal de esos casos.

Palabras clave

HIV – SIDA – criminalización – transmisión – código penal – penalización – efectos discriminatorios – infección – derecho a la salud – prevención – tratamiento

1. Contexto y premisas normativas

1.1 La República Federativa de Brasil es signataria de varias convenciones de la ley internacional de derechos humanos que contemplan los principios del derecho al más alto nivel de salud y definiciones correspondientes². Todos esos documentos deben ser considerados cuando se trata del derecho a la salud.

1.2 Sin embargo, en el contexto de este informe, importa especialmente subrayar el contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales que establece el derecho al más alto nivel de salud y la Observación General 14 al Pacto del año 2000 que define las condiciones para la implementación progresiva de ese derecho. Con base en ese conjunto de normas, es posible afirmar que la salud:

1.3 Todas las personas deben tener acceso a servicios de salud adecuados y accesibles, así como las condiciones de vida y de la información adecuada para la protección de la salud y la prevención de la enfermedad. Todas las personas deben ser tratadas con dignidad, sin discriminación alguna, independientemente de su problema de salud y la posibilidad de cura. La confidencialidad y la integridad física y personal de las personas deben ser protegidas.

1.4 Adicionalmente, el artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados parte que, *inter alia*, tome las medidas necesarias para la prevención, tratamiento y control de enfermedades epidémicas, endémicas, ocupacionales y otras, así como para la creación de condiciones que

¹ Organización no gubernamental y sin fines de lucro creada en 1987 con vistas a movilizar la sociedad para el enfrentamiento a la epidemia de VIH/SIDA en Brasil y para luchar por el acceso al tratamiento y asistencia en la defensa de derechos humanos de personas viviendo con VIH/SIDA. ABIA viene acompañando, a lo largo de los años, las políticas públicas, la formulación de proyectos de educación y prevención al VIH/SIDA y en el acceso a la información acerca del VIH/SIDA.

² Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25, mandato de la Organización Mundial de Salud y Declaración de Alma Ata, Convención de los Derechos del Niño, Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD) y de la Cumbre de Desarrollo Social.

garanticen todos los servicios de atención médica en el caso de que haya enfermedad. En el contexto de este informe, se debe mencionar incluso que el párrafo 58 de la Declaración de Compromiso sobre VIH/Sida compromete los países a:

“Hasta 2003, promulgar, reforzar o hacer cumplir, como sea apropiado, legislación, reglamentos y otras medidas para eliminar todas las formas de discriminación y garantizar el goce pleno de todos los derechos y libertades fundamentales por personas viviendo con VIH/Sida y miembros de grupos vulnerables, particularmente asegurar su acceso a, *inter alia*, educación, herencia, empleo, servicios médicos, servicios sociales y de salud, prevención, apoyo y tratamiento, información y protección legal, mientras tanto respeto a su privacidad y confidencialidad; y a desarrollar estrategias para combatir el estigma y exclusión social relacionadas a la epidemia”

1.5 En el contexto nacional el derecho a la salud, esto está grabado en el artículo 6 de la Constitución Federal de 1988³, y es especialmente necesario subrayar que la respuesta del Gobierno brasileño a la epidemia de VIH está basada en los derechos humanos, en el acceso universal al tratamiento y en la prevención. Aunque Brasil no haya adoptado legislación penal específica para criminalizar la exposición sexual (acto sexual sin infección) y la transmisión sexual del VIH, el Código Penal vigente permite interpretar estos hechos como asesinato, lesión corporal o crimen de peligro.

1.6 La posibilidad de criminalización de la transmisión del VIH y los problemas que resultan de esto se han debatido en Brasil desde los años 1980. De hecho, se observa que desde los años 2000, la relación sexual consentida de una persona viviendo con VIH/Sida, sin el preservativo y sin que la serología sea informada – ocurriendo la infección por VIH o no habiendo el contagio por el virus – viene cada vez más siendo comprendida por doctrinadores del derecho penal, agentes de la policía y promotores de justicia en sus acusaciones, así como por jueces en sus condenas como intentos de asesinato simple o intento de asesinato calificado por medio insidioso o cruel, resultando la interpretación en investigaciones policiales, procesos judiciales y medidas de privación de libertad.⁴

³ Artículo 6 Son derechos sociales la educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, ocio, seguridad, bienestar, protección de la maternidad y la infancia, y la asistencia a las personas sin hogar de acuerdo a esta Constitución. (Redacción dada por la Enmienda Constitucional N. 64 de 2010)

⁴ Consultas a sitios de Tribunales de Justicia en tres estados de Brasil (Río de Janeiro, Rio Grande do Sul y São Paulo) han identificado diez condenas en casos de relaciones sexuales consentidas de una persona con VIH / SIDA. Ocho demandas fueron presentadas por mujeres contra hombres. Hubo una persecución de dos jóvenes en contra de una travesti. También hubo otro caso criminal de la familia de un hombre muerto frente a una mujer con SIDA, que era trabajadora sexual. En este último caso, la mujer fue condenada por la lesión seguida de muerte. La acusación se basaba únicamente en el testimonio de los testigos (el hombre que dijo que fue infectado por la mujer + la ex-esposa de la víctima + el hermano de la víctima + un primo de la víctima), además del interrogatorio de la acusada, certificado de defunción de la víctima y las historias de traiciones de la acusada y la contaminación de otros hombres. No hubo presentación de cualquier prueba técnica sobre la base de datos científicos que demuestran la transmisión del virus. La prueba de la intención de lesionar y la prueba de la certeza de la autoría no se han caracterizado bien y en caso de duda, fue condenada, en lugar de ser absuelta.

Los delitos en cuestión son: 1) lesión extrema consumada a través de la transmisión de la enfermedad incurable (dos casos): artículo 129, segundo párrafo, inciso II, CP. 2) lesión seguida de muerte (un caso): art. 129, tercer párrafo, CP, 3) simple asesinato intentado (un caso); 4) intento de asesinato en primer grado (cuatro casos), 5) la exposición sexual del VIH se interpretó como un delito de peligro para la vida o la salud de los demás (dos casos): el artículo 132 del Código Penal.

1.7 La justicia penal brasileña, al considerar el Sida como una molestia grave, incurable, letal, mortal, fatal, y utilizando el Código Penal, ya ha interpretado la transmisión sexual del VIH como crimen, inclusive de intento de asesinato, en diversas oportunidades⁵. Se registran también decisiones de cortes superiores cuestionando las interpretaciones relativas a asesinato por transmisión de VIH adoptadas por tribunales inferiores las cuales implicaban medidas de elevada punibilidad, las cuales fueron sustituidas por la interpretación que las considera crimen de exposición al peligro de contagio de molestia grave.⁶

1.8 Además de existir algunas condenas penales, se tramita en la Cámara de Diputados de Brasil, desde 2001, el Proyecto de Ley n. 4887/2001 para castigar la transmisión intencional de enfermedad incurable (caso de VIH y otras enfermedades) con pena de confinamiento de 10 a 15 años, si no ocurre la muerte, y de 20 a 30 años si la muerte ocurre. El PL también provee pena de muerte para la transmisión intencional de enfermedad incurable si resulta o no en muerte.

2. Inconsistencias normativas y problemas procesuales

2.1 En un reporte presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2010, Anand Grover, Relator Especial para el Derecho de las personas al más alto nivel de salud posible, afirma que:

“La criminalización de la transmisión del VIH no debe constituir la base de un programa nacional al VIH / SIDA, y su necesidad es cuestionable en cualquier caso. Las personas bien informadas toman medidas para prevenir la transmisión del VIH, independientemente de las leyes penales en torno a la transmisión, y hay poca evidencia de que las leyes específicas que penalicen la transmisión del VIH impidan o modificar el comportamiento de los individuos. Con muy poco beneficio mostrado en términos de consecución de los objetivos de la ley penal o la salud pública, y el riesgo correspondiente de la alienación, la estigmatización y el miedo, es difícil ver por qué la criminalización de la transmisión del VIH se justifica en absoluto. Las leyes que son innecesariamente punitivas socavarán cualquier respuesta de salud pública al VIH, en lugar de ayudar... Como tal, la penalización debe ser considerada admisible únicamente en los casos de transmisión intencional, maliciosa. La criminalización de cualquier *mens rea* menor no sólo es inadecuado, sino que también es contraproducente en la lucha contra la propagación del VIH.” (A/HRC/14/20)

⁵ Los delitos en cuestión son: 1) lesión extrema consumada a través de la transmisión de la enfermedad incurable (dos casos): artículo 129, segundo párrafo, inciso II, CP. 2) lesión seguida de muerte (un caso): art. 129, tercer párrafo, CP, 3) simple asesinato intentado (un caso); 4) intento de asesinato en primer grado (cuatro casos), 5) la exposición sexual del VIH se interpretó como un delito de peligro para la vida o la salud de los demás (dos casos): el artículo 132 del Código Penal.

⁶ El 05/10/2010, cinco jueces de la Corte Suprema (STF) consideraron que el hábeas corpus en el 98.712 y decidió que la transmisión sexual del VIH a las dos mujeres no constituye el intento de asesinato en primer grado y la exposición sexual (intento de relaciones sexuales forzadas no tuvo lugar) para el virus del sida de una tercera mujer no trató de establecer homicidio simple. Estos dos casos y una transmisión de la exposición sexual al VIH, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, puede ser interpretado como delitos en el artículo 131 del CP. (peligro de contagio de una enfermedad grave)

2.2 A la luz de esa interpretación, las definiciones establecidas en el Código Penal en relación a la transmisión de enfermedad grave no son consistentes con las premisas generales de derecho al más alto nivel de salud, tal como definido por las reglas internacionales, y por la propia definición constitucional de derecho a la salud, el cual, por efecto del artículo 5 de la Constitución Federal, debe siempre ser interpretada de acuerdo a las convenciones y tratados ratificados por el Estado Brasileño. El desplazamiento de la responsabilidad penal por los delitos de homicidio para la interpretación de la teoría del delito de riesgo de infección a enfermedad grave que fue dotado por el Superior Tribunal Federal, reduce la punibilidad, pero no se resuelve esta inconsistencia a fondo. Además, ya que implica la interpretación de un acto sexual como prueba de la intención de transmitir la enfermedad grave y el delito consumado, viola los principios constitucionales de presunción de inocencia, el debido proceso, defensa legal y derecho al contradictorio.

2.3 En general, los procedimientos de investigación criminal y judicial de los casos registrados en el país no han cumplido con el rigor requerido por el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal respecto a la prueba técnica (informes médicos y los cálculos estadísticos de la probabilidad de infección), y no confiar únicamente en las pruebas orales de la fiscalía, que es lo que ha prevalecido. Es decir, los casos de criminalización de la transmisión del VIH en el Brasil no han obedecido correctamente los parámetros técnicos de la tipificación penal.

2.4 Sobre todo, entendemos que el acto sexual sin protección de condones de una persona con VIH como prueba de la intención de matar o con otra intención penalmente reprobable, es la responsabilidad objetiva penal (prohibida por el derecho penal en Brasil) y que la acusación por homicidio simple o intento de asesinato calificado configura imputación criminal objetiva, prejuicio y discriminación (exclusión) de la persona que vive con VIH/SIDA.

3. Recomendaciones

3.1 El Estado brasileño debe buscar lo más pronto posible superar las inconsistencias observadas entre las interpretaciones de los artículos del código penal para la transmisión de la enfermedad grave aquí examinadas, las normas internacionales vigentes, las recomendaciones de la respuesta política global frente al VIH / SIDA, las recomendaciones del Relator Especial sobre el derecho de las personas para alcanzar el nivel más alto posible de salud, los supuestos que guían la política nacional sobre el VIH / SIDA desde la década de 1990 y las definiciones de la Constitución Federal y del Código de Procedimiento Penal.

3.2 El momento de la revisión del Código Penal recientemente anunciada es una oportunidad para hacerlo. Inclusive, recomendamos que se haga una especial invitación al Relator Especial sobre el derecho de las personas para lograr el más alto nivel posible de salud para colaborar con la revisión respecto al tema revisado por el presente informe.

3.3 Al mismo tiempo, deben adoptarse medidas a nivel nacional para corregir las distorsiones observadas. Los casos judiciales involucrando personas acusadas de transmitir el VIH deben cumplir con los principios constitucionales del debido

proceso, de defensa legal y del contradictorio, y deben buscar demostrar pruebas exhaustivas de las razones que llevaron a la intención de transmitir el virus y la certeza de la autoría. Estas medidas están encaminadas a reducir los impactos negativos de las causas penales que deshumanizan a la persona que vive con VIH / SIDA y crear un impacto negativo sobre la prevención y tratamiento del SIDA. Por último, cabe la pregunta de si es adecuado y apropiado hacer uso del derecho penal como una herramienta educativa para suprimir o modificar las prácticas sexuales, en lugar de acciones para educar e informar al público sobre las medidas para prevenir la propagación de la epidemia.