

SIDA: ALGUNAS CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL

Pedro J. Montano

Profesor Adscripto a la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Estatal. Montevideo, Uruguay.

I. El control penal.

Es indispensable determinar, desde el punto de vista penal, qué consecuencias introduce en el mundo del Derecho este nuevo flagelo que azota a la humanidad.

Cuando se habla de proteger bienes jurídicos tan importantes como la vida, la integridad física y la salud propiamente dicha, se suele pensar que el Derecho Penal debe intervenir.

Figuras como el homicidio o las lesiones parecen tener un especial "fuero de atracción". Pero, en realidad, se pretende atribuir al Derecho Penal una eficacia total, olvidando que es un instrumento de "ultima ratio", residual, en cierta medida.

Veremos de qué forma el Derecho Penal puede contribuir en el control de estas situaciones que, es evidente, van "in crescendo" en el mundo.

El desarrollo del SIDA, provocado a menudo por formas irresponsables de transmisión del virus a víctimas inconscientes, ha planteado el problema de su control penal.

En algunos países se ha planteado la necesidad de sancionar de algún modo esas conductas que pueden ser propiamente criminales, así como va desarrollándose la tendencia a hacer obligatorio para ciertos grupos de individuos considerados de "alto riesgo" (reclusos, prostitutas, homosexuales, drogadictos), el test del HIV (1).

Estamos evidentemente ante un tema muy delicado porque se trata de situaciones "estigmatizantes" y por ende discriminantes en la sociedad de hoy. Hay quienes son partidarios de la utilización del Derecho Penal como instrumento riguroso, de emergencia, ante la gravedad del mal que amenaza a la humanidad. Argumentan que la educación no es suficiente, que no ofrece una prontitud de respuesta que permita una rápida reacción que garantice la contención de la propagación de la enfermedad.

También argumentan, utilizando el derecho de la sociedad, prácticamente como un derecho de legítima defensa, a impedir que esas personas sigan comprometiendo la salud de terceros.

Por otro lado, para otros, la función disuasiva que ejerce el Derecho Penal no es suficiente. Dicen que el miedo a incurrir en infracciones haría que ocultasen su enfermedad y a que se resistiesen a someterse a los tests que la detectarían. El resultado buscado no sólo no se obtendría, sino que, por el contrario, provocaría una expansión del mal.

II. El recurso a los tipos análogos.

Para los partidarios de la utilización del Derecho Penal, dos caminos se abren. Uno, el de la aplicación de los tipos ya existentes como el homicidio o las lesiones; otro, el de la creación de tipos nuevos, especiales.

De todos modos, el problema probatorio se presenta como el principal obstáculo para una efectiva aplicación de estas disposiciones penales.

a) Homicidio: en el caso de este tipo es necesario que el individuo sea portador del

HIV, que lo sepa, y que dolosa o culposamente lo haya transmitido a otro determinando su muerte.

Debe pues probarse que el individuo era portador en un determinado momento, por ejemplo el de la relación sexual, o el del intercambio de agujas en el proceso de drogadicción.

El individuo pudo no saber que era portador del virus, lo que es perfectamente posible.

Si no media confesión del individuo con respecto a este punto, con el valor relativo que se le asigna a ésta en nuestro Derecho, debe acudir, además, a otras circunstancias, como tests contemporáneos al hecho delictivo cuyo resultado él conocía.

Deberá asimismo probarse que el acusado fue el causante de la transmisión del mal a la víctima. Se trata pues de probar el nexo causal con la complicación que supone demostrar que la víctima no estaba ya contagiada por el virus y que ella no lo recibió de otro o de otra manera.

Por eso quizás en la mayoría de los casos no podrá superarse la barrera de imputación de la tentativa del homicidio.

Desde luego que, en el supuesto "doloso", habrá que determinar también la intención de dañar (contagiar) que poseía el sujeto. Ante esta dificultad probatoria la figura culposa se impondrá a la intencional.

b) Lesiones: Aquí hay, además, otra dificultad que es la derivada de la existencia de una causa de impunidad en nuestro Código llamada "lesión consensual" (art.44).

Habría que examinar con detenimiento qué efecto puede tener el consentimiento de la víctima, por ejemplo en una relación se-

xual, a sabiendas de su posible contagio.

A mi modo de ver no es tan claro que sea posible que quede impune quien ha provocado este tipo de lesión, aún con el consentimiento de la víctima. El daño causado no se proyecta exclusivamente sobre quien aceptó el riesgo, o la propia lesión, sino que, al transformarse en un sujeto contagiado, portador, se convierte en una amenaza para los demás que extralimita el ámbito de su propio cuerpo.

El consentimiento en la lesión supone una decisión "libre" para que sea válida. Y esta decisión debe ser "racional" para poder calificarla como libre. Es irracional el deseo de autoeliminarse: a todas luces es evidente que el hombre busca perpetuarse (por sus obras o por su descendencia) y que lucha denodadamente por ello y así lo indica la Naturaleza. Una decisión a favor de una lesión moral equivaldría a poner sobre el tapete el viejo problema de la ilicitud -moral y jurídica- del suicidio.

De todos modos, es conveniente recordar que la lesión consensual no supone que esta deje de ser delictiva. Lo que sucede es que recibe un tratamiento punitivo muy privilegiado, pudiendo quedar el sujeto activo sin pena, según el arbitrio judicial. Es un caso de perdón judicial.

Obviamente, la prueba en este caso se centrará en el consentimiento de la víctima, lo que es menos complejo que en el caso del homicidio porque ésta puede manifestarlo o probarse por otros indicios (p. ej. conocimiento previo al intercambio de agujas del estado de enfermedad del sujeto que la usó antes).

c) Prostitución.: Un mayor control penal de la prostitución podría presentar una ven-

taja indirecta en la difusión de esta enfermedad, teniendo en cuenta que precisamente se trata de personas de alto riesgo.

Aquí podría justificarse una intervención del derecho penal con alguna prohibición específica, aunque parece más prudente dejarlo librado a medidas de policía sanitaria. En efecto, el carácter delictivo de la prostitución llevaría a "esconder" la enfermedad a las autoridades sanitarias.

d) Uso ilegal de agujas hipodérmicas. Tampoco parece conveniente utilizar el Derecho Penal como instrumento de control en este ámbito. Precisamente se obtendría el resultado contrario al obligar a una mayor utilización o reciclaje de una misma aguja.

III. Figuras o tipos específicos.

La aplicación de la actual legislación penal se ha mostrado inadecuada. Por eso ha llevado a plantearse si no sería conveniente crear figuras nuevas, delitos específicos, que contemplen esta nueva realidad.

En general, cuando se trata de crear nuevas figuras, se asiste a una especial resistencia por temor a una "inflación normativa" que termine -so pretexto de un control social- socavando las libertades públicas. Es propio del derecho penal liberal funcionar como última opción, en el ámbito mínimo.

Algunos países han creado como delito la donación de sangre por parte de enfermos de SIDA; otros sancionan cuando se cometen delitos sexuales o se dan a la prostitución a sabiendas de ser portadores de la enfermedad.

El primero reduciría aún más la donación de sangre. Parece poco conveniente estable-

cer un tipo como éste. Sí habrán de tomar las precauciones necesarias los laboratorios que la extraigan para no transmitirla a otros pacientes.

Una omisión grave en este ámbito puede acarrear responsabilidad penal aunque se haya cometido por negligencia, impericia o imprudencia.

Aquí el sujeto activo sería quien realiza la operación de control de la sangre. Estamos pues en el ámbito de la responsabilidad penal de los médicos, para-médicos o laboratoristas. Parecería prudente exigirles un mayor control, una mayor responsabilidad, pero esto puede quedar en manos de la jurisprudencia, dado que el marco actual legal permite la incriminación de este tipo de conductas (homicidio o lesiones culposas).

Para evitar los problemas probatorios que conlleva la aplicación de las figuras ya existentes, se ha propuesto por parte de algunas legislaciones, cambiar los elementos del delito utilizando expresiones como "exponer a un tercero al contagio" o "a la transmisión del virus". Este elemento tiene la ventaja de que facilitaría la prueba de que el acusado había procedido a un comportamiento idóneo a la transmisión del virus, sin tener que probar que la víctima ha sido efectivamente contagiada o que ha sido precisamente el acusado quien la contagió.

En el marco de un derecho penal liberal existe una especial resistencia a la creación de delitos de peligro. Por lo que estas fórmulas no quedan eximidas de un juicio de constitucionalidad por lo que significan en cuanto a la restricción de las libertades, sobre todo porque es de su esencia que no se requiera el daño efectivamente causado (el contagio).

IV. Derecho penal y privacidad.

Es indudable que una legislación penal, aún con tipos específicos, podría llegar a violar la intimidad de las personas constitucionalmente protegida.

Es clara la situación de quien, enfermo de SIDA, mantiene relaciones en el seno del matrimonio legítimo.

Podría justificarse en el caso de relaciones ilícitas o de comportamientos ilícitos como es el caso de la drogadicción (aunque nuestra ley trate más bien como un enfermo al drogadicto). Lo mismo podría decirse con respecto a la prostitución que, si bien no es una actividad ilícita, está controlada, y sancionada su clandestinidad.

Alguna propuesta de ley ha pretendido castigar más que la actividad sexual o la drogadicción, "el intercambio de fluidos corpóreos de un portador de SIDA a un tercero, doloso o culposo".

De esta forma quedarían abarcadas las principales conductas que originan el contagio: las relaciones sexuales con pareja inestable y la facilitación de jeringas infectadas, sin dejar de lado otras posibilidades menos riesgosas pero reales como la falta de control sanitario en el tratamiento médico.

Un punto de especial importancia con respecto a la privacidad de la persona humana se plantea en torno a la obligatoriedad de someterse al control del HIV.

Quienes están a favor argumentan que ciertos delincuentes reclusos por delitos sexuales o por conductas vinculadas a la drogadicción deberían someterse a tal test obligatoriamente por el riesgo que suponen. Dicen que esto es bueno para ellos, pues permite que se les trate como corresponde para ayudarles a sobrellevar la enfermedad. Además,

en bien de la comunidad de reclusos y de la sociedad entera, desde el momento en que pueden reinsertarse en ella en cualquier momento según los paulatinos y respectivos cumplimientos de condena. Quienes opinan en contra sostienen que no todos los infectados padecen la enfermedad (entre la mitad y las tres cuartas partes) y que la estigmatización que produce el conocimiento por terceros de su estado lleva a su discriminación. Agregan que la obligatoriedad del test conlleva una carga de alarma social desproporcionada con respecto a su eficacia.

Si bien asiste parte de razón a quienes se pronuncian en contra, nosotros entendemos que habría que implantar un control obligatorio para todas las personas, para evitar esa estimatización que alegan. Aunque, lógicamente por problemas de costos, habrá que empezar por aquellos que más probablemente puedan estar infectados y contagiar. Hay razones de interés general que pueden justificar una ley en tal sentido que, a nuestro entender, sería constitucional (2).

V. Valoración crítica.

De lo expuesto surge que estamos ante una nueva situación que exige una rápida respuesta. El caso no carece de perplejidades desde el punto de vista jurídico y la ley suele ser un remedio de emergencia, aunque no necesariamente infalible. No se ha llegado a posturas concluyentes en el ámbito normativo comparado.

Es en el terreno de la educación, a través del fomento de la pareja estable, de relaciones sexuales maduras, y de la lucha contra la droga, que se logrará la mayor eficacia, aunque a largo plazo (3).

Notas bibliográficas:

1. Como por ejemplo ya se realiza en los Estados Unidos.

2. La ley Orgánica de Salud Pública, N° 9.202 permite la posibilidad de "tratamientos forzados", pero no se refiere a medidas diagnósticas forzadas, como sería el caso.

3 El recurso a medios preservativos presenta el inconveniente de despertar precozmente, o incrementar, el número de relaciones sexuales en la minoría de edad, con la falta de dominio personal que ello supone. Lo mismo pensamos con respecto a la distribución de jeringas gratuitamente. Son medidas que facilitan "el acto riesgoso" y dejan librado siempre, en última instancia a la persona, la utilización o no de tales precauciones.