



Pusat Penelitian HIV/AIDS
**UNIKA ATMA JAYA
JAKARTA**

Diskriminasi dan Pelanggaran HAM dalam Dialektika Kriminalisasi Penularan HIV sebagai Primum Remedium

Home > Diskriminasi dan Pelanggaran HAM
dalam Dialektika Kriminalisasi Penularan HIV
sebagai Primum Remedium



Abstrak Kontak

Kata kunci: HAM, Keadilan Sosial, HIV, Kesehatan, Kriminalisasi

Putusan pengadilan di Inggris, Amerika Serikat, dan Peraturan Daerah provinsi prevalensi tinggi di Indonesia telah memuat sanksi pidana atas perbuatan terkait risiko penularan HIV (Human Immunodeficiency Virus). Sanksi

pidana bukan hanya diarahkan kepada masyarakat secara luas, tetapi sebagian diarahkan khusus kepada ODHA (orang dengan HIV dan AIDS) yang sudah mengetahui bahwa dirinya HIV positif namun tidak mencegah penularan HIV. Tindak pidana dapat terjadi baik karena menyebabkan terjadinya penularan HIV maupun sebatas menempatkan pasangan seksualnya dalam risiko penularan HIV. Kajian doktrinal ini melihat perimbangan keadilan sosial, HAM, serta prioritas kesehatan masyarakat dengan adanya kriminalisasi penularan HIV. Lebih lanjut lagi, dikaji juga kegamangan normatif hukum pidana antara ultimum dan primum remedium, serta kesulitan penempatan unsur kesalahan pada kompleksitas variasi penularan seksual. Status HIV merupakan salah satu bentuk HAM atas privasi, sementara sebaliknya, kriminalisasi penularan HIV secara naif menempatkan unsur kesalahan pada seseorang yang tidak memberi tahu status HIV-nya kepada pasangan seksualnya dengan asumsi bahwa HAM

Kabar Terbaru

Peranan Masyarakat Sipil dalam Advokasi Revisi UU Narkotika

Pasien HIV/AIDS Ragu Berobat

Mengenal Gejala HIV/AIDS Stadium Awal, Anda Termasuk?

Puskesmas Diminta Fokus Tangani HIV/AIDS dan Gizi Buruk

Ketahui Ini Sebelum Jalani Pengobatan HIV/AIDS

atas privasi dapat dilanggar untuk melindungi HAM orang lain (kepentingan umum). Pembatasan subyek pidana ini tidak imbang dengan fakta minimnya pemenuhan HAM atas informasi tentang HIV, sehingga kriminalisasi bersifat diskriminatif. Ketakutan akan tanggung jawab pidana juga menimbulkan keengganan untuk mengetahui status HIV padahal tes HIV merupakan pintu masuk bagi layanan kesehatan dan psikososial komprehensif, khususnya pengobatan antiretroviral. Pengobatan antiretroviral terbukti melindungi HAM untuk hidup, namun hanya dapat diberikan pada orang yang sudah mengetahui status HIV. Ketika kriminalisasi terwujud dalam peraturan, maka dapat muncul juga perasaan aman yang palsu (*false sense of security*), yaitu ketika orang merasa dirinya telah terlindungi dari HIV karena beranggapan bahwa orang lain pasti akan tunduk pada peraturan tersebut (yang belum tentu terdiseminasi dan dipatuhi merata). Maka konteks kriminalisasi penularan HIV tidaklah menghentikan penularan HIV, tetapi justru mengancam keadilan sosial, disinsentif bagi upaya kesehatan masyarakat, dan melanggar HAM.

I. Pendahuluan

Perkembangan dan diskusi tentang kriminalisasi penularan HIV maupun kriminalisasi atas perilaku berisiko telah mengalami peningkatan daya tarik akademik. Hingga tahun 2007, Ryan memandang bahwa mengenai penuntutan pidana atas penularan HIV terbatas pada pembahasan teoretis di dunia akademik. Namun pada perkembangannya, kasus dan legislasi mengalami peningkatan kualitas dan kuantitasnya sehingga tema ini sudah menyentuh realita (Ryan 2007).

Konferensi AIDS Internasional yang ke-20 (www.aids2014.org) telah

berlangsung pada tanggal 20-25 Juli 2014 di Melbourne, Australia. Konferensi tersebut merupakan wadah pertukaran pengalaman dari seluruh dunia dalam menyikapi epidemi AIDS. Konferensi ini telah memberikan rekognisi bahwa hukum pidana untuk sementara dipandang disinsentif pada penanggulangan

Law yang di-endorse UNAIDS telah mengeluarkan berbagai rekomendasi dan laporan, namun di saat yang sama produk hukum yang disinsentif terhadap penanggulangan AIDS juga masih tetap bermunculan (Sidibe, 2014).

Salah satu contoh yang terjadi di Afrika Selatan sebagaimana dikemukakan dalam konferensi tersebut, paradoks muncul ketika kriminalisasi terhadap penularan HIV bersinggungan dengan pemerkosaan. Jika seorang perempuan HIV positif melaporkan pemerkosaan atas dirinya dan ia membuka status HIV-nya, maka ia justru dapat dipertanyakan kembali apakah telah memberitahukan status HIV-nya kepada pelaku pemerkosaan. Pada situasi ini, korban pemerkosaan justru dapat menjadi pelaku kejahatan, yaitu melakukan penularan (atau tidak melaksanakan kewajiban memberitahu status HIV saat terjadi hubungan seksual) sebagaimana diatur dalam hukum.

Di Indonesia, perilaku berisiko yang dirumuskan sebagai pidana (Asa, 2011: 146) termasuk perilaku yang langsung dapat menyebabkan seseorang tertular HIV, seperti: hubungan seks tanpa kondom; penyuntikan narkotika dengan jarum suntik yang tidak steril secara bersama-sama dan berganti-ganti jarum; tidak menerapkan universal precaution; dengan sengaja mendistribusikan darah atau organ/jaringan tubuh yang sudah terinfeksi HIV kepada orang lain.

Selain itu, terdapat juga perilaku yang dapat menghambat upaya pencegahan dan penanggulangan HIV-AIDS, seperti: tidak menyelenggarakan pemberian informasi/penyuluhan tentang pencegahan HIV dan narkotika; tidak

memeriksa kesehatan tenaga kerja yang berada di bawah pengawasannya; tidak merahasiakan status HIV seseorang; memberikan pelayanan yang diskriminatif; telah membuka status HIV seseorang tetapi tidak melakukan tindakan medis apapun untuk meningkatkan ketahanan dan kualitas hidupnya.

Kajian tersebut juga menyimpulkan bahwa secara substansi (*substance of law*), sebagian besar norma hukum pidana, masih dirumuskan secara umum dan abstrak sehingga dalam penerapannya akan menimbulkan penafsiran ganda (Asa, 2011: 148). Studi doktrinal ini, dengan menggunakan teori kriminalisasi dan teori keadilan John Rawls menekankan perlu adanya hakikat sifat jahat perbuatan yang berhubungan erat dengan terpenuhinya justifikasi pemidanaan paralel dengan upaya pencapaian keadilan melalui praktek institusional yang menganut prinsip kesetaraan. Kajian ini juga mengeksplorasi teori hukum yang dikemukakan oleh Hans Kelsen sebagai bagian dari upaya menemukan pertimbangan filsafati kemanfaatan hukum pidana.

Selain itu, Pasal 51 Ayat 4 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana mengatur bahwa “Dengan penganiayaan disamakan sengaja merusak kesehatan”. Secara intrinsik, penularan HIV dengan unsure kesalahan kesengajaan (termasuk *dolus eventualis*) telah terwakilkan secara normatif sebagai penganiayaan.

Studi ini meninjau bahwa kompleksitas penanggulangan AIDS memiliki implikasi terhadap keadilan sosial dan pemenuhan hak asasi manusia. Untuk itu, kajian ini berupaya menemukan sejauh mana pendekatan hukum pidana dalam bentuk kriminalisasi terkait penularan HIV mendapatkan perimbangan teoretis terhadap keadilan sosial dan hak asasi manusia dalam posisinya sebagai *primum remedium*. Berdasarkan prapenelitian, pembahasan ini menekankan pada area penularan melalui hubungan seksual.

II. Tinjauan Pustaka

Pada tahun 2001, Stephen Kelly dalam kasus HMA v. Kelly menjadi orang pertama yang dipidana atas penularan HIV melalui transmisi seksual di Inggris Raya ketika pengadilan di Skotlandia memutuskan bahwa dirinya bersalah dengan tuduhan 'kelalaian yang menyebabkan luka/sakit pada orang lain' (Ryan, 2007: 216). Salah satu jenis kesalahan dalam hukum pidana, yakni kelalaian, dalam hal ini kemudian juga direduksi menjadi sebatas adanya kesadaran terdakwa mengenai adanya risiko penularan (Ryan, 2007: 217). Pada kasus tersebut, terangkat juga mengenai kemungkinan diajukannya pembelaan dengan dalil adanya persetujuan (consent) dari pasangan seksual terdakwa untuk menjalani risiko penularan. Sedangkan dalam hal jika penularan dilakukan dengan sengaja (intentional), adanya persetujuan tidak dapat dijadikan dalil pembelaan (Ryan, 2007: 220).

Terkait consent, Weait menekankan bahwa seseorang sebenarnya dapat menyadari adanya risiko penularan HIV bahkan tanpa perlu pasangan seksualnya membuka status HIV-nya. Lebih lanjut, Weait mengemukakan bahwa jika dengan kesadarannya itu seseorang tersebut consent untuk berhubungan seksual, maka dapat disamakan bahwa ia juga consent terhadap risiko infeksi (Weait, 2005: 127-128).

Pernyataan ini lebih lanjut lagi menghubungkan kesadaran akan risiko dengan pembukaan (atau kerahasiaan status HIV) yang pembahasannya dapat menyentuh ranah etika. Terhadap kasus Dica, Sepencer menyimpulkan bahwa pertanggungjawaban pidana dapat dibebankan ketika seorang pasangan seksual menyadari bahwa dirinya terinfeksi ataupun mungkin terinfeksi HIV

namun gagal mengambil langkah pencegahan sehingga menularkan pasangan yang menaruh kepercayaan tentang risiko padanya (Spencer, 2004: 762).

Sehubungan dengan itu, Pedain menambah interpretasi dari kasus Dica, terkait informed consent, yaitu bahwa seseorang yang tidak mengetahui status HIV pasangan seksualnya (dan kemudian masuk dalam risiko penularan) tidak dapat dikatakan bahwa ia memberikan consent terhadap risiko penularan.

Kemungkinan interpretasi yang kedua adalah bahwa consent (non-informed) yang valid dapat diberikan tanpa harus ada pembukaan status HIV pasangan seksual. Berdasarkan kedua kemungkinan tersebut, maka dapat dikemukakan bahwa penekanan dalam hal ini adalah pada ada atau tidaknya consent terhadap risiko, bukan pada terbuka atau tidaknya status HIV (A. Pedain 2005: 540-541).

Kasus Adaye menunjukkan sejak kasus tersebut, diskursus mengenai kriminalisasi penularan HIV berada pada aspek-aspek mengenai unsur kesalahan dan kehendak, pembuktian, gradasi delik, dialektika kecelaan universal terkait kriminalisasi, serta sudut pandang kontekstual kesehatan masyarakat (Ryan, 2007: 219).

Menurut Weait, seseorang dapat mengetahui adanya risiko penularan HIV tanpa perlu adanya pemberitahuan status HIV dari pasangan seksual. Terhadap situasi ini, menurut Weait, maka orang tersebut harus dianggap consent atas risiko infeksi. Dengan kata lain, Weait mengajukan bahwa kesadaran akan risiko penularan HIV tidak terkait atau berhubungan syarat dengan pemberitahuan status HIV, mengingat bahwa status HIV merupakan bagian dari privasi (Weait, 2005: 765)

Kasus X and Y v. The Netherlands pada Pengadilan HAM Eropa (European

Court of Human Rights) menunjukkan bahwa pengadilan mengakui integritas fisik seseorang merupakan bagian dari kehidupan pribadi, sehingga kegagalan negara dalam menyediakan perlindungan hukum merupakan bentuk pelanggaran hak asasi manusia (X. and Y. v. Netherlands, 1985 E.H.R.R. 235.).

III. Pembahasan

Berdasarkan variasinya, kriminalisasi penularan HIV memiliki berbagai jenis yang meliputi: Terjadinya penularan virus; terjadi paparan; tidak memberitahukan status HIV pada pasangan.. Masing-masing membutuhkan derajat pembuktian yang berbeda sehingga menentukan keberhasilan pencapaian tujuan kriminalisasi. Pada kriminalisasi penularan virus, maka mengharuskan adanya bukti bahwa korban tertular dari pelaku. Pada variasi lain, yaitu dalam hal paparan dan pemberitahuan status, keduanya bertemu pada focus mengenai apakah pelaku mengetahui status HIV dirinya sendiri pada saat perbuatan dilakukan.

Tabel 1. Variasi Perbuatan Terkait Status HIV

	Tahu status HIV	Tidak tahu status HIV
Memberi tahu pasangan	1. 1. Tahu status HIV dan memberi tahu pasangan mengenai status HIV 2. Pasangan: Informed consent	1. 2. Tidak tahu status HIV dan memberi tahu pasangan bahwa tidak tahu status HIV Pasangan: Informed consent

Tidak memberi tahu pasangan	<ol style="list-style-type: none"> 1. 3. Tahu status HIV tetapi tidak memberi tahu pasangan mengenai status HIV yang diketahuinya itu 2. Pasangan: Non-informed consent 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 4. Tidak tahu status HIV dan tidak memberi tahu pasangan mengenai ketidaktahuannya tersebut 2. Pasangan: Non-informed consent
-----------------------------	---	---

Permasalahan dari adanya variasi sebagaimana dalam matriks muncul ketika dimasukkan dalam norma hukum pidana. Jika norma hukum pidana bermaksud memberikan kriminalisasi kepada perbuatan di kuadran nomor 3, (seseorang telah mengetahui status HIV tetapi tidak memberi tahu pasangan seksualnya), maka norma hukum pidana tersebut haruslah dapat memisahkan antara perbuatan kuadran 3 dengan perbuatan kuadran 4 (tidak tahu status HIV dan tidak memberi tahu pasangan mengenai ketidaktahuannya tersebut).

Peletakan kesalahan yang salah, akan mengakibatkan norma hukum pidana tersebut menjadi ketidakadilan bagi orang-orang di kuadran 4.

Weait mengemukakan bahwa disclosure (pemberitahuan status pada pasangannya seksual), bukanlah syarat atau prekondisi bagi lahirnya consent dari pasangan seksualnya untuk masuk dalam risiko penularan. Untuk itu, jika mengacu pada pemahaman ini, maka tanggung jawab atas masuk dalam risiko penularan tidak semata-mata dari salah satu pihak pasangan. Sebagai pasangan, secara serta-merta, tanggung jawab ini dipikul bersama-sama secara merata (Weait, 2005: 106).

Norma hukum pidana yang mewajibkan pemberitahuan status kepada pasangan

sebagaimana tercermin dalam kuadran 3 akan menjadi norma hukum pidana

hukum pidana tersebut menjadi sangat terbatas dan spesifik. Sebagai suatu rumusan, ia akan menjadi rumusan yang preskriptif, namun dalam penerapannya, ancaman pidana akan menakuti orang untuk tes HIV.

Pengetahuan akan status HIV diri akan menjadi pintu masuk sebagai subyek delik pidana tersebut. Berdasarkan teori tujuan pemidanaan, aspek preventif akan bekerja alamiah mencegah orang untuk masuk dalam rumusan delik.

Belum ada bukti yang menunjukkan bahwa penggunaan hukum pidana telah menurunkan angka penularan HIV maupun membuat orang untuk melindungi diri dari HIV. Sebagian besar orang HIV positif tidak mengetahui statusnya, sehingga paling mungkin untuk berada pada kuadran 2 dan 4 (tidak mengetahui status HIV). Selain itu, penggunaan norma hukum pidana yang berfokus pada kuadran 3 merupakan bentuk diskriminasi terhadap orang HIV positif sebagai faktor kejahatan, sementara sebagian besar penularan HIV dilakukan oleh orang HIV positif yang belum mengetahui statusnya (belum tes HIV).

Dengan kata lain, mengedepankan norma hukum pidana dengan pendekatan kuadran 3 memiliki segmentasi subyek yang sangat terbatas dan memiliki winnowing effect. Secara ide, pendekatan tersebut tidak memberikan insentif pada upaya penanggulangan AIDS nasional. Putusan kasus X and Y v. The Netherlands di European Court of Human Rights telah mengakui bahwa integritas fisik (termasuk status HIV) merupakan ranah pribadi yang harus dilindungi.

Norma hukum pidana yang mencegah terjadinya kuadran 3, secara tidak langsung berarti menghendaki situasi kuadran 1, yaitu ketika pasangan

memberikan consent setelah diinformasikan (informed consent). Pada variasi dimana seseorang kuadran 1 berhubungan seksual dengan orang kuadran 2, sebagaimana paradoks yang muncul di Afrika Selatan, seolah situasi sudah sempurna, yaitu adanya informed consent di kedua pihak. Namun demikian, pada variasi ini, sebenarnya orang yang telah HIV positif berada pada risiko infeksi ulang jika ternyata pasangannya yang belum tahu statusnya itu sebenarnya telah terinfeksi HIV (yang mungkin saja strain lain atau resisten terhadap ARV tertentu).

Bagi kedua pihak, jika semua memberikan persetujuan, risiko penularan satu sama lain tetap terjadi dan risiko tersebut merupakan risiko yang secara sukarela diambil. Secara ide hukum pidana, jika infeksi ulang terjadi, maka pasangan yang di kuadran 2 justru menerima beban tanggung jawab pidana (karena telah menginfeksi), padahal ia tidak melakukan perilaku kuadran 3. Hal ini menunjukkan bahwa perilaku kuadran 1 tidak relevan dengan upaya pencegahan HIV. Sebaliknya justru muncul false sense of security yang justru dapat membuat epidemi HIV lebih meluas. Sedangkan bagi pasangan yang di kuadran 2, meskipun dikenakan delik omisi atas kelalaiannya terhadap status HIV dirinya, pengenaan tersebut tidak dapat dilakukan secara ide karena tes HIV bersifat sukarela, dan secara realita tidak dapat dilaksanakan karena penjangkauan tentang pentingnya tes HIV merupakan kewajiban negara. Kewajiban negara atas penyelenggaraan tes HIV beserta seluruh layanan komprehensif penunjangnya merupakan mandat negara dalam rezim hukum hak asasi manusia.

Faktanya, jumlah orang yang tahu akan status HIV masih kurang dari 50% estimasi jumlah orang HIV positif di Indonesia (Kementerian Kesehatan, 2013).[1] Sementara target capaian akses untuk mengurangi laju epidemi

nasional adalah menjangkau 80% populasi kunci. Jika norma hukum pidana semacam ini digunakan dan membuat orang menghindari tes HIV, tujuan pengurangan laju epidemi nasional akan terhalangi.

Tes HIV merupakan pintu masuk utama untuk layanan pengobatan, perawatan, dan pencegahan. Pemberian pengobatan ARV terbukti dapat menyelamatkan hidup orang HIV positif, sementara pemberian ARV hanya dapat diberikan pada orang yang telah dites HIV dan positif. Berkurangnya jumlah orang yang mengakses layanan tes HIV, berarti semakin banyak orang HIV positif yang tidak mendapat terapi ARV dan terhalangi hak atas kesehatan dan hak atas hidupnya yang secara hakikat merupakan hak asasi manusia.

Fakta bahwa sebagian besar orang dengan HIV-AIDS tidak mengetahui statusnya, berarti variasi dalam hubungan seksual akan berkisar di kuadran 2 dan 4. Pada situasi ini (ketika pembukaan status tidak relevan dengan pencegahan infeksi), satu-satunya sifat melawan hukum yang dapat dikendalikan adalah apakah risiko penularan HIV yang diambil merupakan risiko yang diambil secara sukarela atau tidak. Menjadi melanggar hukum jika menempatkan seseorang masuk dalam risiko yang tidak dikehendakinya.

Pemberitahuan status, menurut Weait, dalam kajiannya terhadap berbagai kasus, tidak relevan dengan pengambilan risiko HIV. Seseorang dapat memperoleh kesadaran akan risiko dalam bentuk informed maupun non-informed. Untuk orientasi penanggulangan AIDS, non-informed consent berdasarkan status HIV positif pasangan yang telah diketahui (kuadran 3) tidak lebih 'buruk' daripada informed consent berdasarkan status HIV yang belum diketahui (bisa positif dan juga bisa negatif).

Heterogenitas ekstrim terkait pemidanaan dalam penanggulangan AIDS

memerlukan fiksasi dalam penerapannya. Subyek yang tidak inklusif memberi afirmasi atas tidak terpenuhinya prinsip kesetaraan dalam pencapaian keadilan.

IV. Dialektika Primum Remedium

Fenomena yang muncul di Indonesia mengenai hukum pidana sebagai ultimum remedium adalah bahwa adanya gradasi perspektif terhadap posisi ultimum remedium yang juga mencerminkan perlekatan sifat ultimum remedium pada tataran sanksi pidana. Selain kemunculan dalam beberapa komentar, munculnya fitur-fitur restoratif seperti rehabilitasi medis dan sosial serta mediasi penal telah kongkrit menunjukkan bahwa ultimum remedium adalah pada sanksi pidana (Moerings, 2012: 245 dan Windari, 2012: 278).[2]

Namun demikian, diskursus mengenai ultimum remedium juga tidak terlepas dari pembahasan sanksi pidana semata. Penggunaan pidana secara makro juga mewakili kepentingan pembangunan kebijakan. Sebagai contoh, pada tema kebijakan terkait obat-obatan terlarang, Hukum pidana (bukan sanksi pidana) digunakan dengan konsep jalan terakhir (last resort) untuk dapat mengakomodir gradasi upaya penegakan hukum bersama hukum non-penal. Ide mengenai jalan terakhir ini diusung dengan harapan bahwa ada kemungkinan (bukan kepastian) yang dapat memberi jalan tengah antara dua arah ekstrim yaitu praktek hukum draconian dengan legalisasi narkoba dengan segala risikonya (Reuter, 1992: 15).

Terkait dengan penularan HIV dengan ius constitutum yang cenderung bersifat soliter dalam fora penanggulangan AIDS, maka hukum pidana (termasuk sanksi pidana) pada akhirnya tidak lagi menjadi ultimum remedium, melainkan menjadi primum remedium. Penempatan hukum pidana sebagai jalan terakhir

memerlukan pendekatan lain dalam keseluruhan tatanan penanggulangan AIDS sebagai jalan pertama dan kedua. Tanpa pendekatan komprehensif yang memungkinkan mekanisme alternatif ini, hukum pidana yang tampak seolah merupakan jalan terakhir akan maju menjadi jalan pertama.

Pemuatan masalah perilaku dan penularan HIV dalam rumusan delik secara langsung memangkas rangkaian upaya penanggulangan AIDS yang bersifat non-penal. Sebagai contoh, kriminalisasi terhadap perbuatan sebagaimana dalam kuadran 3 (tahu status HIV tetapi tidak memberitahu pada pasangan seksual) secara langsung akan 'mendahului' upaya pendampingan orang HIV positif mengenai kontribusinya dalam program pencegahan. Penempatan orang HIV positif sebagai subyek perubahan segera bergeser menjadi potensi pelaku kejahatan.

Berdasarkan tujuan pemidanaan penjeraan maupun inkapasitasi, delik seperti ini akan sangat efektif dalam mencegah orang untuk mengetahui status HIV. Secara kesehatan masyarakat, ketidaktahuan akan status HIV merupakan ancaman terbesar bagi upaya penanggulangan AIDS dan keseluruhan turunan pemenuhan hak asasi manusia, misalnya pengobatan.

Moerings mengemukakan dengan baik mengenai penggunaan pidana sebagai upaya pencegahan kejahatan, baik prevensi khusus bagi pelaku kejahatan maupun prevensi umum bagi masyarakat yang pada delik dapat saja membatasi jumlah pelaku potensial:

Membuat jera dengan cara menakut-nakuti kiranya hanya akan efektif terhadap pelaku potensial yang mempertimbangkan dengan nalar sehat untung-rugi perbuatannya. Itupun apa yang menjadi ancaman efektif bukanlah tingginya pidana yang diancamkan, melainkan pertimbangan seberapa besar peluang

tertangkap (Moerings, 2012: 248).

Kriminalisasi penularan HIV memiliki dua wajah. Pada adanya kewajiban memberitahukan status HIV yang diketahui kepada pasangan seksual, wajah pertama adalah ekspresi bahwa omisi tidak menyampaikan status HIV merupakan perbuatan yang memang secara hakikat jahat. Wajah kedua, adalah bahwa pemberitahuan akan status HIV merupakan hak hukum dari setiap orang yang akan terlibat hubungan seksual, yang pada kasus di Afrika ternyata tidak terbedakan antara hubungan seksual yang konsensual atau tidak (20th International AIDS Conference Track D Session Summary MOSS02, 2014).

Terkait wajah kedua, Kelsen, baik dalam arah teori murni maupun teori umum tentang hukum mengemukakan:

Fakta bahwa norma hukum mewajibkan seseorang untuk berbuat sesuatu kepada orang lain, tidak dengan sendirinya mengimplikasikan bahwa orang yang terakhir memiliki hak atas suatu perbuatan dari orang pertama. Norma hukum harus menentukan secara spesifik isi hak yang ditentukan secara teknis...Hukum dalam arti subyektif terkait erat dengan otorisasi baik dengan seseorang yang ditentukan secara khusus oleh hukum atau kepada organ tertentu untuk melakukan sesuatu (Asshiddiqie & Safa'at, : 63).

Kelsen juga mengemukakan mengenai sifat hukum pidana sebagai coercive order (perintah memaksa) yang membedakannya dengan semua aturan sosial lain yang lebih memberikan imbalan daripada hukuman sebagai sanksi, ataupun yang tidak memberikan sanksi sama sekali dan hanya berdasarkan motivasi langsung. H.L.A. Hart juga mengemukakan bahwa pendekatan punitive selalu melibatkan rasa sakit atau konsekuensi lain yang dianggap tidak menyenangkan

(Husak, 2008: 96).

Lebih lanjut lagi, Hart menekankan bahwa tidaklah adil untuk menempatkan seseorang pada tanggung jawab pidana kecuali ia memiliki kesempatan yang sama dan kapasitas untuk mematuhi hukum (Hart, 1969: 4). Dengan demikian, pendekatan punitif dalam penanggulangan AIDS akan segera maju sebagai *primum remedium* yang menyinggung keadilan. Substansi kriminalisasi dalam penanggulangan AIDS, baik berupa kriminalisasi penularan, paparan, perilaku berisiko, ataupun terkait pemberitahuan status, secara kontekstual memiliki lapangan permainan yang tidak rata.

Elemen kapasitas dan kesempatan yang sama belum dapat terverifikasi dengan fakta bahwa sebagian besar orang dengan HIV di Indonesia adalah yang belum mengetahui statusnya (Kementerian Kesehatan, 2013). Akibatnya, pendekatan punitif menjadi bergantung pada faktor teknis (non-substantif) seperti ketersediaan program penjangkauan, fasilitas layanan tes, edukasi, dan diseminasi wacana tentang risiko HIV itu sendiri. Pemaksaan kriminalisasi penularan HIV secara umum akan menempatkan lahirnya tanggung jawab pidana atas perbuatan yang dilakukan tanpa kehendak jahat, yang hal ini merupakan ketidakadilan yang justru ingin dihindari oleh semangat *rule of law*.

Mengenai perbuatan semacam ini, Kelsen menggunakan terminologi *mala in se* sebagai perbuatan yang secara hakikat adalah jahat atau salah terlepas ada atau tidaknya peraturan, dan *mala prohibita* sebagai perbuatan yang menjadi salah semata karena masuk menjadi peraturan (Asshiddiqie & Safa'at,: 46).

Diskursus mengenai bahwa tidak semua *mala prohibita* adalah *mala in se*, mempertegas bahwa kriminalisasi seputar penularan HIV yang belum memenuhi landasan teori kriminalisasi mengenai adanya *wrongfulness constraint*. Sebagai

sanksi yang menyakitkan, sanksi pidana merupakan pendekatan yang paling membutuhkan landasan, sehingga menghendaki lekatnya kaitan aturan yang dilahirkan dengan sifat jahat perbuatan yang dimaksud (Husak, 2007: 66).

Pengendalian atas substansi norma hukum pidana akhirnya terletak pada terhubung atau tidaknya politik hukum pidana dengan keseluruhan upaya penanggulangan AIDS, yang oleh Kelsen juga tampil sebagai teori efektivitas hukum. Sebagai coercive order, hukum menghendaki kesiapan hukum formil beserta struktur hukumnya, untuk dapat dipaksa melalui otoritas, untuk memaksakan penegakan terapi punitif tersebut (Asshiddiqie & Safa'at, 2012: 24).

Pendekatan punitif secara mendasar diciptakan untuk pengendalian perilaku. Pemberlakuan yang minimalis dalam hal budaya hukum tidak akan mencapai tujuannya. Sementara, pemberlakuan kriminalisasi dalam penanggulangan AIDS yang diasumsikan terdiseminasikan dengan baik akan menimbulkan kesesatan dalam upaya pencegahan. Khusus mengenai pengaturan yang memidana non-disclosure status HIV akan memunculkan rasa yang keliru tentang keamanan dan kesehatan (false sense of security) (Elliott, 2002:7).

Masyarakat akan merasa bahwa upaya pencegahan (misalnya mengenakan kondom) tidak diperlukan manakala tidak ada pemberitahuan status HIV dari pasangan seksual. Padahal, berdasarkan data keberhasilan penjangkauan layanan tes HIV untuk diagnosis, tidak semua orang telah mengetahui status HIV-nya. Dengan demikian, maka sekitar 80% orang HIV positif yang disetimasikan akan berpotensi menularkan tanpa adanya upaya pencegahan sama sekali.

Jika ditilik pada sifat jahatnya, kegagalan pemberitahuan status layak dipertanyakan statusnya sebagai mala prohibita. Penularan terjadi karena seseorang mempercayai secara semu bahwa pasangan seksualnya akan patuh pada pasal non-disclosure. Padahal 80% pasangan seksual (jalam estimasi orang dengan HIV-AIDS) dapat saja gagal memberitahukan status HIV karena ketidaktahuannya akan risiko HIV.

Pada situasi ini, kriminalisasi telah berhasil mencegah pemberitahuan status, tetapi tidak mencegah penularan HIV. Dampak turunan yang harus diantisipasi adalah akan munculnya ledakan kasus HIV yang disertai dengan ledakan kasus pidana.

Maka, bukan saja penggunaan norma hukum pidana dalam penanggulangan AIDS (dalam bentuk kriminalisasi) menjadi disinsentif bagi keadilan sosial, tetapi juga secara tidak langsung melanggar hak asasi manusia.

V. Kesimpulan

Pembatasan subyek pidana ini tidakimbang dengan fakta minimnya pemenuhan HAM atas informasi tentang HIV, sehingga kriminalisasi bersifat diskriminatif. Ketakutan akan tanggung jawab pidana juga menimbulkan keengganan untuk mengetahui status HIV padahal tes HIV merupakan pintu masuk bagi layanan kesehatan dan psikososial komprehensif, khususnya pengobatan antiretroviral. Pengobatan antiretroviral terbukti melindungi HAM untuk hidup, namun hanya dapat diberikan pada orang yang sudah mengetahui status HIV.

Ketika kriminalisasi terwujud dalam peraturan, maka dapat muncul juga perasaan aman yang palsu (false sense of security), yaitu ketika orang merasa dirinya telah terlindungi dari HIV karena beranggapan bahwa orang lain pasti

akan tunduk pada peraturan tersebut (yang belum tentu terdiseminasi dan dipatuhi merata). Maka kriminalisasi penularan HIV tidaklah menghentikan penularan HIV, tetapi justru mengancam keadilan sosial, disinsentif bagi upaya kesehatan masyarakat, dan melanggar HAM. Kriminalisasi dalam penanggulangan AIDS adalah mala prohibita itu sendiri yang menganulir prinsip kesetaraan dalam upaya pencapaian keadilan sosial.

Penelitian lebih lanjut perlu dikembangkan untuk melihat antisipasi peningkatan kasus pidana akibat diterapkannya kriminalisasi penularan HIV. Kesiapan struktur hukum dalam hal pembuktian, serta dinamika masyarakat sebagai agen budaya hukum merupakan obyek kajian yang dapat membantu upaya advokasi keterpaduan hukum pidana dalam penanggulangan AIDS.

Daftar Pustaka

Asa, Simplexius, 2011, "Suatu Tinjauan Hukum Pidana terhadap Kriminalisasi Perilaku Berisiko dalam Peraturan Daerah tentang Penanggulangan AIDS di Indonesia", Tesis Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Asshiddiqie, Jimly dan Ali Safa'at, 2012, "Teori Hans Kelsen tentang Hukum", Jakarta, Konstitusi Press

Ditjen PP&PL Kementerian Kesehatan Republik Indonesia, 2013, "Laporan Perkembangan HIV-AIDS Triwulan I"

Elliott, Richard, 2002, "Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: A Policy Options Paper", Joint United Nations Programme on HIV/AIDS

Hart, H.L.A., 1969, "Punishment and Responsibility", Oxford, Oxford University Press

Husak, Douglas, 2007, "Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law", New York, Oxford University Press

Kementerian Kesehatan Republik Indonesia, 2014, "Estimasi dan Proyeksi HIV/AIDS di Indonesia 2011-2016"

Moerings, Martin, 2012, "Apakah Pidana Penjara Efektif?", dalam Agustinus Pohan, Topo Santoso, Martin Moerings (eds.), Hukum Pidana dalam Perspektif, Jakarta, Universitas Indonesia, Universitas Leiden, Universitas Groningen

Pedain, A., 2005, "HIV and Responsible Sexual Behaviour", Cambridge Law Journal, Vol. 64

Rapporteur Team, 2014, "Track D Session Summary, MOSS02, No One Left Behind: Stepping up the Pace on the Removal of Punitive Laws to Advance Human Rights and Gender Equality", 20th International AIDS Conference. diunduh 15 Agustus 2014

Reuter, Peter, 1992, "Hawks Ascendant: The Punitive Trend of Drug Policy", Daedalus, Vo. 121

Ryan, Samantha, 2007, "Risk-taking, Recklessness and HIV Transmission: Accommodating the Reality of Sexual Transmission of HIV within a Justifiable Approach to Criminal Liability", Liverpool Law Review, Vol. 28, Issue 2

Sidibe, Michel, 2014, "Opening Speech: The Last Climb: Ending AIDS, Leaving

No One Behind”, 20th International AIDS Conference diunduh 15 Agustus 2014

Spencer, J.R., 2004, “Retrial for Reckless Infection”, New Law Journal , Vol. 154

Weait, Matthew, 2005, “Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: R v. dica”. Modern Law Review, Vol. 68

Weait, Matthew, 2005, “Harm, Consent and the Limits of Privacy”. Feminist Legal Studies, Vol. 13

Weait, Matthew, 2005, “Knowledge, Autonomy and Consent: R v Konzani”, Criminal Law Review, Vol. 8

Windari, Rusmilawati, 2012, “Perlindungan Hukum terhadap Anak dari Kekerasan dalam Keluarga di Indonesia dan Thailand: Kajian Komparatif” dalam Agustinus Pohan, Topo Santoso, Martin Moerings (eds.), Hukum Pidana dalam Perspektif, Jakarta, Universitas Indonesia, Universitas Leiden, Universitas Groningen

[1] Secara kumulatif, jumlah laporan infeksi HIV sejak 1 Januari 1987-31 Maret 2013 adalah 103.759 kasus, sedangkan estimasi jumlah orang dengan HIV pada tahun 2012 berjumlah 591.823 orang. Perbandingan adalah sekitar 80% orang yang diestimasikan terinfeksi HIV tidak mengetahui statusnya.

[2] Ultimatum remedium terkait sanksi dengan contoh pelaku-pecandu dalam

konteks sanksi pidana yang berorientasi pencegahan risiko gangguan. Ultimatum
remedium sebagai sanksi akhir selain mediasi penal dan nonpenal, termasuk
terhadap pelaku kejahatan yang juga pecandu narkoba (studi terhadap
Thailand). (Siradj Okta, SH., LL.M. Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya)

11 May 2015 / Current Research

Share the Post



© 2016 - PPH Unika Atma Jaya Jakarta