

La violencia obstétrica, nuevo delito sin penalidad (aparente).

[Capítulos 9 a 15]

9. La invisibilidad del delito de lesiones. Descorriendo el velo del Código Penal de la Nación. Violencia obstétrica.

a. Hemos visto hasta aquí que el inciso e), del artículo 6º, de la Ley N° 26.485 considera que la violencia obstétrica (*“aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929”*), constituye una clara modalidad de violencia contra la mujer que puede encuadrar tanto en el tipo de violencia física (aunque no provoque daño) si ocasiona dolor, como así también psicológica, en los términos en que se definen, respectivamente, los incisos 1º y 2º, del artículo 5º, de la misma ley. Sin dudas, se violentan de manera flagrante los derechos que le reconocen el artículo 2º de la Ley N° 25.929 (y también el 4º cuando se refiere a ambos progenitores) y el artículo 3º de la propia Ley N° 26.485.

b. En ese contexto considero, con absoluta convicción, que la violencia obstétrica encuadra en las conductas que nuestro Código Penal reprime al castigar el delito de lesiones. Y con independencia del daño físico que pudiera provocarse a la parturienta, resulta imposible suponer que no habrá de dejar secuelas psicológicas en ella, por ejemplo, un daño emocional, disminución de la autoestima, o graves consecuencias a futuro a la hora de decidir un próximo embarazo. Casos como el de *Jesica* del barrio de La Boca o el de *Sol* de la localidad de Quilmes, relatos que dieron inicio a estas notas, así como tantos otros que boquiabiertos nos hemos cansado de leer, seguramente confirmarían mi convencimiento.

c. Según la OMS *“La salud mental abarca una amplia gama de actividades directa o indirectamente relacionadas con el componente de bienestar mental incluido en la definición de salud [esto es] ‘... un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades’. Está relacionada con la promoción del bienestar, la prevención de trastornos mentales y el tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por dichos trastornos.”.*

Además, **se aconseja más adecuado utilizar en el campo de la salud mental el término "trastorno mental"** (que es el que utiliza en la actualidad la lista CIE 10 de la Organización Mundial de la Salud); sobre todo en aquellos casos en los que la etiología biológica no está claramente demostrada, como sucede en la mayoría de los trastornos mentales. Asimismo, el término "enfermedad mental" puede asociarse a estigmatización social. Por estas razones, este término está en desuso y se usa más trastorno mental, o psicopatología.

La lista CIE 10 de la OMS en su Capítulo V, bajo el código F00-F99, enumera los *trastornos mentales y del comportamiento*. Mediante este sistema de clasificación empleado con carácter internacional, se facilita el avance de los estudios médicos. Entre otros, más allá de los trastornos mentales orgánicos como las demencias especiales o la esquizofrenia, incluye a trastornos mentales del humor (depresión), trastornos neuróticos, trastornos relacionados con el estrés y trastornos somatomorfos, trastornos del sueño, pesadillas, trastornos de pánico, trastornos de ansiedad, trastornos emocionales y del comportamiento.

Se sostiene que la enfermedad o **el trastorno mental es una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como son la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, la percepción, la sensación, el aprendizaje, el lenguaje, etcétera. Lo que dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social en que vive y crea alguna forma de**

malestar subjetivo. (“Guía de estilo” de FEAFES, Confederación Española de Agrupaciones de familiares y personas con enfermedad mental).

Y se afirma, con razón, que no es fácil establecer una causa-efecto en la aparición de la enfermedad mental sino que son múltiples, y en ella confluyen factores biológicos (alteraciones bioquímicas, metabólicas, etcétera), factores psicológicos (vivencias del sujeto, aprendizaje, etcétera) y factores sociales (cultura, ámbito social y familiar) que pueden influir en su aparición.

En consecuencia, y recordando que el delito de lesiones incluye en su tipo penal el daño a la salud psíquica que, conforme la lista CIE 10 de la OMS, abarca un sinnúmero de trastornos mentales, sin llegar al extremo de una *enfermedad mental cierta o probablemente incurable*, las prácticas que se llevan adelante y que encuadran en las definiciones de violencia obstétrica, constituyen “*prima facie*” injusto penal en los términos de los artículos 89, 90 y 91 atendiendo a la gravedad del daño que, obviamente, habrá de ser cuantificado por los peritos médicos y calificados por magistrados actuantes.

También corresponderá que los jueces determinen si la conducta del agresor tuvo como móvil un *odio de género* o *violencia de género*, de conformidad con lo estatuido por el artículo 92, en función de lo dispuesto por el artículo 80, incisos 4º y 11º Cpn.

Y haré un alto aquí, conforme lo anticipé *supra*. Puede resultar que las lesiones ocasionadas por el agresor en la salud de la mujer, no tuvieran un móvil de *odio de género* o de *violencia de género* y que sólo las causare, con intención, pero por resultar tan sólo un pésimo profesional que no aplica la Ley Nº 25.929 y que, además, desoye las normas éticas que rigen su labor. Quizás resulte difícil suponerlo en atención a los innumerables testimonios recogidos; sin embargo, teniendo en cuenta que la violencia de género a la que alude la figura penal (artículo 92, en función del artículo 80,

inciso 11º, Cpn.), es un elemento del tipo objetivo, aquélla deberá ser probada en el juicio. Se advierte entonces que de no acreditarse ese requisito, el autor deberá ser juzgado por las conductas que describen las figuras de los artículos 89, 90 y 91, pero en modo alguno resolverse que su conducta resulta atípica.

Pero, además, si la *violencia obstétrica* la cometiera una mujer (médica, enfermera, etcétera) no corresponderá, al calificar las lesiones, el agravante del artículo 92 en función de lo dispuesto por el artículo 80, pues, el inciso 11º de esa disposición únicamente se refiere al hecho cometido por un hombre sobre una mujer, por lo que, en ese caso, sólo restaría determinar si se han cometido por *odio de género*, es decir, el agravante que prevé el citado artículo 80, inciso 4º.

Quiero ser claro: una mujer, profesional de la salud o auxiliar, puede violentar los derechos que reconoce la Ley Nº 25.929, y ser autora del delito de lesiones leves, graves o gravísimas, si provoca un daño en la salud psíquica de la parturienta, pero no podrá ser juzgada con el agravante del artículo 92 Cpn, porque él remite al artículo 80, inciso 11, del mismo Código, que castiga al hombre (sujeto activo) que matare a una mujer.

No hay dudas en cuanto que el legislador, al modificar el Código penal (Ley Nº 26.791) y castigar la violencia de género como figura autónoma, quiso garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia, malos tratos y sin discriminaciones por quienes, erróneamente, se consideran superiores y, precisamente, con tal grado de impunidad que hasta sospechan que pueden matar (o lesionar) a una mujer que por su condición carece de iguales derechos.

Sin embargo, la Ley Nº 26.485 fijó conceptos muchísimo más amplios ya que su espíritu si bien es la protección integral de la mujer, los tipos de violencia

que describe en su artículo 5º, así como las modalidades que menciona de manera enunciativa en su artículo 6º pueden ser cometidos tanto por hombres como por mujeres, por caso, la violencia institucional o la obstétrica.

Además, efectúo estas aclaraciones por si algún trasnochado magistrado entendiera que no se da el supuesto de violencia obstétrica, es decir, el maltrato dispensado a la mujer *pre y post* parto con secuelas (trastorno mental) en su salud psíquica no constituirá el delito de lesiones que, insisto, prevén los artículos 89, 90 y 91, esgrimiendo, erróneamente, como argumento que el inciso e), del artículo 6º, de la Ley Nº 26.485 se refiere a que esa violencia, ejercida por el personal de salud, deba ser sobre el *cuerpo* de la mujer, desconociendo que la violencia obstétrica es una modalidad entre otras, pero que el inciso 2º, del artículo 5º, de la misma ley, dispone que queda especialmente comprendida dentro de la violencia contra la mujer la violencia psicológica, concretamente, la que causa daño emocional o que por cualquier otro medio cause un perjuicio a su salud psicológica. Y así entonces debe afirmarse de manera categórica que el daño emocional y el perjuicio a la salud psicológica de la mujer provocado *“por cualquier otro medio”* incluye a todos y a cada uno de los supuestos descriptos la Ley Nº 25.929, por lo que encuadran en el delito de lesiones de los artículos 89, 90 y 91 Cpn. Máxime teniendo en cuenta, como se ha visto en párrafos anteriores, que el Código castiga con prisión al que causare a otro *un daño en el cuerpo o en la salud* (física o psíquica).

Y no me refiero a lesiones físicas o a intervenciones quirúrgicas innecesarias, tampoco a la muerte del feto o del recién nacido, pues, ellas no admiten discusión y constituyen el delito de lesiones u homicidio; hablo de daño a la salud psíquica cometido por personas violentas que han encontrado en su profesión u oficio un

modo de paliar sus broncas y propias frustraciones. No lo sé, no soy psiquiatra ni psicólogo, pero lo intuyo, pues, de otro modo no se entiende tamaña saña para con el prójimo.

d. Unas aclaraciones sobre la violencia de género: en otras notas, tituladas *“Homicidios agravados. Artículo 80, incisos 4º y 11º, C. Penal. Anteproyecto”*, afirmé que el femicidio *“...requiere de una relación previa de poder y subordinación que no existe en una relación ocasional o pasajera (llamado femicidio no íntimo, que no reprime nuestra legislación penal)...”*. Y sostengo esa posición al día de hoy; sin embargo, **haré algunas salvedades cuando se habla de violencia obstétrica, y trataré de ser lo más claro posible**. Quizás no resulte.

❖ el concepto de violencia de género no debe buscarse en el Código penal, sino en el artículo 4º de la Ley N° 264.85: *“Se entiende por violencia contra las mujeres como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual...”*. Y la explicación a esta norma la encontramos en su reglamentación (Decreto N° 1011/2010). Primero en su Considerando 10º que indica: *“...la ley que se propone reglamentar por el presente implica un cambio de paradigma en tanto aborda la temática de la violencia de género desde una perspectiva infinitamente más amplia y abarcativa de la que hasta ahora existía en la legislación argentina. Es una norma que rebasa las fronteras de la violencia doméstica para avanzar en la definitiva superación del modelo de dominación masculina, proporcionando una respuesta sistémica a la problemática, con una dimensión transversal que proyecta su influencia sobre todos los ámbitos de la vida.”*

Y, también su artículo 2º, inciso e) reglamentado dispone que: *“Se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género,*

las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienda a: 1) Perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros; 2) **Promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas...**”.

A su turno, la reglamentación del artículo 4º interpreta que: “Se entiende por **relación desigual de poder**, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.”.

Luego, el artículo 6º reglamentado establece que “Las definiciones de violencia comprendidas en el artículo que se reglamenta, **en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas**. Para ello deberá interpretarse la norma de forma armónica y sistemática con lo establecido en el artículo 4º, segundo párrafo de la Ley Nº 26.485, y con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Recomendación General Nº 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones que efectúen sus respectivos órganos de aplicación.”.

Y en lo referente, de manera específica, a la violencia obstétrica, la reglamentación es muy ilustrativa (artículo 6º, inciso e.): “Se considera trato

deshumanizado el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados, sean punibles o no. Se considera personal de salud a los efectos de la ley que se reglamenta, a todo aquel/la que trabaja en un servicio, se trate de los/as profesionales (médicos/as, enfermeros/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza...”.

❖ En consecuencia, sostengo con firmeza y absoluta convicción que la violencia obstétrica no requiere una relación **previa** de poder y subordinación (como ocurre con femicidio íntimo) pues, desde *una perspectiva infinitamente más amplia y abarcativa* (Considerando 10º de su reglamentación, Decreto N° 1011/2010), la relación de poder y subordinación se *configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres (artículo 4º)*, con fundamento en que puede ser autor de la violencia obstétrica cualquier personal de salud, es decir, *todo aquel/la que trabaja en un servicio, se trate de los/as profesionales (médicos/as, enfermeros/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, obstétricas/os, etc.) o de quienes se ocupan del servicio hospitalario, administrativo o de maestranza (artículo 6º, inciso e.)*.

Y bajo esos conceptos, mediante la interpretación que hace la reglamentación de la citada Ley N° 26.485, no hay dudas que difícilmente exista esa relación **previa** de poder y subordinación, entre la mujer (en período de pre y post parto) que ingresa a un nosocomio, precisamente para el nacimiento de su hijo. En modo alguno podrá afirmarse que esa mujer tenía con antelación una relación con el

enfermero, o el personal administrativo o de maestranza; entonces, tampoco ha de suponerse que la tuviera con el partero o partera.

Y volviendo a la reglamentación del artículo 6º, debe recordarse que allí se indica que *en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas*. Además, a esta expresa disposición debe sumársele el principio *pro homine*, reconocido a nivel nacional e internacional en materia de defensa y protección de los derechos humanos, y al que me referiré en el Capítulo 11 que sigue.

Por todo lo expuesto, la violencia obstétrica que define la Ley N° 26.485 debe ser interpretada de manera extensiva, sin peligro a violentar el principio de legalidad, y, en consecuencia, no requiere una relación previa de poder o subordinación entre víctima y victimario, así como tampoco, como sucede en el feminicidio, que el sujeto activo deba ser hombre.

❖ En definitiva, la violencia obstétrica abarca mucho más que los supuestos de violencia doméstica o femicidio, siendo sus **únicos requisitos** para que ella se configure:

- **que la ejerza el personal de la salud** (sin distinción de género, identidad de género o su expresión);
- **sobre el cuerpo de una mujer o persona recién nacida;**
- expresada en **un trato deshumanizado**, es decir, el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante;
- **un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales** (de conformidad con la Ley N° 25.929);
- **en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto;**
- **así como en la atención de complicaciones de abortos naturales o provocados.**

❖ Finalmente, queda claro que la violencia obstétrica se ejerce sobre la mujer. Y señalé párrafos arriba, que quizás algún magistrado “mal dormido” podría suponer que el inciso e), del artículo 6º, de la Ley N° 26.485 se refiere a la violencia ejercida por el personal de salud sobre el **cuerpo** de la mujer, y así entonces dejar fuera a la que se ejerza sobre la salud psíquica.

Voy a agotar el análisis del vocablo para no dejar librado a ninguna interpretación errónea el significado que el legislador pretendió darle al concepto de violencia obstétrica, porque los amigos de forjar hipótesis o de imponerle etiquetas al Derecho nos han obligado, durante años, a discutir circunstancias de fina y sofisticada elaboración que no admitían el más mínimo intercambio de opinión.

Cuando la Ley N° 26.485 se refiere a “**el cuerpo**” lo hace de una manera integral, es decir, la cabeza, el tronco, sus extremidades y, además, sus órganos, siendo uno de ellos el cerebro, quizás el más complejo. Y más allá del pensamiento de Descartes que sostenía la idea de un dualismo entre cuerpo y mente, la verdad es que, como bien afirmaba Hipócrates, *“Los hombres deberían saber que del cerebro y nada más que del cerebro vienen las alegrías, el placer, la risa, el ocio, las penas, el dolor, el abatimiento y las lamentaciones”*.

Así entonces resulta que “**la mente**”, entendida como el conjunto de facultades cognitivas que engloban procesos como la percepción, el pensamiento, la conciencia y la memoria, emerge del cerebro y dentro de aquellos procesos se ubican los estados mentales, de lo que se colige que la *ratio legis* al considerar que por violencia obstétrica se entiende a toda aquella que se ejerce sobre **el cuerpo**, nos indica en verdad que comprende tanto lo físico como lo psíquico, como de manera hermenéutica lo efectúa el artículo 5º de la citada ley al indicar que dos de los tipos de violencia contra la mujer, con independencia de su modalidad, son la violencia física (inciso 1º) y la violencia psicológica (inciso 2º), siendo esta última *“La que causa daño emocional y disminución de la autoestima*

o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones...”.

Espero haber sido claro; de todos modos invito al lector a que intente una mejor redacción. Tal vez me dejé llevar por el ímpetu y obvié las formas gramaticales, pretendiendo exponer los conceptos con claridad y no con extrema brillantez.

e. *“Me pusieron el goteo -ni te preguntaban-, yo lloraba mucho, porque tenía 15 años y entendía que no se podía soportar tanto dolor. Creía que me iba a morir, y lo único que pedía era verle la cara a mi bebé antes de morirme ... Nació Gonzi a las 6 de la tarde, no lo vi porque me desmayé prácticamente. Se lo llevaron y me lo trajeron recién al otro día a las 11. Es feo eso. Es la primera vez que me pongo a pensar en esto”.* (Testimonio de Victoria Montenegro, titular de la Unidad de Coordinación Nacional para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres del Consejo Nacional de las Mujeres).

Pero si alguna duda queda acerca de que esta violencia inmoral y sinrazón constituye el delito de lesiones que prevé nuestro Código penal, aconsejo ver los dos videos cuyos links adjunto, solicitando, aunque más no sea, que se detengan en el primero en los minutos 19.00 y 20.52, y que ha sido concebido por el Canal Encuentro, Historias de Género, en particular *“Violencia en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos”*.

http://www.encuentro.gov.ar/sitios/encuentro/programas/ver?rec_id=124791

El que sigue, titulado *“Voces contra la Violencia Obstétrica”*, fue realizado por la agrupación “Las Casildas”.

<https://www.youtube.com/watch?v=BzkvugKCSHl>

Creo fervientemente que un grupo importante de nuestra sociedad entiende el amor al prójimo como el amor al semejante; sin embargo, al diferente, al pobre, y a tantos otros estereotipos: *ni justicia ... ni derechos humanos. Y una sociedad*

que no cuida a una madre o a un hijo, difícilmente pueda cuidar a sus hermanos.

f. No ignoro que el artículo 41 de la Ley N° 26.485 establece que *“En ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los vigentes”*; sin embargo, resulta fácil comprender que este análisis no *“crea”* nuevos tipos penales, sino que sólo encuadra las conductas definidas como violencia obstétrica en las previsiones de las descritas por nuestro Código vigente en el delito de lesiones.

No escapa a mi escaso conocimiento el principio de legalidad que prohíbe calificar penalmente una conducta por analogía, por cuanto la tipificación de los hechos debe ser precisa y no constituyen delito los comportamientos no descritos por la ley penal. Sin embargo, insisto, a mi criterio, la violencia obstétrica, en muchísimos casos, debe ser investigada como incurso en el delito de lesiones.

Y así como se prohíbe la interpretación y aplicación analógica *in malam partem*, y sí se acepta *in bonam partem*, es decir, en favor del reo, no debe olvidarse que en la protección de los derechos humanos rige el principio *pro homine* y, en consecuencia, toda legislación cede, ante la duda, cuando éste se aplica, precisamente, como un criterio de interpretación o como una norma de reenvío. No olvidemos que ha sido reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el principio *pro homine* como un *“principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.”* (Corte IDH, O.C. 5/85).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el principio *pro homine* indicando que *“en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la*

norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos.” (CIDH, Informe 35/07, c. 12.553, “Jorge, José y Dante Peirano Basso”, R.O.U., 1/05/2007).

Nuestra Corte de Justicia nacional, el 23 de abril del 2008, en los autos N° 28/05 “Acosta, Alejandro Esteban sobre infracción al artículo 14 de la Ley 23.737”, (S.C.A. 2186, LXL, publicado en LL 2008-D-36), aplicando el principio *pro homine*, resolvió dejar sin efecto el criterio sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal (Plenario N° 5, con motivo del trámite de la causa N° 1403 de su Sala III, “Kosuta, Teresa sobre recurso de casación”, año 1999) sosteniendo que “6°) *Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304: 1820; 314:1849; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad, (art. 18 de la C.N.) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.”.*

Al año siguiente, con fecha 25/08/2009, en el fallo A. 891. XLIV, “Recurso de hecho - Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080 sobre la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737”, la Corte declaró la inconstitucionalidad del citado artículo 14 (tenencia de estupefacientes para

consumo personal), al considerar que se violentaba el artículo 19 (CN). Los magistrados Highton de Nolasco y Maqueda expresaron: *“23) que a nivel internacional también se ha consagrado el principio ‘pro homine’. De acuerdo con el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido.”*

En definitiva, la responsabilidad asumida internacionalmente en materia de violencia contra la mujer a través de las Leyes 23.179, 24.632 y 26.485 por las cuales nuestro país se comprometió a investigar y sancionar las conductas de terceros que involucren a la mujer, obliga a denunciar, entre muchas otras, a la violencia obstétrica ante los estrados judiciales. Ello, sin perjuicio de la previsión que la Ley N° 26.485 dispone en su artículo 11, apartado 5º, inciso e) al indicar que deberá *promover[se] la elaboración de un protocolo de recepción de denuncias de violencia contra las mujeres a efectos de evitar la judicialización innecesaria de aquéllos casos que requieren otro tipo de abordaje*. Pero no es el caso, porque no se trata de resolver el conflicto de manera alternativa, sino de obtener un fallo condenatorio frente a la comisión de un ilícito que se expande cada vez más en la región porque pareciera que carece de sanción penal, precisamente, como indica el título de estas notas *“La violencia obstétrica, nuevo delito sin penalidad (aparente)”*.

A ello debo agregar que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), ratificada por la Ley N° 24.632 dispone en su artículo 2º que *Se entenderá que **violencia contra la mujer incluye** la violencia física, sexual y **psicológica**: ... b) Que tenga*

lugar en la comunidad **y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.**

Como se ve, al indicar “**entre otros**” demuestra que sus enunciados no son taxativos, por lo que, sin dudas, la violencia obstétrica, ingresa para la Convención en lo que denomina violencia contra la mujer. Además, su artículo 4º le reconoce a la mujer **b) El derecho a que se respete su integridad física [y] psíquica.**

A su turno, su artículo 7º dispone que los Estados parte deben **b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.**

A su turno, Naciones Unidas, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), y en el marco de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en relación con La Violencia contra la Mujer, y dentro de las Medidas que han de adoptarse, indica en su punto 124 que **b) No cometer actos de violencia contra la mujer y tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar y, de conformidad con las leyes nacionales en vigor, castigar los actos de violencia contra la mujer, ya hayan sido cometidos por el Estado o por particulares; c) Introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales, o reforzar las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo**

de violencia, ya sea en el hogar, el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad;
d) **Adoptar o aplicar las leyes pertinentes, y revisarlas y analizarlas periódicamente a fin de asegurar su eficacia para eliminar la violencia contra la mujer, haciendo hincapié en la prevención de la violencia y el enjuiciamiento de los responsables;** adoptar medidas para garantizar la protección de las mujeres víctimas de la violencia, el acceso a remedios justos y eficaces, inclusive la reparación de los daños causados, la indemnización y la curación de las víctimas y la rehabilitación de los agresores.

Y, como se ha señalado hasta el cansancio, a falta de una legislación penal específica que castigue a la violencia obstétrica como delito autónomo, y a la luz de lo que dispone el artículo 41 de la Ley N° 26.485, corresponde calificar la conducta del agresor como constitutiva del delito de lesiones a su salud psíquica, en los términos de las disposiciones de los artículos 89, 90 y 91 (con o sin los agravantes del artículo 92) del Código penal.

Ni más ni menos que, conforme la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, cumpliendo con el citado inciso d) de su punto 124 que no sólo obliga a **aplicar las leyes pertinentes**, sino, además, a **revisarlas y analizarlas periódicamente a fin de asegurar su eficacia para eliminar la violencia contra la mujer.**

g. Otro argumento que debe entenderse es que cuando la Ley N° 26.485 hace especial hincapié en la necesidad de evitar la revictimización (artículo 16, inciso, h), lo que busca, mejor dicho, su *ratio legis*, es no someter a la víctima a que vuelva a transitar un camino lleno de penas y sinsabores, evitándole los recuerdos traumáticos de un marido maltratador. Es decir, se vincula más a la violencia doméstica que a la obstétrica. En esta última modalidad de violencia, no existe aquel golpeador, sino, simplemente, una mujer embarazada a punto de parir que no pudo gozar de la compañía de su pareja en ese momento trascendental para sus vidas, como es el nacimiento de un hijo, precisamente, a consecuencia de las

vejaciones físicas y psíquicas que debió soportar en soledad por exclusiva culpa de quienes tenían el deber legal y moral de protegerla.

Esta interpretación armónica y no analógica es la que permite afirmar que la violencia obstétrica debe ser investigada como constitutiva del delito de lesiones. Y si bien el plexo normativo que protege los derechos de la mujer contra los actos de violencia le proporcionan un sinnúmero de alternativas para resolver el conflicto, en este caso le corresponde al Estado intervenir sin dilación, ejerciendo las facultades que le otorga el *ius puniendi* y entonces castigar al que delinque, pues, no se presenta como una u otra opción, sino como la única, pues, nadie más que el Estado tiene poder sancionador para condenar penalmente.

Y es por esa razón que el delito de lesiones aun siendo dependiente de instancia privada, autoriza la intervención estatal para actuar de oficio *quando mediaren razones de seguridad o interés público*.

En este aspecto, no hay dudas que cuando el personal médico, enfermeros, asistentes o cualquier otro personal integrante del sistema de salud, llevan adelante conductas que se inscriben dentro de la violencia obstétrica y que además se producen en un hospital público o privado, cuya misión es la atención primaria de la salud, le corresponde al Estado intervenir en defensa del interés público porque no lo hará en protección de una víctima concreta que debió sufrir las vejaciones sino en favor y salvaguardia de tantas otras futuras madres. La cantidad de casos conocidos demuestran que la violencia obstétrica se ha convertido en una práctica habitual.

10. Acción dependiente de instancia privada. Violencia obstétrica. Interés público.

La acción en las lesiones leves dolosas igual que en las lesiones leves culposas es dependiente de instancia privada, conforme dispone el artículo 72, inciso 2º, del Código Penal de la Nación. Sobre este punto se ha señalado que: “Las

acciones dependientes de instancia privada son acciones procesales públicas que se hallan sometidas a la condición de ser instadas por el agraviado o su representante, quien debe manifestar expresamente su interés en instar la acción penal contra los eventuales participantes en el hecho, en los delitos previstos ... en las lesiones leves, sean dolosas o culposas (pero en este caso, la norma establece una excepción cuando mediaren razones de seguridad o interés público) ...". (Eugenio Zaffaroni, "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 894 y ss.).

Asimismo se expresa que "... En la actualidad, dadas las hipótesis que se han incluido legislativamente y la excepción que se consagra respecto de las lesiones leves, puede concluirse que su fundamento se halla en la necesidad de moderar la arbitrariedad confiscatoria de conflictos -que es de la esencia del poder punitivo- procurando que la acción procesal dependa de la instancia de la víctima, como única jueza de los perjuicios que ésta pueda acarrearle. Más brevemente expresado: el fundamento de la instancia privada no puede ser otro que evitar la doble victimización...". (op. cit., p. 895).

Sobre la base de esta conclusión, corresponde considerar el artículo 72, inciso, 2º, del Código penal, en cuanto dispone que la acción procederá de oficio cuando las lesiones se vinculen con razones de seguridad o interés público. Así, se debe entender cuáles serían las razones que entran en esa categoría. Una interpretación posible de la norma, según lo enseñó Andrés D'Alessio, parte de: *"Evitar el daño provocado por el 'strepitusfori' no es el único fundamento para exigir la instancia privada. Que el delito de lesiones leves lo requiera obedece a la necesidad de descomprimir la saturación que padecen los tribunales por el incremento constante de causas sometidas a juzgamiento, sobre todo cuando se trata de infracciones de poca entidad que afectan mínimamente la convivencia social ... Este inciso también contempla excepciones específicas en las que el*

Estado puede promover la acción sin consultar la voluntad de la víctima: cuando medien razones de seguridad o de interés público. El concepto 'seguridad pública' se ha entendido como 'seguridad común' o, en su sentido más amplio, como 'resguardo o protección de la colectividad'; el de 'interés público' es asimilado al de 'interés jurídico del Estado', es decir que se procura proteger las instituciones creadas por la Constitución y las leyes, que trascienden el interés individual y ponen en riesgo concreto o comprometen un bien útil o necesario para la comunidad...". ("Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado", T I, 2° edición, parte general, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 1067 y ss.).

Con fecha 20 de agosto de 2013, en la causa N° 58017935/2012/1/CA1, "B., C. M. incidente de falta de acción", el voto del Dr. Mario Filozof, integrante de la Sala VI, de la C.C.C., es esperanzador: "...El artículo 72 del Código Penal establece que en el caso de las lesiones leves, sean dolosas o culposas, se podrá proceder de oficio cuando mediaren razones de seguridad o de interés público ... De momento y en el caso concreto existe ese interés público que habilita al Ministerio público a actuar sin que se haya instado la acción. El suceso o temática abordado es tratado específicamente por leyes y normas constitucionales. Así, la Ley nro. 26485 dice en su articulado: Que sus disposiciones son de orden público (art. 1) con el objeto de promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (art. 2 inc. b) , garantizando en su artículo 3 los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ...y, en especial, los referidos a una vida sin violencia y sin discriminaciones (inc. a), la seguridad personal (inc. b), la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (inc.c), la dignidad (inc. d), la vida reproductiva (inc. e) y la igualdad real de derechos (inc. j) ... En relación a las políticas públicas refiere que los tres poderes del Estado,

sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad (art. 7) garantizando todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (art.7 inc. h). La normativa no deja de lado la mención de medidas preventivas urgentes (art. 26).- Respecto al caso concreto, debe ponderarse que los profesionales que entrevistaron a G. concluyeron en que 'se encuentra atrapada en una situación de violencia familiar y (...) se evalúa su situación y la de sus hijos como de altísimo riesgo, presenta una alta naturalización y adaptación respecto de la violencia'. Además, puntualizaron que sus hijos son maltratados con la exposición a la violencia física, económica y emocional. Así lo manifestado dando inicio al legajo, se enmarca en el compromiso de investigar, sancionar y reparar de manera efectiva los conflictos conteniendo temáticas como la que está en tratamiento. **Luego, la oficina receptora actuó de conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la Ley 26.485: 'Denuncia. Las personas que se desempeñen ... en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito'** (ver en este sentido art. 18 inc. e y 23 de la misma ley). Entonces, se ha tomado en cuenta la opinión de G. (art. 16 inc. b de la norma de marras) pero valorada conforme cánones científicos por ende, existe en lo supuestamente acontecido el interés público, lo cual no implica una suerte de pretensión vindicativa cuando el titular de la acción pública sólo pretende avanzar en este estadio procesal y esto no se contradice con las medidas de prueba reclamadas por el esmerado defensor lo que puede

plasmarse en el principal de considerarse necesario. Este sumario fue iniciado con la presentación de M. B. G. ante oficinas del Poder Judicial de la Nación y en este ámbito se mantuvo, por lo tanto la confidencialidad se ha preservado. Es cierto deberá evitarse en lo que sigue del proceso cualquier suerte de revictimización, lo que desde ya reclamo en este discurso, mas no me encuentro en condiciones de sostener, se está en presencia de una innecesaria judicialización ya que se ha demostrado en infinidad de ocasiones como la 'víctima' no es 'libre' por cómo la afectan este tipo de acontecimientos. Viene a cuento recordar algunos párrafos del Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re 'G.' del 23 de abril de 2013 (cuya doctrina es obligatoria para los tribunales inferiores) lo que tal vez permita aportar algún esclarecimiento: '... la principal consecuencia de su concesión [se refiere a la probation] es la de suspender la realización del debate. Posteriormente, en caso de cumplir el imputado con las exigencias que impone la norma durante el tiempo de suspensión fijado por el tribunal correspondiente, la posibilidad de desarrollarlo se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto (cfr. artículo 76 bis y artículo 76 ter. del citado ordenamiento) ... desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ('Regla general de interpretación'. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin). Esto resulta así pues, conforme a la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados a los estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la 'Convención de Belem do Pará', a saber:

prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo). En sentido contrario, esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un 'procedimiento legal justo y eficaz para la mujer', que incluya 'un juicio oportuno' (cfr. el inciso 'f', del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal (así, cf. Libro Tercero, Título 1 del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención. Particularmente, en lo que a esta causa respecta, la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el 'acceso efectivo' al proceso (cfr. también el inciso 'f' del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba. De lo hasta aquí

expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la 'Convención de Belem do Pará' para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados ... es menester afirmar que ninguna relación puede establecerse entre ese instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término, referidas al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, 'a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces'. Asegurar el cumplimiento de esas obligaciones es una exigencia autónoma, y no alternativa -tal como la interpreta la cámara de casación-, respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso 'f' de ese mismo artículo, tal como se lo ha examinado en el punto anterior...".

Y, luego de citar el fallo de la CSJN, concluye el magistrado: *Así, en base a la ley referida, la Convención conocida como de 'Belem Do Pará' en su afirmación introductoria y los artículos 3, 4, 5, 7 (especialmente inciso f) y 13, entre otros, vienen para mí a darle a estos sucesos el alcance del interés público previsto en el ordenamiento sustantivo (art. 72 inc. 2° del Código Penal). Por lo expuesto mi propuesta se enmarca en homologar el decisorio examinado, resaltando que la primera instancia o eventualmente un tribunal de otra etapa podrán concretar las medidas requeridas por la defensa pues tienden a verificar si las manifestaciones de G. son producto de su total y libre voluntad (art. 199 y ccds. del Código Procesal Penal de la Nación). En mérito a lo expuesto, voto por convalidar el auto que rechazó el planteo defensorista para continuar con el avance de la investigación.". Cabe señalar que si bien su voto fue en minoría, los otros dos magistrados se expidieron del siguiente modo:*

El Dr. Julio Marcelo Lucini entendió que: *“La irrupción del Estado con su pretensión punitiva no es prioritaria si la víctima expresamente no la solicita, salvo que las características de la situación permitan inferir que su determinación se ve afectada y no es libre.- Potencialmente se vislumbra un riesgo que afecta su integridad –psíquica o física- y así se ve excedido el marco de intimidad en que se veía protegida y autoriza, que en garantía de ‘un interés público’ que la involucra la acción pueda ser ejercida de manera oficiosa.- Si no se verifica una situación particularmente grave que afecte -aún mínimamente- esa determinación debe respetarse la libertad que la víctima tiene en adoptar la vía penal -como última ratio- para solucionar el conflicto que denuncia a la autoridad.- Ello de modo alguno impide que sea abordado de manera interdisciplinaria y con todas las posibilidades ciertas de su solución con particular protección de la eventual accionante.- En este supuesto la damnificada debidamente instruida ‘no instó la acción’, es decir que hizo reserva de ello hasta considerarlo oportuno, criterio que mantuvo en el tiempo y que no puede luego ser equiparado con un desistimiento.- Debe aceptarse entonces, en el marco de libertad que prevalece en toda decisión que la víctima tiene derecho a entender que el derecho penal se presenta como una opción más a la que tiene derecho a acudir y que se la podría suplir cuando la gravedad del caso lo justifique.”*

Sin embargo, personalmente considero que el magistrado ha olvidado que siendo la Ley Nº 26.485 de orden público, conforme se vio más arriba, aparecen ínsitas las razones de seguridad e interés público. No quedan dudas en cuanto a que *“...El concepto de seguridad pública ha sido explicado por la doctrina como sinónimo de ‘seguridad común’ o, en su sentido más amplio, como ‘resguardo o protección de la colectividad’ ... en tanto esas lesiones hayan de algún modo vulnerado los bienes antedichos, trascendiendo el interés individual y poniendo en riesgo concreto o comprometiendo un bien útil o necesario para la comunidad,*

corresponde actuar oficiosamente.” (Baigún, David - Zafarroni, Raúl “Código Penal y Normas Complementarias”, Tomo 2B, Pág. 394 y ss., 2da. Edición, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007).

De todos modos el magistrado resolvió que *“...la instancia de la acción es necesaria en todos los casos de violencia doméstica, salvo aquéllos que justificadamente evidencien razones para que el representante del Ministerio Público supla tal voluntad. Una vez promovida la acción por el ofendido, el delito pasa a ser de acción pública y, por lo tanto, el desistimiento que aquél posteriormente pretendiera efectuar sólo puede incidir en la ponderación de los elementos de cargo y el descargo del imputado, mas no en su renuncia.”*, en realidad consideró que correspondían realizarse *“...las medidas de prueba que propone la defensa en su escrito de fs. 1/4 y por el fiscal a fs. 6/8...”*.

Y de idéntico modo lo hizo el Dr. Ricardo Matías Pinto por entender que los hechos no resultaban claros a la luz del testimonio de la víctima. Señaló textualmente que *“Sin embargo esta descripción del dictamen Fiscal no concuerda en forma precisa con la denuncia de fs. 5/6 en la cual se advierte que la denunciante expuso que el día 21 de noviembre de 2012 el imputado la habría agarrado de su brazo, empujado y lesionado, y que en ese contexto la habría amedrentado expresándole que tome sus pertenencias y se retire, para luego golpear la pared y expresar ‘andate vos que andas en la calle’. La entidad de estas frases no permiten descartar en forma nítida que hubieran sido amedrentantes con entidad para afectar la libertad personal de la damnificada, y a su vez la forma poco clara y precisa de la defectuosa redacción del acta confeccionada por la O.V.D. afecta la posibilidad de comprender cuáles son los hechos a investigar. Por estos motivos, al no quedar claro si existe un concurso real o ideal entre el delito de acción pública, las amenazas, y el de lesiones leves que depende de instancia privada no es posible expedirse en forma definitiva*

respecto de la cuestión postulada que impediría proseguir con la pesquisa. Por estas razones es indispensable que se amplíe el testimonio de la víctima para aclarar esta cuestión y poder definir el planteo en relación al delito que depende de instancia privada. A su vez es prudente enviar testimonios de la presente a la Sra. Directora de la O.V.D. para que tome debido conocimiento a fin de evitar estas situaciones que llevan a reiterar la citación de las mujeres víctimas de delitos en función de las prescripciones de la ley de Protección Integral de las Mujeres. Así voto.”.

En síntesis, en esta ocasión el Dr. Filozof votó en minoría; pero, **en pleno, esa misma Sala**, en la causa 1601/12 “C. C., O. H.”, con fecha 15 de noviembre de 2012, resolvió favorablemente, sorteando el obstáculo de la obligatoriedad que la víctima inste la acción penal por entender que el caso así lo ameritaba, dándose en consecuencia razones de seguridad e interés público, por tratarse de un supuesto de violencia doméstica donde la damnificada cursaba un embarazo de siete meses *y que según los galenos que la entrevistaron intentaba negar la seriedad de los hechos, observándose mecanismos característicos de víctima como de victimarios: justificación, naturalización, minimización y negación. Sobre esa base, se rechazó un planteo de la misma índole al que ahora nos ocupa.*

En definitiva, a mi entender, cualquier caso de violencia contra la mujer que encuadre en las previsiones de la Ley N° 26.485 como constitutivas del delito de lesiones, impone la obligación de promover el sumario penal, pues, el requisito previo de la denuncia del agraviado que se exige en las lesiones leves (en función del artículo 72, inciso 2º, Cpn.) cede frente al carácter de orden público que reviste la Ley de Protección Integral a las Mujeres.

Adviértase que cuando se tratare de violencia sexual, cuya acción también es dependiente de instancia privada [conf. artículo 72, inciso 1º, Cpn, con la salvedad que la víctima fuere un menor “*que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo*

cometiere contra él uno de sus ascendientes, tutor o guardador”], el artículo 24, inciso d, de la Ley N° 26.485 dispone expresamente que *“En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando la misma fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en VEINTICUATRO (24) horas. La autoridad judicial competente tomará los recaudos necesarios para evitar que la causa tome estado público.”*; obviamente, debido a que se pretende proteger la intimidad personal de la damnificada. En consecuencia, en este último caso corresponderá que la autoridad judicial que recepte la denuncia, en función de los dispuesto por la ley (26.485) en sus artículos 3º, inciso g., (*Recibir información y asesoramiento adecuado*) y 16, inciso f., (*derecho a la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones*), le informe a la víctima acerca del derecho que le asiste de instar (o no) la acción penal.

11. Los delitos de abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público.

a. Voy a tratar de ser conciso porque los delitos que inician este Capítulo son claros en sus modos de comisión, muchísimo más sencillos que lo escrito por la doctrina en orden a los delitos de abandono de persona, injuria, hurto simple, y usurpación, entre muchos otros.

b. La Ley N° 26.733 modificatoria del artículo 77 del Código penal reza: *Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas: Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.*

Además, el Código de Ética de la Función Pública (Decreto N° 41/99) dispone:

ARTICULO 2°. *FUNCION PÚBLICA.* A los efectos del presente Código, se entiende por "función pública" toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona humana en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

ARTICULO 3°. *FUNCIONARIO PÚBLICO.* A los efectos del presente Código, se entiende por "funcionario público" cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. A tales efectos, los términos 'funcionarios', 'servidor', 'agente', 'oficial' o 'empleado' se consideran sinónimos.

A su turno, la Ley N° 25.188 (ÉTICA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA) establece:

Artículo 1°. "La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.";

Artículo 2°. "Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno;

c) *Velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular*”;

Artículo 3°. *“Todos los sujetos comprendidos en el artículo 1º deberán observar como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones. Si así no lo hicieren serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función.”.*

c. En el capítulo IV del título de los delitos contra la Administración Pública, el Código penal castiga los abusos de autoridad provocados por funcionarios públicos que con sus actos u omisiones quebrantan la ley provocando una lesión al bien jurídico tutelado que es la administración pública. Específicamente, estos delitos persiguen garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo, cuyas violaciones no son castigadas por otras disposiciones legales (Manzini; Cámara Federal de la Capital, *L.L.*, t. 89, pág. 408).

Veamos qué castigan los artículos 248 y 249 del Código penal:

Dispone el artículo 248 que: *“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.”*

Establece el artículo 249 del mismo Código: *“Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.”*

Para una correcta interpretación de esta norma, es preciso no perder de vista el modo como estaba legislado en el *Proyecto de 1891* y en los antecedentes que en él se invocan, la materia que constituye los actuales artículos 248 y 249. En el citado proyecto se contemplan en un artículo, el 292, los supuestos de dictar resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes o mantener las existentes pudiendo derogarlas, en tanto que en el artículo siguiente aparecía la omisión o el retardo de algún acto de oficio.

A su turno, el *Proyecto de 1906* agregó al artículo que prevé el abuso de autoridad genérico el supuesto de no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario y la omisión de deberes quedó prevista en el artículo siguiente. Éste fue el sistema que pasó al Código vigente, y de este modo, en los artículos se contemplan conductas positivas y omisivas por las que un funcionario dicta o ejecuta una resolución en contra de normas legales o deja de hacer un acto de oficio.

La distinción entre una y otra figura, ha sido hecha por la Cámara del Crimen de la Capital sobre la base de que los supuestos del **artículo 248 se refieren a la violación o incumplimiento de disposiciones expresas de un texto legal**, en tanto que los del artículo 249 comprenden el incumplimiento de las funciones administrativas del cargo (*Fallos*, t. 2, pág. 467, *id.*, Suprema Corte de Tucumán, *L.L.*, t. 37, pág. 727; Soler, *Derecho Penal argentino*, T. V, parág. 140, III, el artículo 249 tutela el desenvolvimiento normal y diligente de la administración; Manigot, *Código Penal*, nota 1591).

❖ El artículo 248 Cpn. prevé tres formas típicas en las que un funcionario público puede cometer abuso de autoridad: **dictando** resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales; **ejecutando** órdenes o resoluciones de esa clase existentes; o **no ejecutando las leyes cuyo cumplimiento le incumbe**.

En relación a esas conductas, todas ellas contemplan un despliegue arbitrario en la función, contrariando lo que constitucional o legalmente es lo debido y obligatorio. Debe quedar claro, que el abuso de autoridad no es una extralimitación funcional en el sentido extensivo, sino que es un mal uso de la autoridad dentro de la propia función; es cuando el funcionario emplea la autoridad recibida para violar la Constitución o las leyes. Y no es una simple irregularidad administrativa que podría corregirse con una sanción disciplinaria, sino de un proceder que denota un desprecio por las leyes que debe cumplir, precisamente, por la función que desempeña. Además, **no se trata de un simple apartamiento a las formas legales, sino una flagrante y evidente violación a uno o más textos legales que a dicho funcionario le compete, más que a nadie, cumplir y hacer cumplir a rajatabla.**

Afirma Donna en relación a la conducta analizada que en cuanto a la no ejecución de leyes cuyo cumplimiento le incumbe, sigue siendo válido el criterio antes enunciado, que consiste en **omitir cumplir con la ley (...)** Se trata de una omisión por inobservancia de la ley, esto es no hacer, no ejecutar, no cumplir lo que la ley manda expresamente hacer al funcionario dentro de su autoridad funcional (...). En definitiva, es una forma de omisión impropia, ya que **el funcionario está obligado a cumplir con la ley, de manera que tiene en este caso una posición de garantía que surge de la calidad de funcionario, que por otra parte especializa el delito** (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, página 166 y ss.).

Por su parte, Creus y Buompadre señalan respecto al mismo asunto que la tercera forma **castiga la conducta omisiva de no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario (...)** aquí el abuso consiste en la **decisión de no ejecutar la ley, es decir, de no aplicarla, prescindiendo de ella como si no existiera** (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, páginas 264/265).

Algo más que hay que saber, previo al inicio del tema que habré de desarrollar: el abuso de autoridad del artículo 248 Cpn. debe, pues, concretarse en alguna de esas conductas que violen las constituciones o una ley. Se trata aquí de la ley en sentido formal, de modo que no configura el delito la violación de disposiciones reglamentarias u órdenes superiores (Cámara Federal de la Capital, L.L., t. 89, pág. 408; Supremo Tribunal de Misiones, L.L., t. 107, pág. 368).

El delito se consuma con la acción o la omisión, según se trate de dictar o ejecutar resoluciones u órdenes, **o de no ejecutar las leyes**, sin que se requiera la producción de daño ni provecho alguno. Precisamente es ésta la característica del abuso genérico de autoridad. Y no es admisible tentativa (Maggiore, Derecho Penal, Vol. III, pág. 213).

Sentado lo expuesto, se advierte con facilidad que los profesionales de la salud y sus colaboradores que desempeñan sus tareas en un hospital estatal (nacional, provincial o municipal) son funcionarios públicos y, por tanto, cualquier proceder en los términos que indica el artículo 248 Cpn, resulta auto penalmente responsable del delito de abuso de autoridad.

Así pues, los médicos o sus colaboradores que llevan prácticas violentas contra la mujer en proceso de pre o post parto, bajo la modalidad de violencia obstétrica, omiten cumplir, es decir, incumplen, sin dudas, las Leyes N° 25.929 (parto humanizado), N° 26.485 (protección integral a las mujeres -de orden público-) y N° 26.520 (derechos del paciente), y la totalidad de los instrumentos internacionales con jerarquía *supralegal* (artículo 31, CN) ratificados por nuestro país, en todo lo atinente al derecho a la salud, a los derechos del niño, a la eliminación de toda violencia contra la mujer, a la protección familiar, a la libertad reproductiva, a la igualdad de género, etcétera. Y, además, violentan las leyes que en cada jurisdicción nacional, provincial o municipal, determinan las reglas para el ejercicio de la medicina y actividades auxiliares.

No hay modo de sostener que un profesional médico o auxiliar que ha estudiado y específicamente desempeña funciones en un servicio de salud especializado en la atención a la mujer embarazada y al neonato, realicen prácticas que se califican bajo la modalidad de violencia obstétrica, en los términos que la define el artículo 6º, inciso e.), de la Ley nº 26.485, en función de los derechos que consagra la Ley Nº 25.929 y actúen, por ejemplo, negando información a la madre, dispensando un trato cruel y deshumanizado, provocando cesáreas innecesarias, separando sin razón al binomio madre-hijo, excluyendo a la persona de confianza elegida por la mujer para asistirle en el proceso de parto, sin conocer que todas esas vejaciones se encuentran castigadas por la legislación vigente y están expresamente prohibidas.

En definitiva, esos profesionales y sus auxiliares, funcionarios públicos, que trabajan en hospitales estatales no ejecutaron las leyes cuyo cumplimiento les incumben, de tal suerte que se encuentran incurso en el delito de abuso de autoridad que describe, como se vio, el artículo 248 de nuestro Código penal.

Y si bien no se desconoce que se trata de un delito doloso, es decir, se realiza la acción con intención de llevar adelante esa conducta, en desprecio de la leyes que debe obedecer pero que incumple, nadie más que ese médico o auxiliar, en los momentos previos, durante y después del parto, tienen el dominio del hecho que exige la figura, por ser, precisamente, por haber sido los profesionales convocados al efecto, en el marco de las competencias que les son propias por sus conocimientos académicos en la materia. Sin embargo, pese a tener el “dominio del hecho” y un universo de facultades de actuación, llevaron adelante esas prácticas aberrantes sin intención de interrumpirlas o detenerlas a fin de no provocar el hecho dañoso con graves secuelas en la salud física y psíquica de la madre; también del recién nacido.

De fundamental importancia resulta comprender que la figura del abuso de autoridad (248) de la que se analizará seguidamente, es decir, el incumplimiento de los deberes de funcionario público (249) que consiste en omitir el funcionario algún acto de su oficio, la Cámara del Crimen de la Capital ha interpretado que los supuestos del artículo 248 se refieren a la **violación e incumplimiento de disposiciones expresas de un texto legal**, en tanto que los del artículo 249 comprenden el **incumplimiento de las funciones administrativas del oficio** (Fallos, t. 2, pág. 467 y Sala 1ª, causa 11.493, "Peña, Héctor", del 16/X/1970; en el mismo sentido la Suprema Corte de Tucumán, L.L., t. 37, pág. 727; Soler, Derecho Penal argentino, t. V, pág. 140; Manigot, Código Penal, nota 1591; Creus, Derecho Penal. Parte especial, t. 2, pág. 253; Breglia Arias - Gauna, Código Penal, t. II, pág. 607).

❖ En el artículo 249 Cpn. que castiga al *funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio*, se advierte con claridad que la acción consiste en *omitir, rehusar hacer o retardar* algún acto propio de las funciones. Los verbos empleados para definir el hecho denotan que se trata de un delito de pura omisión.

Omitir es no hacer; *rehusar hacer* es, además, negarse, de modo que para este supuesto es necesario que haya habido una interpelación legítima en determinado sentido, y *retardar* es no hacer a su debido tiempo. **La consumación tiene lugar con el acto omisivo, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna.**

Nadie ignora que se trata de un delito doloso, es decir, que requiere la exigencia de una omisión *ilegal*, siendo, por tanto, atípicas las formas culposas; sin embargo el dolo se integra con el conocimiento del daño que podría provocar esa desidia y aun así continúa y persiste en su obrar omisivo, razón por la cual admite el dolo eventual. En síntesis: las consecuencias de la acción que están fuera del

propósito perseguido (indirectas) pueden producirse o no; no es requisito la causación de un daño. Por ello se sostiene que el dolo eventual es el escalón más bajo de la culpabilidad dolosa, y exige por parte del autor la previsión de la posibilidad del resultado y el asentimiento en él.

Algo más: el objeto de la omisión es un acto de su oficio, dice la disposición legal; es decir, actos propios de la función, de donde resulta con toda claridad que sólo puede ser autor un funcionario público y que, además, debe tener la posibilidad fáctica de cumplir el acto propio de su función pero no lo hace, lo ignora y omite cumplir con su deber.

Se vio más arriba que en el abuso de autoridad (248 Cpn.) se castiga la **violación o incumplimiento de disposiciones expresas de un texto legal (ley en sentido formal)**, en tanto que ahora, en el incumplimiento de los deberes de funcionario público (249 Cpn.) se pena, precisamente, **el incumplimiento de las funciones administrativas del cargo**, en su caso, **vinculadas a disposiciones reglamentarias u órdenes superiores** que debe inexorablemente obedecer para no resentir a la administración pública que es el bien jurídico que el Código tutela, con la finalidad de garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo, cuyas violaciones no son castigadas por otras disposiciones legales.

En el caso particular de la violencia obstétrica, no sólo se violentan los derechos ya mencionados *supra* que reconoce, entre otras, la Ley N° 25.929, sino que, además, se omiten actos propios de la profesión que deben cumplir y que han sido debidamente reglados; por ejemplo, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (COMRA), en especial sus artículos 2, 3, 7, 17, 104, 107, 113 y cc.; el Código de Ética para el Equipo de Salud, 2da. Edición, elaborado por la Asociación Médica Argentina, en colaboración con la Sociedad de Ética en Medicina, en particular, sus artículos 11, 18, 19, 20, 22, 89, 91, 100,

122, 573, inciso b) y 574; así como, en general, las disposiciones del Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM Londres, Inglaterra, octubre 1949.

Téngase presente que la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), elaboró la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. En su Capítulo “*La Mujer y la Salud. Medidas que han de adoptarse.*”, se indica en su punto 106. g) que los Estados partes deben **“Asegurarse que todos los servicios y trabajadores relacionados con la atención de salud respetan los derechos humanos y siguen normas éticas, profesionales y no sexistas a la hora de prestar servicios a la mujer, para lo cual se debe contar con el consentimiento responsable, voluntario y bien fundado de ésta. Alentar la preparación, aplicación y divulgación de códigos de ética orientados por los códigos internacionales de ética médica al igual que por los principios éticos que rigen a otros profesionales de la salud; h) Adoptar todas las medidas necesarias para acabar con las intervenciones médicas perjudiciales para la salud, innecesarias desde un punto de vista médico o coercitivas y con los tratamientos inadecuados o la administración excesiva de medicamentos a la mujer, y hacer que todas las mujeres dispongan de información completa sobre las posibilidades que se les ofrecen, incluidos los beneficios y efectos secundarios posibles, por personal debidamente capacitado.”**

Conforme hice referencia *supra*, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (COMRA) señala:

ARTÍCULO 2°. *Los deberes que impone este Código obligan a todos los médicos en el ejercicio de su profesión, cualquiera que sea la modalidad en que la practiquen.*

ARTÍCULO 17°. **El médico evitará en sus actos, gestos y palabras, todo lo que pueda obrar desfavorablemente en el ánimo del enfermo y deprimirlo o alarmarlo sin necesidad (...).**

ARTÍCULO 104°. **Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad humana y científica.** El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional y se compromete a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance.

ARTÍCULO 113°. **El ejercicio de la Medicina es un servicio basado en el conocimiento científico, en la destreza técnica y en actitudes éticas,** cuyo mantenimiento y actualización son un deber individual del médico y un compromiso de todas las organizaciones y autoridades que intervienen en la regulación de la profesión.

Y dos artículos son de suma importancia, toda vez si bien el **artículo 3º** refiere que el incumplimiento del Código Ético se considera falta disciplinaria, nada dice acerca del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, ello obedece, obviamente, a que no todos los médicos revisten esa calidad. Sin embargo, en el **artículo 107** deja expresa constancia que cada profesional es responsable penalmente por sus actos y no sólo por cuestiones vinculadas a la mala praxis.

Véase.

ARTÍCULO 3°. **El incumplimiento de alguna de las normas de este Código supone incurrir en falta disciplinaria, cuya corrección se hará a través de los procedimientos normativos establecidos.**

ARTÍCULO 107°. **El médico es éticamente responsable de sus actos médicos en los siguientes casos: a) Cuando comete delitos contra el derecho común. b)**

Cuando por negligencia, impericia, ignorancia o abandono inexcusables, causa algún daño.

Y el Código de Ética para el Equipo de Salud, 2da. Edición, elaborado por la Asociación Médica Argentina, **en colaboración con la Sociedad de Ética en Medicina**, dispone:

Artículo 11º. *Los principios fundamentales de la Ética Médica se encuentran enraizados en estas ideas y procedimientos que provienen de la Ética General que regula al resto de la ciudadanía y básicamente pueden ser resumidos de la siguiente forma: Principio de Autonomía: **obligación de respetar la libertad de cada persona para decidir por sí y sobre sí.** Principio de No Maleficencia: obligación de no hacer el mal. Principio de Beneficencia: obligación de hacer con otro aquello que cada uno entiende como bueno para sí. Principio de Justicia: **obligación de la no discriminación o igualdad en el trato.***

Particularmente, en su Capítulo 2, titulado “**De los Derecho Humanos**”, señala que: “*Todas las naciones son miembros de la Organización Mundial de la Salud y han aceptado formalmente La Declaración de los Principios contenidos en su Constitución. La Declaración Universal de Derechos Humanos se ha transformado desde su dictado en “ideal común de todos los pueblos y naciones”.*

Y aclara que: “*En el presente Código se señalarán resumidamente aquellas conductas que el Equipo de Salud debe plantearse en su acción cotidiana en relación con los Derechos Humanos*”.

Artículo 18. *Algunos de los Derechos Humanos son: vida, libertad e igualdad, personalidad jurídica, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de culto, libertad de opinión, honra, paz, derecho de petición, trabajo, libertad de profesión u oficio, libertad de enseñanza y aprendizaje, debido proceso, hábeas corpus, segunda instancia, derecho de asilo, derecho de reunión, libre asociación, sindicalización, participación ciudadana, y otros.*

Artículo 19°. *La defensa de los Derechos Humanos es prioritaria para el Equipo de Salud tanto por ser seres humanos como por la esencia misma de la profesión que han abrazado.*

Artículo 20°. *Los miembros del Equipo de Salud **deben comprometerse con los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los respectivos convenios internacionales vigentes**, que no deben entenderse como exclusión de otros, que siendo inherentes a la persona humana, puedan no figurar expresamente en ellos.*

Artículo 22°. **Configura una grave falta ética** que el miembro del Equipo de Salud indique tratamientos sin la aclaración pertinente y el consentimiento previo del paciente o responsable, salvo en circunstancias de peligro de vida o que limite los derechos del paciente a decidir libremente o promueva mediante engaño la decisión de las personas a aceptar proposiciones conducentes al beneficio de cualquier tipo del propio médico.

Artículo 89°. **Los miembros del Equipo de Salud deben establecer con su paciente una relación de lealtad, decoro, respeto, comprensión y tolerancia**, debiendo conducir el interrogatorio, el examen clínico y las indicaciones diagnósticas y terapéuticas, dentro de las más estrictas consideraciones morales de la dignidad humana, **sin discriminación por causa alguna**.

Artículo 91°. **Constituye grave falta ética** la atención apresurada, la ausencia de examen clínico, así como de las explicaciones que den respuesta a la inquietud del enfermo o sus familiares. La invocación de falta de tiempo por el número de pacientes que se debe asistir o la remuneración que se obtiene por cada uno de ellos, no constituye causal que lo exima de su deber ético.

Artículo 100. **Constituye grave falta ética** la aplicación de procedimientos que requieren de la decisión personal del enfermo, sin que ésta haya sido recabada

tanto sean diagnósticas o terapéuticas y especialmente en instancias relacionadas con el comienzo y la finalización de la vida.

Artículo 122. **Los miembros del Equipo de Salud deben comprometerse en la Gestión de Calidad, desarrollada en base al principio enunciado por la OMS sobre el derecho de cada ser humano para lograr “el más alto nivel de salud que sea posible alcanzar”**, principio que debe incluirse en las leyes de cada país como responsabilidad legal y ética del Estado y de las organizaciones de salud.

Artículo 573. *Los profesionales, técnicos y auxiliares de esta profesión deben prestar sus servicios en las siguientes condiciones: Inc. Inc. b) Respetando la dignidad de persona que le es ínsita.*

Artículo 574. *Debe velar por la tranquilidad y seguridad del paciente, tratar de aliviar sus sufrimientos y cooperar con los familiares en los requerimientos razonables de éstos. Es contrario a la ética propiciar o colaborar a la eutanasia activa.*

En definitiva, no hay dudas en cuanto a que los médicos y sus colaboradores y auxiliares que participen en el marco de su actividad profesional cumpliendo funciones públicas (por ejemplo, hospitales estatales), ejerciendo actos de violencia contra las mujeres, por caso, bajo la modalidad de violencia obstétrica, han infringido cada una de las normas que enuncian los Códigos de Ética nacionales e internacionales. En consecuencia, habrán incurrido en el delito que prevé y reprime el artículo 249 del Código penal.

12. El Defensor del Pueblo. La Ley Nº 24.284. Obligación de denunciar.

El artículo 26 de la Ley Nº 24.284 establece: *"Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias a su cargo, tenga conocimiento de hechos presumiblemente delictivos de acción pública, los debe comunicar de inmediato al Procurador General de la Nación. Este deberá informar en cualquier*

caso y de manera periódica al Defensor del Pueblo o cuando esté lo solicite el estado en que se hallan las actuaciones promovidas por su intermedio."

La citada norma no viene más que a complementar lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimientos Penal (Ley N° 23.984). Dicho artículo, en su inciso primero, señala la obligación de denunciar que pesa sobre todo funcionario público. Es importante precisar que la facultad de denunciar *"...se torna como consecuencia de la calidad de 'autoridad o empleado público' del agente, en su deber; pero es necesario para que éste exista, que el conocimiento del hecho delictuoso provenga como derivación del ejercicio de sus funciones, o sea debe existir una relación de conexidad entre el hecho considerado ilícito y la función pública del sujeto..."*. ("Código de Procedimientos en Materia Penal, comentado y anotado", Seyahian-Daray-Rodríguez, Pensamiento Jurídico Editora, 1979, Libro II, pág. 27).

Además, *"...En materia de funcionarios públicos, el artículo 177.1 precisa el alcance limitatorio de la obligación, pues solamente deberán hacerlo cuando hayan tomado conocimiento del hecho u omisión en el ejercicio de sus funciones; mientras está desempeñando una actividad propia del cargo"* ("Cómo es el Nuevo Proceso Penal", Luis Darritchon, Abeledo Perrot, 1992, L. 2, pág. 38).

Y a ello se suma el artículo 277, inciso 6° del Código penal que castiga la omisión de denuncia; concretamente, dicha figura delictiva consiste en dejar de comunicar a la autoridad -cuando se estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo- las noticias que se tuvieren acerca de la comisión algún delito.

La relación entre dichas normas advierte que, por su virtud, se establece una excepción a la facultad de denunciar -denuncia voluntaria- para imponer respecto de los sujetos señalados -denuncia obligatoria-; es decir, el anoticiamiento conforme a la ley procesal se convierte en obligatorio cuando quien ha tomado conocimiento del hecho es una autoridad o un empleado público. (Sebastián

Soler, Derecho Penal Argentino, T. V. pág. 292, edición 1951; Ricardo Nuñez, Derecho Penal, T III, págs. 37 y ss.).

La formulación de la denuncia procede cuando se tienen elementos suficientes como para sospechar que se ha cometido un delito; de manera alguna requiere la certeza apodíctica de que el hecho exista y que sea delictuoso. Basta con que el hecho ofrezca las características externas de un delito para que, en el supuesto de denuncia impuesta u obligatoria, surge el deber de formularla (Millán, “El delito de encubrimiento”, Bs. As., 1970, pág. 111). Y agrega que la omisión de denuncia por cualquiera de los funcionarios de la escala jerárquica que haya percibido un hecho presumiblemente delictuoso puede hacerlo incurrir en el hecho previsto y reprimido por el art. 277 del Código Penal (inc. 6º). El conocimiento debe ser el *propter officium*, es decir con motivo del ejercicio de sus funciones y al tiempo de practicarlas; si lo que debe hacerse es denunciar, resulta innegable que debe hacérselo inmediatamente (págs. 114 y 117).

Ahora bien, conforme se ha visto en los Capítulos anteriores, la violencia obstétrica o, si se quiere, las acciones llevadas adelante por el personal de la salud en franca violación a lo dispuesto por la Ley Nº 25.929 y su reglamentación (Decreto Nº 2035/2015) podrían constituir “*prima facie*” el delito de lesiones que reprimen los artículos 89, 90, 91, quizás con el agravante del artículo 92, del Código penal, así como, para el supuesto que sus autores fueren empleados públicos, también se hallarían incursos en las previsiones de los artículos 248 / 249 del mismo Código, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias pertinentes.

En consecuencia, y conforme se verá a renglón seguido, considero que, en virtud de los preceptos legales y la doctrina imperante en la materia, correspondería que el Defensor del Pueblo de la Nación remitiera los antecedentes al señor Procurador General de la Nación, en función de la clara disposición vigente del artículo 26 de la Ley Nº 24.284.

Véase.

No ignoro que se trata de delitos dolosos y, además, en el caso de darse un supuesto de violencia contra la mujer o de género, corresponderá su comprobación, razones suficientes entonces para enviarlos al Procurador General a los fines de que dictamine y evalúe si en esos casos, se configurado ilícito penal. La obligación legal del señor Defensor del Pueblo, a la luz de lo preceptuado por el artículo 26 de la Ley 24.284, es poner en conocimiento de aquel funcionario hechos “*presumiblemente*” delictivos. Adviértase que la Ley no dice que “*puede*” sino “**debe**” comunicar de inmediato al Procurador General de la Nación. Y así corresponde proceder, pues, surgirá de la investigación si los profesionales de la salud o sus colaboradores involucrados actuaron en franca violación a normas legales nacionales e internacionales que rigen el derecho a la salud y el parto humanizado, y que castigan toda forma de violencia contra la mujer y la discriminación, más allá de las infracciones penales aludidas en concreto.

En la 1ª Reunión de la 1ª Sesión de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, celebrada el 11 de marzo de 2009, se discutieron las razones por las que no incluían otro tipo de sanciones o más severas, así como también, conforme palabras de la Diputada por la provincia de Buenos Aires Marcela Virginia Rodríguez, “*La no incorporación de sanciones para las distintas modalidades de violencia que se definen constituye hasta una contradicción en los términos del título de la ley. Sólo limita en algunos casos las sanciones; por ejemplo, el procedimiento es inútil para abordar muchas de las modalidades, dado que no sirve para abordar la violencia institucional, la laboral, la obstétrica o la mediática, entre otras.*”.

Y sostengo que le asiste razón a la señora Diputada, si se atiende al texto del artículo 26 que dispone cuáles podrían ser las medidas preventivas urgentes a

tomar por el juez. Véanse: ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia; ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer; ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos; prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión; ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer; etcétera.

Cabe preguntarse entonces qué practicidad pueden tener esas medidas frente a un caso de violencia mediática, institucional u obstétrica. Respecto de esta última cuál será la utilidad de ordenarle al profesional de la salud (una vez violentado alguno de los derechos que le reconoce la Ley N° 25.929), que no se acerque al domicilio de la víctima, que cese en sus actos de agresión, que le restituya efectos personales o prohibirle que compre armas.

Y, además, conforme indica el artículo 32 de la Ley N° 26.485, que frente al incumplimiento de las medidas preventivas, el juez pueda sancionar al infractor: con una advertencia, un llamado de atención o comunicando los hechos de violencia a su lugar de trabajo, es decir, ni más ni menos, que al nosocomio donde realizó los actos de violencia obstétrica.

Sin embargo, todo ello tiene su razón de ser porque la Ley fue diseñada para los casos mal llamados de violencia doméstica, en realidad, violencia intrafamiliar; y así entonces sí tienen sentido sus normas, siempre que esa violencia se exteriorice en actos que dañen su integridad económica limitando sus recursos económicos e ingresos, o, que sin llegar a la violencia corporal, la hostilidad de los actos del agresor hicieren presumir que podría estar en peligro su vida. En verdad, la violencia física, psicológica y sexual (artículo 5º, incisos 1, 2, y 3)

constituyen delitos penales (conforme se vio en el Capítulo pertinente); y lo mismo opino respecto de la violencia patrimonial que expresa el artículo 5º en el inciso 4, apartados a. y b.

Por esa razón, la Ley al referirse a los procedimientos administrativos (no judiciales) ordena en su artículo 18 que *Las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.*

Y no ha sido un error de redacción la obligación de denunciarlos aunque **no** constituyan delito (como se discutió en el Congreso Nacional), precisamente, porque verdaderamente existen acciones de violencia contra la mujer que no se encuentran tipificadas en el Código penal. Pero los que sí están previstos en él deben ser puestos en conocimiento de la Justicia. Y así lo ordena el artículo 24, inciso 2, de la citada ley, en los siguientes términos: ***La denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito.***

En definitiva, la Ley N° 26.485 es clara en su redacción y en su *ratio legis*, sólo que hay que interpretarla de manera integral, leyendo su texto y sus entrelíneas, y cuando sus actos de violencia, por ejemplo, en la obstétrica, en los términos de la Ley N° 25.929, van más allá de brindar información incompleta (artículo 3º, incisos a., e., i., j. y k., o negando el contacto madre-hijo (inciso h.), o dispensando un trato irrespetuoso (inciso b.), entonces no habrá necesidad de denunciar los

hechos penalmente; sin embargo, en los supuestos, insisto, de violencia física, psíquica o sexual, deberá procederse de manera inmediata y diligente. Respecto de la violencia sexual, he efectuado las reservas en capítulos anteriores.

Resulta sumamente interesante lo que señala, en su sitio *web*, el Observatorio de Violencia contra las Mujeres (artículo 12, Ley N° 26.485) que actúa en el ámbito del Consejo Nacional de las Mujeres (artículo 8 de la misma ley):

La Ley [26.485] referencia la Violencia contra la Libertad Reproductiva y la Violencia Obstétrica como modalidades (art. 6), entendiéndolas como formas en las que se manifiestan los distintos tipos de violencia. Aquí entendemos la modalidad en tanto ámbito en el que se ejercen los distintos tipos de violencia. Por ese motivo la Violencia contra la Libertad Reproductiva y la Violencia Obstétrica son considerados tipos de violencia para los fines analíticos del Observatorio.

Y en ese aspecto incluye a la violencia contra la libertad reproductiva dentro de la violencia doméstica y la violencia institucional, mientras que a violencia obstétrica la integra únicamente dentro de la violencia institucional.

Y esa institucionalización es la que debe ser erradica porque no se trata del desapego de un médico o su colaborador que de manera aislada desconocen los derechos de la mujer en los términos de la Ley N° 25.929, sino de una mala costumbre enquistada en todos los estamentos del sistema sanitario. Por tanto, la formulación de la denuncia penal en orden a los delitos que aquí se han descrito servirá como piedra basal para que se comprenda de una buena vez que la violencia obstétrica es algo más que una modalidad, entre otras, de violencia contra la mujer; sencillamente, su práctica constituye un ilícito penal.

Claramente el artículo 41 de la Ley N° 26.485 establece que no crea nuevos tipos penales, como, por ejemplo, existe el delito de violencia obstétrica en el Código

Penal de Veracruz; pero utilicemos los vigentes si esas conductas violentas se encuentran descriptas en nuestro Código.

En consecuencia, la gravedad de las hipótesis descriptas y la afectación directa de los derechos humanos que se ven amenazados por el desapego de quienes ejercen en ámbito público y privado la atención de la salud, ameritan, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 177.1, 181, 210, párrafo 2º, 212 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación, y en función de la previsión del artículo 26 de la Ley 24.284, anunciar de los sucesos al señor Procurador General de la Nación.

13. Ley N° 25.929. Falta grave. Sanciones.

La Ley N° 25.929 de Salud Pública (*parto humanizado*) dispone en su artículo 1º que *será de aplicación tanto en el ámbito público como privado de la atención de la salud en el territorio de la Nación.*

El incumplimiento de los derechos reconocidos a la madre (artículo 3º), a la persona recién nacida (artículo 4º) y a ambos progenitores (artículo 4º), será considerado falta grave. Precisamente, su artículo 6º indica que:

El incumplimiento de las obligaciones emergentes de la presente ley, por parte de las obras sociales y entidades de medicina prepaga, como así también el incumplimiento por parte de los profesionales de la salud y sus colaboradores y de las instituciones en que éstos presten servicios, será considerado falta grave a los fines sancionatorios, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder.

Y su reglamentación establece que: *Las prescripciones contenidas en el artículo 6º de la Ley N° 25.929 deberán ser interpretadas y aplicadas en los términos de las Leyes N° 23.660, N° 23.661, N° 26.061, N° 26.529, N° 26.485, N° 26.682, y N° 26.743, normas reglamentarias, complementarias y concordantes.*

A modo ilustrativo, informo que esas normas que cite la reglamentación son las siguientes: **23.660**: obra sociales; **23.661**: sistema nacional del sistema de salud; **26.061**: protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; **26.529**: derechos del paciente; **26.485**: protección integral a las mujeres; **26.682**: marco regulatorio de medicina prepaga **26.743**: identidad de género.

❖ Transcritas las normas, adelanto opinión, en función de lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley Nº 25.929 y su reglamentación, que corresponderá, para el caso de **los profesionales de la salud y sus colaboradores que presten servicios en hospitales públicos** nacionales, provinciales o municipales, poner los hechos de violencia obstétrica que se conocieren **en conocimiento de la máxima autoridad del nosocomio**, en razón de que la **falta grave** a la que alude el citado artículo 6º, podría importar la cesantía o exoneración del agente y, por tanto, es obligatorio el inicio del pertinente sumario administración, obligación que pesa sobre quienes dirigen esas instituciones públicas.

Y todo ello guarda sustento, a nivel nacional en lo dispuesto por la Ley Nº 25.164 (Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional), en función de los artículos 23, 24, 32, inciso e), y 33, inciso d). Los dos primeros se refieren a los deberes y prohibiciones del empleado público y los restantes, respectivamente, a las causales de cesantía: *Incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24 cuando por la magnitud y **gravedad de la falta** así correspondiere*, y de exoneración: *Violación de las prohibiciones previstas en el artículo 24, por ejemplo, conforme su inciso h) **Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.***

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme lo normado por el artículo 48 del Anexo del Decreto Nº 184/10 rigen similares previsiones, al igual que en el resto de los distritos de nuestro país; particularmente, en la provincia de

Buenos Aires, aplican los artículos 78, 79, 83 y 84 de la Ley N° 10.430 (texto ordenado).

❖ En el **ámbito privado** corresponderá poner los hechos de violencia obstétrica que se conocieren, con relación a **los profesionales de la salud y sus colaboradores, en conocimiento de la máxima autoridad del nosocomio o sanatorio en que éstos presten servicios.**

❖ Y, además, tanto en el ámbito público como privado corresponderá dar noticia de los sucesos a los respectivos Colegios Médicos.

Recuérdese que el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (COMRA), señala en su artículo 3º que: *El incumplimiento de alguna de las normas de este Código supone incurrir en falta disciplinaria, cuya corrección se hará a través de los procedimientos normativos establecidos.*

Y de similar modo se expresa el Código de Ética para el Equipo de Salud, 2da. Edición, elaborado por la Asociación Médica Argentina, **en colaboración con la Sociedad de Ética en Medicina**, particularmente, en sus artículos 22, 89, 91, 100 y cc.

En consecuencia, no hay modo de sostener con seriedad que los hechos de violencia contra la mujer, bajo la modalidad de violencia obstétrica, provocados por los profesionales de la salud y sus auxiliares, en los términos que describe el artículo 6º, inciso e.), de la Ley N° 26.485, no deban ser puesto en conocimiento de los Colegios médicos por violación a los principios éticos que sus normas internas pregonan.

El propio artículo 6º de la Ley N° 25.929 así lo dispone, pues la sanción disciplinaria abarca tanto la que habrá de corresponderle al profesional o sus auxiliares en el ámbito laboral como en el académico.

No puedo dejar de señalar que la reglamentación de la Ley N° 25.929 (Decreto N° 2035/2015, como se vio *supra*, más allá de las Leyes N° 23.660, 23.661, 26.682, y

las importantísimas Leyes N° 26.061, N° 26.485 y N° 26.743, menciona la Ley N° 26.529, es decir, los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Algunos de ellos, en lo que aquí importa, son: a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición; así como a un trato digno y respetuoso con respeto a sus convicciones personales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género. Quiero significar con lo expuesto que un médico o un colaborador que desconozca los derechos del paciente u omite *ex profeso* su ejercicio mediante acciones entorpecedoras o limitantes, debe ser, como mínimo, sancionado disciplinariamente; y por esa razón la reglamentación ha incluido la Ley N° 26.529 dentro del plexo normativo en el que debe ser interpretado el artículo 6° de la Ley N° 25.929.

❖ También considero que los antecedentes, sin importar si se sucedieron en el ámbito público o privado, deben ser puestos en conocimiento del Ministerio de Salud correspondiente a cada jurisdicción donde ocurrieron los hechos.

❖ Pero, sin perjuicio de esa remisión, corresponderá poner los hechos en conocimiento del Ministerio de Salud de la Nación, sin importar si ocurrieron en el ámbito público o privado, así como tampoco su jurisdicción, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto N° 2035/2015, reglamentario de la Ley N° 25.929, teniendo en cuenta que esa cartera de Estado, es la Autoridad de Aplicación de la citada ley, y le corresponde a la Subsecretaría de Medicina Comunitaria, Maternidad e Infancia, dependiente de la Secretaría de Salud Comunitaria, *“...la realización de acciones tendientes a asegurar el cumplimiento de la Ley y la presente reglamentación, así como la coordinación de acciones con los demás organismos nacionales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,*

provinciales, municipales, y de las entidades no gubernamentales, universidades e instituciones académicas...”.

❖ Asimismo, corresponderá poner los hechos de violencia obstétrica que se conocieren, respecto de **las obras sociales y entidades de medicina prepaga**, así como respecto de **las instituciones** en las que los profesionales de la salud y sus colaboradores prestaren servicios, **en conocimiento de la Superintendencia de Servicios de Salud**.

Vale aclarar que la redacción original del proyecto de ley no incluía a las obras sociales, a las entidades de medicina prepaga, ni a las instituciones, habiendo sido su redacción inicial la que sigue: *El incumplimiento de las obligaciones emergentes de la presente ley, por parte de los profesionales de la salud y sus colaboradores, será considerado falta grave a los fines sancionatorios, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder.* Luego, la discusión parlamentaria llevó a esta nueva redacción por considerar de vital importancia su inclusión a los fines sancionatorios.

❖ **Algo más:** en el caso del envío de los antecedentes a las máximas autoridades de los nosocomios privados, deberá hacérseles saber de manera expresa y clara que las remisiones se efectúan por considerarse los hechos un incumplimiento a las previsiones de la Ley N° 25.929 y por tanto **falta grave a los fines sancionatorios**, de conformidad con lo normado por su artículo 6°. Idénticas aclaraciones corresponderá formular a la Superintendencia de Servicios de Salud, respecto de las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y las instituciones en las que los profesionales de la salud involucrados y sus colaboradores prestan servicios; más allá de las funciones que le son propias a esa Superintendencia como organismo de contralor de aquéllas.

Es que, como se vio párrafos arriba, el espíritu del legislador fue claro al modificar el proyecto de ley enviado para su tratamiento, habiéndose decidido y votado en

el recinto del Congreso Nacional, que unas y otras debían ser incluidas en la disposición del artículo 6º, del modo en que fue sancionada la Ley N° 25.929.

14. El delito de violencia obstétrica en México, Venezuela, Costa Rica y Chile.

a. El Código Penal de Veracruz, México, en su artículo 363 establece que comete el delito de violencia obstétrica el personal de salud que:

I. No atienda o no brinde atención oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas;

II. Altere el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer;

III. No obstante existir condiciones para el parto natural, practique el parto por vía de cesárea, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer;

IV. Acose o presione psicológica u ofensivamente a una parturienta, con el fin de inhibir la libre decisión de su maternidad;

V. Sin causa médica justificada, obstaculice el apego del niño o la niña con su madre, mediante la negación a ésta de la posibilidad de cargarle o de amamantarlo inmediatamente después de nacer; y

VI. Aun cuando existan los medios necesarios para la realización del parto vertical, obligue a la mujer a parir acostada sobre su columna y con las piernas levantadas o en forma distinta a la que sea propia de sus usos, costumbres y tradiciones obstétricas.

Las penas oscilan entre tres a seis años de prisión y multa de hasta trescientos días de salario para el caso de las infracciones I, II, III y IV; y para quien incurra en los supuestos de las infracciones IV y V las sanciones van de seis meses a tres años de prisión y multa de hasta doscientos días de salario. Además, si el

sujeto activo del delito fuere funcionario o empleado público, se le impondrá la destitución e inhabilitación hasta por dos años para ejercer otro cargo público.

b. La República Bolivariana de Venezuela, contempla la violencia obstétrica en su Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Su artículo 51 dispone que:

Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en:

- 1. No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas.*
 - 2. Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical.*
 - 3. Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer.*
 - 4. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.*
 - 5. Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.*
- En tales supuestos, el tribunal impondrá al responsable o la responsable, una multa de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.) a quinientas unidades tributarias (500 U.T.), debiendo remitir copia certificada de la sentencia condenatoria definitivamente firme al respectivo colegio profesional o institución gremial, a los fines del procedimiento disciplinario que corresponda.*

c. En la República de Costa Rica se ha presentado ante la Asamblea Legislativa un proyecto de ley para proteger a la mujer embarazada y erradicar la violencia obstétrica. El Diputado Mario Redondo Poveda señala en sus fundamentos que:

Las condiciones y la forma en que las mujeres viven su embarazo y parto tienen gran impacto en sus vidas y la de sus hijos e hijas. Existe una íntima conexión entre el crecimiento del bebé y el estado de la madre, en esa importante etapa la seguridad del bebé y las necesidades de la madre están ligados, por lo que los procesos de atención deben de seguir un modelo de trato oportuno, cálido y técnicamente adecuado, cumpliendo con el objetivo fundamental de la atención del parto: lograr una madre y un bebé en buenas condiciones de salud en todas sus dimensiones.

Debe de reconocerse el cuerpo femenino como un organismo sano, sabio, capaz de reconocer sus necesidades y llevar a buen término el embarazo y el parto, así como valorar los factores de riesgo y detección temprana de problemas, con prácticas útiles y seguras (...);

La violencia obstétrica constituye una violación a diversos derechos humanos de las mujeres y forma parte de una problemática nacional, invisibilizado y poco tratado por las autoridades. En términos de la legislación, las instituciones médicas deben implementar -en su esfera de acción- el modelo de parto humanizado e integrar a su personal en el proceso, así como visibilizar la problemática de la violencia obstétrica y sensibilizar al personal de salud respecto al tema.

La violencia obstétrica, está relacionada con la falta de respeto por la autonomía de las pacientes y su derecho a la información; con la deficiente atención y acceso de las mujeres a servicios de salud reproductiva de calidad, así como con los fallos del sistema social de salud para atenderlas durante el embarazo, el parto y el puerperio (...);

Las diferentes definiciones de violencia obstétrica, al momento de determinar los actos y omisiones que se consideran violatorios y/o abusivos, comparten las siguientes conductas:

1. Omitir la atención oportuna y eficaz de las emergencias obstétricas.
2. Obstaculizar sin causa médica justificada el apego precoz del niño o niña con su madre, negándole la posibilidad de cargarlo y amamantarlo inmediatamente después de nacer.
3. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de las técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.
4. Practicar la cesárea, aun cuando existen condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer, ó en caso contrario, limitar el derecho de la mujer a que se le practique una cesárea cuando el parto natural sea imposible o complicado, poniendo en riesgo tanto la salud de la madre como del bebé.

En el Código Penal debe tipificarse el delito de violencia obstétrica, para lograr un acceso efectivo de las mujeres a una vida libre de violencia. Existen vacíos importantes que deberían atenderse, sólo los casos más extremos de violencia obstétrica se denuncian, e incluso la mayor parte de éstos siguen en la impunidad. Las sanciones administrativas, que representan una alternativa a las sanciones penales, parecen no aplicarse a este tipo de conductas, y no hay un registro detallado de información en términos de las quejas y denuncias por actos que pueden constituir violencia obstétrica y los resultados de los procedimientos.

PROYECTO DE LEY.

Artículo 1°. Objeto.

La presente ley regula los mecanismos para una adecuada protección de las mujeres en estado de embarazo, sus hijos o hijas, procurando garantizar una atención integral de calidad, brindada de forma oportuna, eficaz y eficiente con el fin de evitar muertes o malas prácticas médicas.

Artículo 2°. Atención a la mujer embarazada.

La atención a las mujeres en estado de gravidez deberá ser equitativa, preventiva, periódica, completa y con enfoque de riesgo, de tal manera que pueda brindarse mayor y mejor atención a las mujeres que ostenten mayor necesidad médica.

Artículo 3°. *Requisitos del control prenatal.*

El control prenatal deberá contemplar al menos:

- 1. El diagnóstico de salud del paciente.*
- 2. La evaluación de riesgo del paciente y si esta se mantiene estática o presenta variaciones y el respectivo seguimiento.*
- 3. Visitas al domicilio cuando las condiciones geográficas y la infraestructura de la seguridad social lo permita.*
- 4. Un documento en el cual se estipulen las prácticas que no resultan aconsejables durante el embarazo y aquellas que resulten beneficiosas para la paciente.*
- 5. Asesoría nutricional*
- 6. Indagatoria sobre algún tipo de violencia, sea física, sexual o psicológica.*
- 7. Prevención de infecciones y enfermedades.*
- 8. La referencia respectiva al Departamento de Trabajo Social cuando se detecten factores de riesgo.*

Artículo 4°. *Requisitos de atención pre parto y post parto.*

Con antelación a la atención del parto se deberá estipular en el expediente con letra clara y legible, especificando fecha y hora de atención:

- 1. Fecha de ingreso del paciente*
- 2. Número de semanas embarazo de la paciente*
- 3. El nombre y la firma del médico que atenderá el parto. En caso de que el médico sea distinto se deberá consignar en el expediente respectivo.*
- 4. Si el parto es considerado normal o de alto riesgo*
- 5. Nombre y firma de los funcionarios que atendieron el parto*

6. *Persona que acompaña en el parto. En caso de que no se desee el acompañamiento durante el parto, se deberá de firmar un documento que así lo acredite.*

7. *Con respecto a las prescripciones, deberán justificarse, asimismo cuándo se detecten irregularidades debe dejarse constancia de estas por medio de notas firmadas.*

8. *Deberá dejarse constancia sobre deficiencias, faltas u omisiones en personal, medicamentos y/o equipos.*

Artículo 5°. Personal.

Todo el personal del centro hospitalario deberá de tener un trato cordial, digno y respetuoso hacia sus pacientes. Asimismo, deberá de tener algún tipo de identificación que le permita a los pacientes determinar por quien están siendo atendidos, identificando las responsabilidades individuales de cada médico.

Artículo 6°. Contraloría de Servicios.

Cada centro hospitalario deberá contar con una oficina de contraloría de servicios, la cual deberá de tener personal disponible para trasladarse dentro del recinto hospitalario hasta donde se encuentre ubicado el paciente que desee formular una queja respecto al trato recibido. Las quejas serán atendidas de conformidad con la gravedad del asunto.

Es responsabilidad de cada centro hospitalario fortalecer los sistemas de quejas y campañas de información para las mujeres al interior de los hospitales e instituciones de salud, de forma que las usuarias puedan denunciar prácticas que constituyan violencia obstétrica.

Las quejas canalizadas a través de la Contraloría de Servicios serán trasladadas al jerarca de la institución el cual las deberá tomar en cuenta en la calificación de servicios que le realice al funcionario. Asimismo, el jerarca determinará si la falta es objeto de amonestación o alguna sanción mayor, de conformidad con la

reglamentación interna, debiendo abrir un órgano director en los casos que proceda.

Artículo 7°. Acceso al expediente.

Cuando se presuma violencia obstétrica; y el paciente lo solicite o su autorizado, deberá de facilitársele copia del expediente debidamente foliado, completo y en el plazo máximo de 24 horas. El incumplimiento de esta disposición acarreará responsabilidad disciplinaria para el funcionario.

Artículo 8°. Protocolo en caso de muerte o problemas de nacimiento.

Todo médico o médica tratante, deberá de explicar al paciente en presencia de su acompañante las razones por las cuáles considera que se ha producido la muerte del niño o niña. Asimismo, deberá dejar constancia en el expediente de las causas que produjeron las complicaciones y de que se le brindó el abordaje técnico y especializado adecuado para brindar el apoyo emocional.

Artículo 9°. Capacitación de los funcionarios.

La Caja Costarricense de Seguro Social deberá de realizar periódicamente campañas de sensibilización de sus funcionarios, así como cursos de relaciones humanas, buenas prácticas clínicas y cualquier otro que fomente mejor atención hacia los pacientes.

Artículo 10°. Reforma a la Ley No. 4573

Adiciónese un artículo 380 Bis al Código Penal, Ley No. 4573 del 15 de noviembre de 1970, y sus reformas, para que se lea de la siguiente forma:

Violencia obstétrica

Artículo 380 bis. Será sancionado con prisión de seis meses a tres años o multa de hasta doscientos días multa, el personal de salud que realice alguna de las siguientes conductas u omisiones:

I. No atienda o no brinde atención oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas;

II. Altere el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer;

III. Practique el parto por vía de cesárea, a pesar de existir condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer;

IV. Se niegue a practicar el parto por la vía de cesárea y obligue a la mujer a parir, no existiendo condiciones para el parto natural, sin causa médica justificada;

V. Obstaculice el apego del niño o la niña con su madre, sin causa médica justificada, mediante la negación a esta de la posibilidad de cargarle o de amamantarlo inmediatamente después de nacer;

Si el sujeto activo del delito fuere servidor público, además de las penas señaladas se le impondrá inhabilitación, hasta por dos años, para el ejercicio de la profesión en la que produjo el hecho.

d. En Chile también se ha presentado un proyecto de ley. Se indica en sus fundamentos que:

Durante la última década nuestro país ha dado pasos importantes en materia de resguardo y respeto de las mujeres. La legislación es variada y abarca aspectos penales, como la ley que penaliza el femicidio; derechos ciudadanos que permiten la equidad de participación política; y sobre temas contingentes a la sociedad toda, como la creación del Ministerio de la Mujer, el establecimiento del período post natal de 6 meses, y normas contra la discriminación de la mujer.

En este contexto de protección de los derechos de las mujeres, hay una materia que reviste una sensibilidad mayúscula y que representa, para el entender de muchos de nosotros, un olvido legislativo que debemos cubrir a la brevedad: plasmar de manera legal un catálogo de derechos correspondientes a la mujer embarazada, para así otorgar una protección más acabada, sistemática y oficial,

que resguarde la integridad física y psíquica de la mujer en estado de gravidez (...);

Por otro lado y como aspecto novedoso, el presente proyecto consagra de manera legal el concepto de “violencia Gineco-Obstétrica”, y las actuaciones que lo configuran. En derecho comparado u otras legislaciones , podemos encontrar el concepto “violencia obstétrica” y se encuentra definido señalando a grandes rasgos que se trata de un tipo de violencia de género que se ejerce sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, en un abuso de medicamentos y patologización de los procesos reproductivos. En decir, se trata de una situación producida en contra de las mujeres que se encuentran ejerciendo sus labores de parto, dando a luz a su o sus hijos. Dicha situación se materializa, principalmente, a través de malos tratos verbales por parte del personal de asistencia al parto (médicos, matronas, asistentes, etc.), el sometimiento a la madre a un estrés innecesario, el ejercicio de maniobras violentas ajenas a toda recomendación y a los protocolos de atención al parto como la “maniobra de Kristeller”, o bien la realización de cesáreas para agilizar el nacimiento cuando no es debidamente necesario proceder de esa forma, entre otras manifestaciones (...);

A lo anterior debemos sumarle numerosas denuncias y testimonios de mujeres que alegan ser víctimas de malos tratos, burlas y ser sometidas a condiciones poco decorosas al momento de dar a luz. La experiencia maravillosa de traer un hijo al mundo se transforma así, en una situación traumática y lamentable (...);

Es por estas razones que nos vemos en la necesidad de impulsar éste proyecto, que busca asegurar el respeto del rol protagónico y derechos de la mujer, el recién nacido, y el entorno familiar; el derecho a una atención integral, de calidad y sin discriminaciones, donde se provea de un ambiente de privacidad física y

emocional para la madre, el/la niño/a y su familia, y donde se facilite el derecho de la mujer a elegir el tipo de atención que prefiera.

PROYECTO DE LEY

ARTICULO PRIMERO.

***Artículo 1°.** Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer, garantizar y promover los derechos de las **mujeres al momento de ser sometidas a cualquier procedimiento ginecológico, o bien cuando sean asistidas durante el trabajo de parto, el parto y el post parto**, con el fin de proteger su integridad física y psíquica, y erradicar y sancionar cualquier manifestación de violencia **gineco-obstétrica** que alteren las condiciones adecuadas con las que debe contar cada mujer al momento **de ser examinadas** o de dar a luz.*

***Artículo 2°.** Derechos de la mujer embarazada. Toda mujer embarazada, en relación con el trabajo de parto, el parto y el post parto, tiene los siguientes derechos:*

***a)** A ser tratada con respeto por parte del equipo de salud que le asiste, de modo personal e individualizado, procurando garantizar un adecuado grado de intimidad durante el proceso asistencial, según las condiciones del lugar del parto.*

***b)** A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante el proceso de parto, de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas. Sin embargo, este derecho jamás podrá ser ejercido de manera tal que ponga en riesgo la salud y vida de la madre y del que está por nacer.*

***c)** A ser considerada durante todo el proceso de nacimiento, como una persona sana, de modo que se facilite su participación activa antes, durante y posterior al parto.*

***d)** Al parto natural, evitando en lo posible, prácticas invasivas y suministro de medicación cuando no esté debidamente justificado. Sin embargo, este derecho*

jamás podrá ser ejercido de manera tal que ponga en riesgo la salud y vida de la madre y del que está por nacer.

e) A ser informada sobre la evolución del parto y del estado de su hijo o hijos.

f) A estar acompañada durante el trabajo de parto, parto y post parto, por una persona de su confianza y elección.

g) A mantener a su lado al recién nacido, siempre que éste último no requiera cuidados médicos especiales.

h) Cualquier otro derecho consagrado en otras leyes.

Artículo 3°. *De la asistencia al parto. El equipo de salud que asiste a la mujer durante el parto deberá proceder con estricto respeto a los derechos señalados en el artículo anterior.*

El parto, en todas sus modalidades, deberá ser asistido con el cuidado necesario por el o la profesional calificado, asegurando la mayor seguridad para la salud de la madre y el neonato.

Artículo 4°. *Concepto de Violencia Gineco-Obstétrica.- Violencia Gineco-Obstétrica es aquella que se ejerce contra la mujer, por el personal de salud que, **la evalúe ginecológicamente o bien de manera obstétrica asistiéndola** en el parto, y que se expresa en un trato deshumanizado, en un abuso de medicación y patologización innecesaria de los procesos naturales, que trae como consecuencia **para la mujer y en especial la mujer embarazada**, la pérdida de su autonomía, y la capacidad de decidir libremente sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción, entre otras.*

Artículo 5°. *Actos que constituyen violencia gineco-obstétrica. Se considerarán actos de violencia gineco-obstétrica, los ejecutados por las personas mencionadas en el artículo anterior, que menoscaben los derechos de las mujeres consagrados en la presente ley. Se incurre en dicha infracción, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:*

- a) No atender oportuna y eficazmente las emergencias **gineco-obstétricas**.
- b) Alterar el proceso natural del parto cuando, de no ser necesario, se aplican técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario e informado de la mujer.
- c) Practicar el parto por vía cesárea cuando existen condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario e informado de la mujer.
- d) Obstaculizar el apego del recién nacido con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de reconocerlo, cargarlo y amamantarlo inmediatamente después de nacer.
- e) Proferir insultos, malos tratos físicos y cualquier tipo de violencia psicológica a la mujer embarazada desde el trabajo de parto hasta el post parto.

Artículo 6°. De la mujer no embarazada. **Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, también constituirá** Violencia Gineco-Obstétrica toda actuación proferida en contra de la mujer no embarazada, en un marco de atención médica ginecológica u obstetra, que le produzca algún tipo de vejamen, la pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre su cuerpo, su sexualidad y futura reproducción, **no obstante** de las demás infracciones o delitos y sus correspondientes sanciones contenidos en otras leyes.

Artículo 7°. Derechos del padre. El padre del que está por nacer tiene derecho a participar del parto, siempre y cuando la madre lo autorice a ingresar. Además, tendrá derecho a ser informado sobre la evolución y estado de su hijo y de prestar su consentimiento informado sobre el parto, cuando la madre se encuentre impedida de manifestar su voluntad al respecto.

Artículo 8°. Otros intervinientes. De faltar el padre **o cualquier otra persona de las señaladas en el artículo 2° letra f),** y cuando no sea posible obtener de la madre su decisión respecto al parto, será el personal médico el que decida,

fundadamente, la metodología a seguir en durante el parto, teniendo siempre en consideración la salud del que está por nacer y de la madre.

Artículo 9°. *Promoción e Información. Los prestadores de salud que proporcionen servicios médicos de carácter ginecológico, obstetra o de maternidad, deberán mantener a la vista del público el contenido de la presente ley.*

Se entenderá cumplida esta exigencia con la exhibición de un extracto que contenga, a lo menos, lo establecido íntegramente en los artículos 2°, 4°, 5°, 6 ° y 7° de la presente ley.

Artículo 10°. *De la infracción a la ley. El o los funcionarios de la salud, sean de recinto público o privado que cometan infracción a los preceptos de esta ley, en especial de los artículos 2°, 3°, 5° y 6°, serán sancionados por el tribunal de justicia competente, **según la gravedad de la acción u omisión cometida**, bajo los términos del artículo 11° de la presente ley y del artículo 403 ter del Código Penal. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades civiles en las que pudiere incurrir.*

Artículo 11°. *De las sanciones. Se sancionará como falta, entre otras, a aquellas infracciones cometidas a los preceptos establecidos en los artículos 2° letras a), b), c), e) y f); artículo 5° letra e); y a los artículos 7° y 8° de la presente ley.*

A su vez, se sancionará como simple delito, entre otros casos, cuando se infrinja lo establecido en los artículos 2° letras g) y artículo 5° letra a y letra d).

Finalmente, cometerán crimen el o los funcionarios de la salud que, entre otros casos, infrinjan lo establecido en los artículos 2° letra d) y artículo 5° letras b) y c) de la presente ley.

Artículo 12°. *Del prestador de salud. El prestador de salud que incumpliere total o parcialmente con lo dispuesto en el artículo 9° de la presente ley, será sancionado por la autoridad de Salud competente con multa de 10 a 50 UTM. En caso de reincidencia, se aplicarán las mismas sanciones dobladas.*

Artículo 13. *De la acción Penal La infracción a los preceptos de esta ley dará lugar para la interposición de acción penal pública previa instancia particular en los términos señalados en el Título II, Libro I del Código Procesal Penal.*

El conocimiento de los hechos y su resolución se someterán a las reglas establecidas en el Libro II del Código de Procesal Penal, sobre el Procedimiento Ordinario.

Artículo 14.- De la Acción Civil. *En caso de deducirse acción civil ante el Tribunal Civil correspondiente, su conocimiento se someterá a las reglas del Procedimiento Sumario, según lo señalado en el Libro Tercero, Título XI del Código de Procedimiento Civil.*

ARTÍCULO SEGUNDO.

Introdúzcase las siguientes modificaciones al Código Penal.

Incorpórese en el título octavo, de los crímenes y simples delitos a las personas, el apartado cuarto siguiente artículo 403 ter:

“El o los funcionarios de la salud sean de recintos públicos o privados, que cometan violencia obstétrica según los términos establecidos en la ley, serán sancionados de la siguiente forma:

1°. Con reclusión o relegación menores en sus grados medio a máximo, cuando el hecho importare crimen.

2°. Con reclusión o relegación menores en sus grados medios o multa de veintiún a cuarenta unidades tributarias mensuales, cuando el hecho importare simple delito.

3°. Con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando el hecho importare falta.

15. Conclusiones.

El Folleto Informativo N° 19, “Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos” elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones

Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) indica con precisión que: *“En la actualidad, las consideraciones relativas a los derechos humanos se plantean en casi todas las esferas de actividad gubernamental y, de hecho, en muchos otros sectores de la vida pública y privada. Esto se refleja en la cantidad y variedad de ‘instituciones’ que se ocupan de cuestiones relativas a esos derechos. Las actividades de iglesias, sindicatos, medios de información y muchas organizaciones no gubernamentales se refieren directamente a ese tipo de cuestiones y lo mismo sucede en el caso de muchos órganos de gobierno, tribunales y cuerpos legislativos. Sin embargo, el concepto de ‘institución nacional de derechos humanos’ es mucho más restringido porque se trata de organismos cuyas funciones se definen estrictamente con referencia a la promoción y protección de los derechos humanos ... Todas las instituciones que se describen aquí son de carácter administrativo; no se trata, pues, de organismos judiciales ni legislativos. Por regla general, éstos tienen competencia para proporcionar asesoramiento en materia de derechos humanos en los ámbitos nacional y/o internacional. Esta función es desempeñada ya sea de manera general, mediante dictámenes y recomendaciones, o bien examinando denuncias que presentan individuos o grupos y pronunciándose al respecto ... La mayoría de las instituciones nacionales existentes pueden agruparse en dos amplias categorías: ‘Comisiones de derechos humanos’ y ‘Ombudsman’ o ‘Defensores del pueblo’.”.*

Y la cita viene a cuento porque es a todas luces evidente que la violencia obstétrica se ha transformado en nuestro país en un flagelo que debe ser desterrado de cuajo, y así como *no hay peor sordo que el que no quiere oír ni peor ciego que el que no quiere ver*, les corresponde, conforme lo ha señalado el ACNUDH, a los organismos que protegen los derechos humanos y a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos aunar esfuerzos y cada uno desde su función irradiar las denuncias por violencia obstétrica de las que tomen

conocimiento por cuanta oficina administrativa o estrado judicial sea posible. No habrá manera entonces que los profesionales de la salud y sus colaboradores, así como tampoco que los hospitales públicos o privados, o las obras sociales o empresas de medicina prepaga, continúen fingiendo sorpresa cuando sean anoticiados de un requerimiento por violencia obstétrica, si éste deja de ser esporádico para transformarse en periódico. A partir de ese momento tomarán conciencia de que el “parto deshumanizado” ha dejado de ser una anécdota graciosa que se cuenta entre colegas en una sobremesa luego de una opípara cena, para descubrirse, en pocos meses, esos mismos profesionales, esta vez, desayunando un café amargo en un sórdido bar frente a los tribunales junto a un letrado pusilánime que ha aceptado la defensa.

Hay veces que la historia nos impone modificar el futuro; sin embargo, así estamos en el siglo XXI, tolerando prácticas abusivas de los médicos o auxiliares y el modo descarado en que las obras sociales, empresas de medicina prepaga y nosocomios apañan a sus profesionales por temor a un juicio civil por daños y perjuicios. Pareciera que nuestra sociedad ya no tolera el abuso infantil, la trata de personas o los vejámenes que sufren nuestros mayores adultos; pero en materia de violencia obstétrica, por desconocimiento o, quizás, por falta de promoción, a consecuencia de una mala difusión de políticas públicas del Estado, aún no ha entendido que el parto deshumanizado significa una aberrante violación a derechos humanos básicos: el de la mujer a dar vida en paz y el del recién nacido a abrir sus ojos, por primera vez, en un mundo sin violencia.

Una última aclaración: abrigo inmenso respeto por los médicos; mi padre lo fue, algunos salvaron la vida de mi madre y otros operaron a uno de mis hijos; y es por el amor, la entrega e íntima convicción que todos ellos han demostrado a su profesión que puedo tolerar que otros galenos, parafraseando a Oliverio Girondo, tengan *un cutis de durazno o de papel de lija; le doy una importancia igual a cero,*

al hecho de que amanezcan con un aliento afrodisíaco o con un aliento insecticida; soy perfectamente capaz de soportarles una nariz que sacaría el primer premio en una exposición de zanahorias; ¡pero eso sí! -y en esto soy irreductible -no les perdono, bajo ningún pretexto, la violencia obstétrica.

Asesoría Legal y Técnica.