

Buenos Aires, 9 de octubre de 2015.

*Ref. Leyes Nº 25.929 y Nº 26.485. Decretos Nº 2035/15 y Nº 1011/2010. Código Penal de la Nación. Artículo 26 de la Ley Nº 24.284. Defensor de Pueblo de la Nación. Obligación de denunciar.*

**Para conocimiento de:** señor Subsecretario General.

**Producido por:** Asesoría Legal y Técnica.

1. Esta Asesoría ha efectuado un análisis exhaustivo de las Leyes Nº 25.929 y Nº 26.485, y de sus reglamentos: Decretos Nº 2035/15 y Nº 1011/2010, y armonizado sus disposiciones con la legislación nacional y con los instrumentos internacionales que protegen, entre otros, el derecho a la salud y el derecho de la mujer a una vida sin violencia, así como también con disposiciones específica del Código Penal de la Nación, más el artículo 26 de la Ley nº 24.284, y, finalmente, con las normas internas que rigen la actuación profesional de los médicos y sus auxiliares, a la luz del Código de Ética dictado por la Confederación Médica de la República Argentina (COMRA).

Dicho análisis se ha plasmado en el trabajo titulado “**La violencia obstétrica, nuevo delito sin penalidad (aparente)**”, publicado en la página *web* de esta Institución, y se acompaña junto al presente dictamen, a cuyas consideraciones corresponde remitirse *brevitatis causae* haciendo expresa mención que forma parte íntegra de este asesoramiento.

2. Esta Asesoría considera que la violencia obstétrica descrita en el artículo 6º, inciso e.), de la Ley Nº 26.485, en función de

los derechos que la Ley N° 25.929 le reconoce a la mujer, con fundamento en las leyes nacionales, instrumentos internacionales, disposiciones de Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos, de la Organización Mundial de la Salud y conforme los artículos 89, 90 y 91 del Código Penal de la Nación podrían constituir el delito de lesiones. Además, si el personal de la salud interviniente se desempeñare en un establecimiento sanitario estatal: nacional, provincial o municipal, también se encontraría incursos en el delito de abuso de autoridad / incumplimiento de los deberes de funcionario público que castigan los artículos 248, *in fine*, y 249 del mismo Código. Y por tal razón, con base en lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley N° 24.284, el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentra obligado a poner en los hechos en conocimiento del Procurador General de la Nación.

3. El delito de lesiones, figura penal en la que podrían incurrir los profesionales de la salud y sus auxiliares en casos de violencia obstétrica, guarda sustento si se tiene en cuenta que el artículo 89 Cpn. castiga con pena de prisión *al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.*

Y por daño en *la salud debe* entenderse una *modificación funcional del organismo*, que abarca, asimismo, la salud mental. A diferencia del concepto de daño en el cuerpo, es ésta una noción *fisiológica*.

*“El concepto de daño en la salud tanto comprende la salud del cuerpo como la salud mental, de manera que la alteración del psiquismo constituye también delito de lesiones.”. (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1994, T. III, pág. 120).*

En consecuencia, el inciso e), del artículo 6º, de la Ley N° 26.485, que incluye a la violencia obstétrica como una clara modalidad de violencia contra la mujer, puede encuadrar tanto en el tipo de violencia física

como así también psicológica, en los términos en que se definen, respectivamente, los incisos 1º y 2º, del artículo 5º, de la misma ley.

Como bien lo indica 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.”.*

4. Si bien el delito de lesiones leves es dependiente de instancia privada, conforme dispone el artículo 72, inciso 2º, del Código penal, la misma norma aclara que la acción procederá de oficio cuando las lesiones se vinculen con razones de seguridad o interés público.

Sostiene esta Asesoría que 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 cede frente al carácter de orden público que reviste la Ley de Protección Integral a las Mujeres.

5. 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.*

Sentado lo expuesto, esta Asesoría considera que los profesionales de la salud y sus auxiliares que presten servicios en hospitales

públicos, y llevaren adelante actos de violencia contra la mujer bajo la modalidad de violencia obstétrica, podrían incurrir en el delito de abuso de autoridad / incumplimiento de los deberes de funcionario público.

En el primer caso por *no ejecutar[e] las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere*, precisamente, por incumplir textos legales, por ejemplo, ni más ni menos, que 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 *supra legal* (artículo 31, CN).

En el segundo supuesto, *por ilegalmente omitir algún acto de su oficio*, esto es, el incumplimiento de las funciones administrativas del cargo, vinculadas a disposiciones reglamentarias u órdenes superiores que debe inexorablemente obedecer a fin de no resentir a la administración pública que es el bien jurídico tutelado por el Código penal.

En el caso particular de la violencia obstétrica, no sólo se violentan los derechos ya mencionados *supra*, entre otros, 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), 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, 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-.

**6.** También, corresponderá poner los sucesos en conocimiento de diversos organismos públicos y privados, por constituir falta grave a los fines sancionatorios, en atención a lo que dispone el artículo 6º de la Ley N° 25.929, pues, con independencia de las acciones penales que habrán de

intentarse, la sanción administrativa transita un camino paralelo, tanto en el ámbito laboral privado como en el público, sin perjuicio, además, de las sanciones que pudieran corresponder en el ámbito académico.

7. La Constitución Nacional, y en particular la Ley N° 23.179 que aprobó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Ley N° 23.592 que castiga los actos discriminatorios; la Ley N° 24.632 que aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; la Ley N° 26.171 que aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Ley N° 26.529 que reconoce los derechos del paciente en relación con los profesionales de la salud, los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate; la Ley N° 26.743 de Identidad de Género; más la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (artículos VII y XI); la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 3, 8 y 25); el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12.1 y 12.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.1); la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4.1 y 5, numeral 1, 19 y 26) y la Convención de los Derechos del Niño (artículos 6, 23, 24 y 26); la Convención Internacional sobre todo tipo de Discriminación hacia la Mujer (CEDAW), ONU, 1976; la Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia hacia la Mujer (OEA, Belém do Pará, 1994); las Conferencias Mundiales sobre la Mujer de Naciones Unidas: México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985; la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Naciones Unidas, Viena 1993; la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Naciones Unidas, El Cairo 1994; las Recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU); las Recomendaciones y

disposiciones dictadas por la Organización Mundial de la Salud; y, finalmente, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), integran el marco normativo que debe tenerse presente para comprender las Leyes N° 25.929 y N° 26.485. No menos importante para su comprensión resultan sus discusiones parlamentarias, respectivamente, 10ª Reunión, 8ª Sesión, del 12 de mayo de 2004, del H. Senado de la Nación y 1ª Reunión de la 1ª Sesión de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, celebrada el 11 de marzo de 2009.

**8.** Debe quedar claro que las Leyes N° 25.929 y N° 26.485 se aplican en todo el territorio de la República Argentina, sin necesidad de leyes de adhesión o ratificación por parte de las provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; debiendo comprenderse, además, que la Ley N° 26.485 es de orden público.

**9.** El trabajo hermenéutico llevado a cabo por esta Asesoría, permite concluir que recibida una denuncia por violencia obstétrica, esta Institución, luego de llevada a cabo la investigación y efectuado un análisis del caso, debería poner los hechos y sus antecedentes en conocimiento de las siguientes instituciones y organismos:

- ❖ Procurador General de la Nación, de conformidad con lo estatuido por el artículo 26 de la Ley 24. 284, en función de lo dispuesto por el artículo 277, inciso d, del Código Penal de la Nación y artículo 177.1. del Código Procesal Penal de la Nación

- ❖ Máxima autoridad del establecimiento hospitalario estatal para que se inicie, inmediatamente, el pertinente sumario administrativo, por ser considerados los hechos “falta grave” en los términos del artículo 6º de la Ley N° 25.929, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley N° 26.485 que declara sus disposiciones de orden público.

❖ Máxima autoridad del nosocomio o sanatorio privado en donde el personal de la salud y sus auxiliares presten servicios.

❖ Colegios Médicos dependiendo del lugar donde hayan ocurrido, con fundamento en el Código de Ética Médico.

❖ Ministerio de Salud correspondiente a cada jurisdicción donde ocurrieron los hechos, sin importar si se sucedieron en el ámbito público o privado.

❖ 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 2º 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...”*.

❖ Superintendencia de Servicios de Salud, 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.

❖ Corte de Justicia de la Nación, en atención a lo que indica el artículo 37 de la Ley N° 26.485, en función de lo normado por su artículo 6º, inciso e).

❖ Registro Único de Casos de Violencia contra la Mujer (RUCVM), con noticia al Observatorio de Violencia contra las Mujeres, conforme las funciones específicas que le son propias, a la luz de lo dispuesto por el artículo 12º de la citada ley.

❖ Unidad de Coordinación Nacional para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, dependiente del Consejo Nacional de las Mujeres.

❖ Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG), y el INADI.

10. Como se ha expresado en el trabajo **“La violencia obstétrica, nuevo delito sin penalidad (aparente)”**, la violencia contra la mujer y dentro de ella bajo la modalidad de violencia obstétrica, se ha instalado en la región y particularmente en nuestro país de una manera extraña, como un modo habitual de proceder, sin reconocer los graves daños que provoca en la salud de la parturienta, así como tampoco la infinidad de normas nacionales e internacionales que violenta.

Por esa razón se propone que esas flagrantes conductas ilegales, espurias, denigrantes, y despreciables sean puestas en conocimiento del mayor número de organismos e instituciones públicas o privadas, con la finalidad que el parto humanizado, concebido por nuestros legisladores en el año 2004 y plasmado en la Ley N° 25.929, deje de ser una ficción para transformarse en una realidad.

A su consideración.

DICTAMEN ALT N° 196/2015.