

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

“Te vamos a dar un trapito, te lo vas a poner entre los dientes, y vas a aguantar el dolor ... Si te gustó lo dulce, aguántate lo amargo ... Yo soy la doctora, pero si vos sabés, quedate en tu casa y atendete sola”.

[Capítulos 1 a 8]

ÍNDICE GENERAL.

1. Dos testimonios y un sinfín de delitos.
2. El Rey Sol.
3. Introducción. Violencia obstétrica.
4. Legislación nacional. Derecho a la salud. Derechos de la mujer.
5. Instrumentos internacionales.
6. La Ley N° 25.929. Su ámbito de aplicación. Las leyes provinciales.
7. La Ley N° 26.465. Su ámbito de aplicación. Las leyes provinciales.
8. El delito de lesiones.
9. La invisibilidad del delito de lesiones. Descorriendo el velo del Código Penal de la Nación. Violencia obstétrica.
10. Acción dependiente de instancia privada. Violencia obstétrica. Interés público.
11. Los delitos de abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público.
12. El Defensor del Pueblo. La Ley N° 24.284. Obligación de denunciar.
13. La Ley N° 25.929. Falta grave. Sanciones.
14. El delito de violencia obstétrica en México, Venezuela y Costa Rica.
15. Conclusiones.

1. Dos testimonios y un sinfín de delitos.

“Jessica tiene 26 años, ha vivido toda su vida en La Boca y al momento de parir, todavía no hace un mes, fue al hospital Argerich, donde la atendieron desde el primer momento de un embarazo ... Apenas la internaron la dejaron sola en un cuarto sin ventana. ‘Me dijeron que él no podía entrar porque había otros partos’: Jessica se quejó, a voz en cuello, en el intervalo entre contracciones. ‘Fue peor, me dijeron que si no me callaba no iba a poder parir, que mi novio no había ido a ningún curso preparto ¡y yo tampoco porque no había vacantes! ¿Y qué?, ¿Me iban a dejar afuera de mi parto?’ A ella, no; a él, sí. Ella intentó ‘portarse bien’, tal como le habían pedido. Se sometió a los tactos reiterados que multiplicaban el dolor a medida que los residentes hacían sus prácticas y se maravillaban de que a pesar de la eclampsia estuviera llevando el trabajo de parto adelante sin mayores complicaciones. Cada vez que se abría la puerta venía alguien a quien no conocía, con alguien más. Cada vez que se abría la puerta, ella preguntaba cuándo iban a dejar entrar a su pareja. Nadie sabía, nadie contestaba, apenas sabían su nombre porque lo leían en la historia clínica. Fueron seis horas en total. Nadie que le tomara la mano, nadie que la tranquilizara, la masajeara, le diera algo de afecto. ‘Después, la partera fue rebuena onda, pero esas horas eran interminables, mirando la pared, sin saber nada de mi familia, me trataron como si no existiera, como si yo fuera una concha que podían pasar y mirar y tocar, pero no me contestaban nada de lo que preguntaba, ¡mi cara no existía!’ Lo que Jessica sufrió se llama violencia obstétrica.

¿Y cuál es la sanción que reciben estos profesionales o practicantes? En principio, ninguna. ¿Quién podría denunciarlos? Jessica, una chica de 26 años que ahora está amamantando a su hijo Bruno, tarea que en parte curó esas heridas transitorias pero que no alcanzan para que se olvide de tanto maltrato. ¿Dónde podría hacerlo? Ella no lo sabe. No está muy claro todavía. De hecho, aun cuando

la ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres tenga una serie de artículos específicos sobre violencia obstétrica y ésta se nombre explícitamente, todavía se están elaborando las sanciones para este tipo de violencia física –por los tactos innecesarios, por tomar a una persona sin su consentimiento como objeto de estudio aunque esto le provoque dolor– y simbólica –por la soledad a la que la sometieron en un momento tan delicado–.”

Sol parió en Quilmes, en una clínica privada, en febrero. Tenía la ilusión de ser ‘la protagonista de mi parto’, de tomarse su tiempo, el tiempo que fuera para que su cuerpo sea el que hable. Paradójicamente, apenas tuvo tiempo para enunciar lo que quería. Separada de su pareja desde el primer momento, la atemorizaron de tal modo que sus ilusiones parecían caprichos frente a la posibilidad de que ‘algo malo’ le pasara a ella o a su bebé. Llegó ansiosa a la internación, como la mayoría de las mujeres. La inmovilizaron, la conectaron al monitor fetal y en medio de una contracción sentenciaron que los latidos de su bebé estaban en zona de riesgo, que probablemente le faltara oxígeno. No le explicaron ninguna otra cosa, ni siquiera le proporcionaron oxígeno extra. A pesar de todo, ella resistió: ‘Siguiendo la indicación de la primera médica (que la atendió), empiezo a respirar tranquila y profundo y pregunto si siguen disminuyendo los latidos, a lo cual me responde que no, que los latidos se normalizaron; pregunto entonces si podemos evitar la cesárea, a lo cual la doctora (de guardia) me responde que no, cesárea. En minutos tenía cuatro personas encima, sacándome la ropa, pinchándome, afeitándome, yo lloraba, preguntaba por mi marido, y le pedía a la médica una y otra vez que quería entrar con mi marido al quirófano. A lo cual (la médica de guardia) me responde que no se puede. En simultáneo siento cómo se burlaban entre ellas de otra parturienta que ya aguardaba en sala de partos, está descontroladísima, comentan y en un momento oigo también cómo se burlaban de mí y mi requerimiento de que mi marido me acompañe (...)’

El testimonio de Sol pudo leerse a principios de año en la Red Informativa de Mujeres de Argentina (RIMA), donde su carta llegó como un pedido de ayuda para que lo que había sufrido no quede impune. ‘A todo esto mi marido regresa de hacer los trámites –sigue la carta de Sol–, nunca lo reúnen conmigo, lo dejan en la sala de espera, desde donde me siento llorar y nadie le explica qué está pasando, finalmente increpa a una de las médicas y le exige que le explique qué ocurre, a lo que le responden que van a realizar una cesárea, que espere ahí, que ya lo iban a llamar (lo cual nunca ocurrió). El trato durante la cesárea fue horrible, fui llorando, muerta de miedo, los médicos se manejaron como si yo no estuviera allí, como si estuvieran manipulando un objeto, charlaban entre ellos y sólo se dirigieron a mí para decirme que deje de llorar (...) En un momento, sin decir nada, todo el equipo se había retirado a asistir el otro parto y quedé sola con una enfermera, me pasaron a una camilla, y de allí me llevaron a un pasillo, donde estuve sola cerca de media hora calculo. En un momento pasó la enfermera y ante los gritos de la otra parturienta me comentó ‘Viste y vos querías parto natural’, luego de un rato largo y cuando volvió a pasar la misma enfermera pregunté por mi hijo a quien todavía no había visto, ¿es una nena? pregunto, no, un varón, no sé, ya lo van a traer’.”.

“Lo que hicieron las personas responsables de atenderla[s] fue violar tres leyes vigentes: la 25.929, que protege los derechos de madres, padres y recién nacidos en el proceso de parto y nacimiento; la ley 26.061 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y la ley 26.529 que protege los derechos de los y las pacientes (...)

La abogada Perla Prigoshin, titular de Consavig, la comisión destinada a elaborar sanciones contra la violencia de género, asume que es una tarea que está pendiente ... ‘Yo quisiera escuchar a los médicos para saber cómo justifican la rutina del parto que suele aplicarse en la mayoría de las instituciones ... Por eso

lo que queremos desde la Consavig, en principio, es aplicar multas a los profesionales que no cumplan. Las prácticas que representan violencia obstétrica, por mucho que se vengán practicando, tienen que estar incluidas en el código de ética de los colegios médicos y de otros profesionales de salud, el mismo código de ética que se usa para sancionar a sus afiliados’.”.

Nota publicada por la periodista Marta Dillon, en el diario Página 12, el día 24 de mayo de 2013, titulada “La violencia obstétrica es violencia de género”.

2. El Rey Sol.

¿Sabías que antes del siglo XVII las mujeres occidentales daban a luz en cuclillas, sentadas y de pie?

Esto cambió cuando el rey Luis XIV de Francia dispuso que, para poder él presenciar el nacimiento de sus hijos, sus mujeres debían dar a luz acostadas. Aunque esa postura hace más difícil y doloroso el parto, pronto se generalizó, y los médicos franceses tuvieron que inventar los fórceps para evitar algunas de sus consecuencias. En poco tiempo se multiplicaron los instrumentos obstétricos, y se llegó a creer que el parto siempre era una urgencia que exigía atención médica para que fuera sin complicaciones.

El obstetra francés Michel Odent, uno de los defensores más notables del parto natural, afirma que la parturienta no debe atenerse a ninguna regla, sino obedecer a su instinto, que la hace experta en dar a luz. Odent daba a sus pacientes entera libertad para proceder como quisiesen, e incluso les permitía sentarse en una tina de agua tibia para aliviar el dolor de las contracciones uterinas. De ahí surgió la idea del parto en agua.

Los conocimientos actuales de fisiología han demostrado que el parto vertical -de pie o en cuclillas- permite que el nacimiento del bebé sea más rápido y menos traumático. Sin embargo no existe una postura universal para dar a luz. En las

comunidades más primitivas, las parturientas primerizas se guían por el consejo de mujeres más experimentadas.

(fuente: <http://serpadreembarazo.taconeras.net/> -9 de enero de 2012-).

3. Introducción. Violencia obstétrica.

Estos apuntes son extensos, razón por la cual los he dividido en dos partes: la primera que se presenta desde el Capítulo 1 al 8, y la segunda abarca desde el Capítulo 9 hasta el 15 titulado Conclusiones. Según el Diccionario de la lengua española “*conclusión*” significa, en su segunda acepción, “*fin y terminación de algo*”; espero que estas notas sean tan sólo un preludio.

Citaré algunas leyes nacionales, haré su armonización hermenéutica, me referiré a los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la salud desde su perspectiva psíquica o emocional, algunas *notas de color*, una que otra digresión, analizaré el ámbito de aplicación de las Leyes N° 25.929 y N° 26.485, así como las implicancias e importancia que reviste la declaración de orden público de la Ley N° 26.485, y, luego, cansado, fundaré mi posición en cuanto a que la violencia obstétrica, aparentemente no contemplada como conducta punible en nuestro Código Penal vigente, constituye, sin dudas, el delito de lesiones que prevén sus artículos 89, 90 y 91 (quizás, según el caso, con el agravante del artículo 92) y, además, si los responsables se desempeñaren en un establecimiento sanitario estatal: nacional, provincial o municipal, también se encontrarán incursos en el delito de abuso de autoridad o incumplimiento de los deberes de funcionario público que castigan los artículos 248, *in fine*, y 249 Cpn.

❖ En consecuencia, si el Defensor del Pueblo de la Nación tomare conocimiento de casos de violencia obstétrica, correspondería remitir los antecedentes al 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

❖ También debería instruirse a la máxima autoridad del establecimiento hospitalario estatal a incoar, inmediatamente, el pertinente sumario administrativo, por ser considerados los hechos “falta grave” en los términos del artículo 6º de la Ley Nº 25.929, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley Nº 26.485 que declara sus disposiciones de orden público.

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

❖ Además, tanto en el ámbito público como privado deberá darse noticia de los sucesos a los respectivos Colegios Médicos dependiendo del lugar donde hayan ocurrido, con fundamento en el Código de Ética Médico.

❖ 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 2º del Decreto Nº 2035/2015, reglamentario de la Ley Nº 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, 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, habrá que ponerlos en conocimiento de la Superintendencia de Servicios de Salud, más allá de la funciones de contralor que le son propias.

❖ **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.

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 6°, del modo en que fue sancionada la Ley N° 25.929.

❖ Y sin perjuicio de ello, también considero que copias certificadas de las quejas recibidas en el Defensor del Pueblo de la Nación deberían ser remitidas a la 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 6°, inciso e).

No se me oculta que la citada ley establece que el Registro se nutrirá de los informes que los juzgados le enviarán anualmente a la CSJN con base en las denuncias recibidas; sin embargo, parece de todo lógica que una vez puestos los

antecedentes en conocimiento del Procurador General de la Nación, la Corte tome nota de los casos que el Defensor del Pueblo de la Nación ha recibido por infracción a las Leyes N° 25.929 y N° 26.485, pues, muchos de ellos no llegan a la instancia judicial. En síntesis: más registros importan más derechos protegidos.

❖ De igual modo, al 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 12° de la citada ley.

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

❖ Finalmente, también enviar los antecedentes a la Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG), y al INADI, sin perjuicio de otros organismos y Programas competentes.

Veamos qué resulta; me conformo con que no derive en un embrollo ininteligible.

4. Legislación nacional. Derecho a la salud. Derechos de la mujer.

Un importante número de leyes ha dictado nuestro país en protección de los derechos de la mujer (y de las personas menores de edad). Y si bien haré alguna referencia a su mayoría, me centraré, en atención a las razones que motivaron la publicación de estas notas, a la Ley N° 25.929 que le reconoce a la mujer el derecho a un parto humanizado, así como también a la Ley N° 26.485 que le garantiza el derecho a gozar de una vida sin violencia y castiga, entre otras modalidades, a la violencia obstétrica.

Sé que la transcripción que sigue podrá resultar aburrida, pero me pareció de toda lógica incorporar en estas notas algunas de esas leyes para que quien se interese en su lectura pueda tener a mano un mínimo compendio legislativo sobre los

derechos reconocidos a la mujer. Seguramente omitiré otras; en su caso, confieso que será por ignorancia y no *ex profeso*. Pido disculpas entonces de antemano.

La **Ley Nº 23179** (1985) aprobó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980.

La **Ley 23592** (1988) Actos Discriminatorios: que castiga a quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. En su caso, obliga al agresor, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado. Particularmente la ley considera actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Además, eleva las penas en Código Penal cuando alguno de sus delitos sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

La **Ley Nº 23.849** (1990) aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York,

La **Ley Nº 24.417** (1994) de Protección contra la Violencia Familiar, dispone que toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho. Asimismo, establece en su artículo 2º que cuando los damnificados fuesen

menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público.

Dicha ley fue reglamentada por el Decreto N° 235/96.

La **Ley N° 24.632** (1996) aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, suscripta en la República Federativa del Brasil el 9 de junio de 1994.

La **Ley N° 25.673** (2002) creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Y fueron sus objetivos: alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia ... Disminuir la morbimortalidad materno-infantil ... Prevenir embarazos no deseados ... Promover la salud sexual de los adolescentes ... Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de vih/sida y patologías genital y mamarias ... Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable ... Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.

Fue reglamentada por el Decreto N° 1.282/2003.

La **Ley N° 26.061** (2005) de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, establece que se les debe garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Dispone, además, que la Convención sobre los Derechos del Niño es de

aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Y, concretamente, expresa que deben respetarse respecto de ellos: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

La **Ley N° 26.130** (2006) Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica dispone que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud, no requiriendo consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en los casos contemplados por el artículo siguiente. Asimismo, indica que esas intervenciones quirúrgicas deben ser realizadas sin cargo para el requirente en los establecimientos del sistema público de salud. Y en ese punto, agrega que los agentes de salud contemplados en la Ley N° 23.660, las organizaciones de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga tienen

la obligación de incorporar estas intervenciones médicas a su cobertura de modo tal que resulten totalmente gratuitas para el/la beneficiario/a.

La **Ley Nº 26.150** (2006) crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. A los efectos de esta ley, entiéndase como educación sexual integral la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos.

Y establece que sus objetivos son: a) Incorporar la educación sexual integral dentro de las propuestas educativas orientadas a la formación armónica, equilibrada y permanente de las personas; b) Asegurar la transmisión de conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre los distintos aspectos involucrados en la educación sexual integral; c) Promover actitudes responsables ante la sexualidad; d) Prevenir los problemas relacionados con la salud en general y la salud sexual y reproductiva en particular; e) Procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres.

La **Ley Nº 26.171** (2006) aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

La **Ley Nº 26.364** (2008) de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, establece que tiene por objeto implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, con fines de explotación, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta. Además, en su artículo 6º menciona los derechos de las víctimas de la trata. Finalmente tipifica penalmente esas conductas y agrava las penas, entre otros, de los delitos de privación ilegal de la libertad y secuestro.

La **Ley Nº 26.529** (2009) se refiere a 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; y ellos son: a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho 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. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente; b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley Nº 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente; e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los

términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud; f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

La **Ley N° 26.743** (2012) de Identidad de Género dispone que toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Define la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Además señala que todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa

Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Las **Leyes Nº 25.929** y **Nº 26.485** tendrán tratamiento por separado.

5. Instrumentos internacionales.

Para que estas notas no que queden huérfanas de las normas que protegen el derecho a la salud, haré un breve repaso por nuestra Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales más sobresalientes, así como también a algunos otros que directamente se vinculan con la mujer.

a. Nuestra Ley Fundamental no reconoce el derecho a la salud de manera explícita, por lo que se incluye dentro de su artículo 33 que dispone: *Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.*”.

Antes de las reforma constitucional, nuestra CSJN, por citar sólo algunos fallos, en el año 1984, en el caso *“Ponzetti de Balbín”* (Fallos 306:1907) ubicó la protección de la salud física y mental en el artículo 19 de la Constitución, y en el año 1987, en el precedente *“Baricalla”* (Fallos 310:112), precisó que el derecho a la salud era una secuela del derecho a la vida.

Y si bien con la reforma del año 1994 el derecho a la salud es de algún modo mencionado (artículos 41 y 42), en realidad, con fundamento en lo que afirma su artículo 31, esto es, la jerarquía supra legal que le reconoce a los instrumentos internacionales, en sintonía con el derecho a la salud pueden mencionarse: 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).

De todo ellos merece ser citado de manera expresa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que la labor de su Comité desarrolló un profundo análisis del derecho a salud.

El artículo 12º del PIDESC expresa que: *“1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; ...d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”.*

El referido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU) “interpretó” el Pacto en su Observación General 14 (11/05/2000), indicando: 1. **Que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.** 2. Que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. 3. Que el derecho a la salud está estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos humanos y depende de estos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, entre ellos: a **la dignidad humana**, a la vida, a **la no discriminación**, a **la igualdad**. 4. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. **El derecho a la salud**

entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura **el derecho a controlar la salud y el cuerpo de uno**, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como asimismo el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. Y, entre los derechos, aparece el que se vincula a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. 5. El concepto del *“más alto nivel posible de salud”* tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. 6. **Los Estados deberán asegurar la no discriminación**, en especial para los sectores más vulnerables y desprotegidos de la población, **así como la aceptabilidad**, ni más ni menos **que los establecimientos y todo servicio de salud sean respetuosos de la ética médica** y de la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades.

b. La Organización Mundial de la Salud, en su preámbulo afirma que *“...el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica...”*. Es que la **OMS le otorga a la salud un extenso alcance, y comprende el completo bienestar** físico, **mental** y social, elevándolo más allá del añejo concepto que lo reduce a la mera ausencia de enfermedades. En la actualidad, esa idea ha sido superada y se entiende a la salud, además, como *“la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida”*.

Algo más: en el año 1985 la oficina regional europea de la OMS, la Organización Panamericana de Salud y la oficina regional de la OMS para las Américas organizaron una conferencia sobre la tecnología apropiada para el parto. La Conferencia se realizó en Fortaleza, Brasil, y allí se formularon sendas

recomendaciones. Véanse. **Toda mujer tiene derecho a una atención prenatal adecuada** y un papel central en todos los aspectos de dicha atención, incluyendo participación en la planificación, ejecución y evaluación de la atención. **Los factores sociales, emocionales y psicológicos son fundamentales para comprender la manera de prestar una atención perinatal adecuada.**

Recomendaciones generales: los ministerios de sanidad deben establecer normas específicas sobre la tecnología apropiada para el parto en los sectores público y privado; los países deben efectuar investigaciones conjuntas para evaluar las tecnologías de atención al parto; toda la comunidad debe ser informada de los distintos métodos de atención al parto, de modo que cada mujer pueda elegir el tipo de parto que prefiera; la formación de los profesionales debe transmitir los nuevos conocimientos sobre los aspectos sociales, culturales, antropológicos y éticos del parto; la formación de los profesionales sanitarios debe incluir técnicas de comunicación para promover un intercambio respetuoso de información entre los miembros del equipo sanitario y las embarazadas y sus familias.

Recomendaciones específicas: para el bienestar de la nueva madre, un miembro elegido de su familia debe tener libre acceso durante el parto y todo el periodo postnatal; el equipo sanitario también debe prestar apoyo emocional; el recién nacido sano debe permanecer con la madre siempre que sea posible; la observación del recién nacido sano no justifica la separación de su madre. Debe recomendarse la lactancia inmediata, incluso antes de que la madre abandone la sala de partos; no puede justificarse que ningún país tenga más de un 10-15% de cesáreas; no hay pruebas de que después de una cesárea previa sea necesaria una nueva cesárea; no está indicado rasurar el vello pubiano o administrar una enema antes del parto; no se recomienda colocar a la embarazada en posición dorsal de litotomía durante la dilatación; cada mujer debe decidir libremente qué posición adoptar durante el expulsivo; la inducción del parto debe reservarse para

indicaciones médicas específicas; ninguna región debería tener más de un 10% de las inducciones; debe fomentarse una atención obstétrica crítica con la atención tecnológica al parto y respetuosa con los aspectos emocionales, psicológicos y sociales del parto.

c. Naciones Unidas, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), luego de dos semanas de debates, cuando llegó a su fin produjo la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

Afirma en su **Introducción** que: *“La igualdad de género es una visión compartida de justicia social y derechos humanos. Toda la humanidad tiene la responsabilidad de actuar, y en especial los gobiernos como principales garantes de derechos. Debemos aprovechar todas las oportunidades existentes a nivel nacional, regional y mundial y dar un nuevo impulso al objetivo de la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres y el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y las niñas.”*

Y en su **Declaración** propiamente dicha, señala *“Estamos convencidos de que: El reconocimiento explícito y la reafirmación del derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad, es básico para la potenciación de su papel...”*

Y en su **Plataforma de Acción** *“reafirma el principio fundamental, establecido en la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de que los derechos humanos de las mujeres y las niñas son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales. Como programa de acción, la Plataforma apunta a promover y proteger el pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las mujeres a lo largo de su vida.”*

Además, dentro de sus **Objetivos Estratégicos**, sostiene que *“La mujer tiene derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. El disfrute*

de ese derecho es esencial para su vida y su bienestar y para su capacidad de participar en todas las esferas de la vida pública y privada. **La salud no es sólo la ausencia de enfermedades o dolencias, sino un estado de pleno bienestar físico, mental y social. La salud de la mujer incluye su bienestar emocional, social y físico...**”.

Y, en particular, que: **“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos”**. Se involucra el derecho del hombre y la mujer a obtener información y métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad y **el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos**.

Sin embargo sobre esta Declaración, haré menciones específicas al referirme a la atención de los médicos y sus principios éticos, así como también al indicar la aplicación de las leyes vigentes en materia de violencia contra las mujeres. En concreto, las *“Medidas que han de adoptarse”*, números 106 y 124, respectivamente.

d. La Convención Internacional sobre todo tipo de Discriminación hacia la Mujer (CEDAW), ONU, 1976, ratificada por nuestro país en el año 1985 por Ley N° 23.179.

La CEDAW provee un marco legal internacional sobre cuya base los Estados legislan y acometen medidas para eliminar la discriminación de género y alcanzar la igualdad entre los géneros.

Su artículo 1º dispone *A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado*

civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

*Y su artículo 12º que: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica** a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, **los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto**, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.*

Su artículo 17 crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y supervisa el cumplimiento de la Convención por los Estados parte.

Su Protocolo Facultativo, aprobado por la Asamblea General en su Resolución A/54/4 del 6 de octubre de 1999, y ratificado por nuestro país por Ley N° 26.171, establece que los Estados parte reconocen la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención.

Su artículo 8º establece que el Comité luego de llevar a cabo sus investigaciones pondrá sus conclusiones, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas en conocimiento del Estado parte.

En ese marco, en el año 1992 el Comité dictó la Recomendación N° 19 afirmando que *La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre*, y enfatizó que corresponde que los Estados parte lleven

adelante políticas públicas a fin de erradicar todas las formas de violencia de género cometidas por agentes públicos o privados.

e. La Convención Interamericana para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia hacia la Mujer (OEA, Belém do Pará, 1994), fue ratificada por nuestro país por Ley N° 24.632.

Indica en sus enunciados que los Estados parte se encuentran *PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.*

Y considera en su artículo 1° que *debe entenderse por **violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.*** Y, agrega en su artículo 2° que ***Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la** violencia física, sexual y **psicológica** ... 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 [o] que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.*

Y en su artículo 4° al señalar que *Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos*, refiere, entre otros, *a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho **a que se respete su integridad** física, **psíquica** y moral (...);*

Enseña en su artículo 7° que los *Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y [deben]... velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con*

esta obligación; [así como también] ***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.***

Y su artículo 13º dispone que *Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados Partes que prevea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.*

f. Otros documentos internacionales que por su importancia y relación con el tema que habrá de desarrollarse luego, merecen ser citados son: las Declaraciones y documentos finales de las siguientes conferencias mundiales, que fueron firmadas por nuestro país: Conferencias Mundiales sobre la Mujer de Naciones Unidas: México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985.

También la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Naciones Unidas, Viena 1993; la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Naciones Unidas, El Cairo 1994; y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por La Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por nuestra país por Ley Nº 23.849.

6. La Ley Nº 25.929. Su ámbito de aplicación. Las Leyes provinciales.

Establécese que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Médico Obligatorio. Derechos de los padres y de la persona recién nacida.

Dicha ley 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.*

Y entre algunos de los derechos que le reconoce a *toda mujer en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto*, figuran los que transcribo a continuación, conforme su **artículo 2º**, aclarando que entre corchetes se hace referencia a su reglamentación, conforme el Decreto N° 2035/2015, dictado recientemente.

a) A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas;

[a) El equipo de salud interviniente deberá informar en forma fehaciente a la persona en estado de gravidez y a su grupo familiar, en forma comprensible y suficiente acerca de posibles intervenciones que pudieran llevarse a cabo durante los procesos de embarazo, parto, trabajo de parto y puerperio, especificando sus efectos, riesgos, cuidados y tratamientos. Cada persona tiene derecho a elegir de manera informada y con libertad, el lugar y la forma en la que va a transitar su trabajo de parto (deambulación, posición, analgesia, acompañamiento) y la vía de nacimiento. El equipo de salud y la institución asistente deberán respetar tal decisión, en tanto no comprometa la salud del binomio madre-hijo/a. Dicha decisión deberá constar en la institución en forma fehaciente. En caso de duda se resolverá en favor de la persona asistida.];

b) A ser tratada con respeto, y de modo individual y personalizado que le garantice la intimidad durante todo el proceso asistencial y tenga en consideración sus pautas culturales;

[b) Toda persona, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, parto y posparto o puerperio tiene derecho a ser tratada con respeto, amabilidad, dignidad y a no ser discriminada por su cultura, etnia, religión, nivel socioeconómico, preferencias y/o elecciones de cualquier otra índole, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 26.485 de Protección Integral Para

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.];

d) Al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer;

[d) Ante un parto vaginal, el profesional interviniente deberá evitar aquellas prácticas que impidan la libertad de movimiento o el derecho a recibir líquidos y alimentos durante el trabajo de parto cuando las circunstancias lo permitan, evitando, por su parte, prácticas invasivas innecesarias durante el proceso.];

e) A ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales;

[e) El equipo interviniente deberá informar en forma comprensible y suficiente, tanto a la mujer como a su núcleo familiar y/o acompañante, sobre el avance del embarazo, el estado de salud del/a hijo/a por nacer y de las demás circunstancias relativas al embarazo, el trabajo de parto, el parto, posparto y/o el puerperio.];

g) A estar acompañada, por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto;

[g) Toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el posparto tiene derecho a estar acompañada por una persona de su confianza y elección durante los controles prenatales, el trabajo de parto, el parto y el posparto. No se podrá exigir requisitos de género, parentesco, edad o de ningún otro tipo, al/la acompañante elegido/a por la mujer embarazada, salvo la acreditación de identidad. A falta de otra prueba, se admitirá la presentación de una declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente, por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse transcurrido dicho plazo, la documentación acreditante. En ningún caso se podrá cobrar

arancel alguno por la simple permanencia del/la acompañante en la misma habitación, antes, durante y/o después que la mujer hubiese dado a luz.

No podrá reemplazarse sin su consentimiento la persona elegida por la mujer.

Si así lo deseara, la mujer puede solicitar ser acompañada por acompañantes sustitutos/as. Deberá ser respetado el derecho de la mujer que no desee ser acompañada. Todo lo referido en el presente inciso deberá ser considerado cualquiera sea la vía de parto.];

h) A tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera de cuidados especiales;

[h) Con el objeto de favorecer el vínculo precoz, el equipo de salud deberá fomentar desde el momento mismo del nacimiento e independientemente de la vía del parto, el contacto del/la recién nacido/a con su madre y familiares directos y/o acompañantes que ésta disponga, con la acreditación de identidad como único requisito.]

Y con respecto al recién nacido, su **artículo 3º** dispone que tiene derecho:

a) A ser tratada en forma respetuosa y digna;

[a) El equipo médico interviniente deberá fomentar el contacto inmediato y sostenido del binomio madre-hijo/a, evitando aquellas prácticas invasivas que fueran innecesarias y pudieran afectar al/la recién nacido/a. En caso de requerirse alguna práctica impostergable, corresponderá minimizarse el dolor y respetar los períodos de sueño del/la niño/a.];

d) A la internación conjunta con su madre en sala, y a que la misma sea lo más breve posible, teniendo en consideración su estado de salud y el de aquélla;

[d) El tiempo mínimo recomendable de internación tanto materna como neonatal para nacimientos institucionales se establece en CUARENTA Y OCHO (48) horas para un parto vaginal y en SETENTA Y DOS (72) horas para un parto por cesárea. En todos los casos el equipo de salud deberá constatar que las

condiciones psicofísicas del binomio madre-hijo/a sean las adecuadas para su externación y que se hubieran completado los estudios y eventuales tratamientos correspondientes a enfermedades de transmisión vertical.];

En lo referente a ambos progenitores la ley, en su **artículo 4º**, reconoce derechos cuando se tratare de una persona recién nacida en situación de riesgo:

a) A recibir información comprensible, suficiente y continuada, en un ambiente adecuado, sobre el proceso o evolución de la salud de su hijo o hija, incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento.

b) A tener acceso continuado a su hijo o hija mientras la situación clínica lo permita, así como a participar en su atención y en la toma de decisiones relacionadas con su asistencia.

[b) Los servicios de internación neonatal, aún en sus áreas de terapia intensiva, deberán brindar acceso sin restricciones para la/s madre/s y/o el/los padre/s del/la recién nacido/a, permitiendo el contacto físico. Deberá contemplarse el acceso facilitado para otros familiares directos y/o acompañantes que la madre disponga y la acreditación de identidad como único requisito. A falta de otra prueba, se admitirá la presentación de una declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente, por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse transcurrido dicho plazo la documentación acreditante.];

c) A prestar su consentimiento manifestado por escrito para cuantos exámenes o intervenciones se quiera someter al niño o niña con fines de investigación, bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética.

d) A que se facilite la lactancia materna de la persona recién nacida siempre que no incida desfavorablemente en su salud.

[d) Los establecimientos de salud deberán adecuar sus instalaciones de manera de contar con Centros de Lactancia Materna conforme a la normativa nacional vigente. El equipo de salud deberá brindar información y apoyo suficiente a la

mujer para los casos en que sea necesaria la extracción de su leche para ser administrada al/la recién nacido/a.];

e) *A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados especiales del niño o niña.*

Y 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.***

[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].

Respecto del artículo 6º, habré de referirme por separado en el Capítulo 13, pues, resulta de suma trascendencia por sus consecuencias.

Y con relación a los tratados y convenciones que menciona la Ley y que reconocen el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad del ser humano, etcétera, me he referido a ellos en el anterior Capítulo 5, por lo que sería sobreabundante su mención en estas líneas.

❖ Queda claro entonces que la **ley** expresamente **reconoce derechos** a la madre en su artículo 2º, al recién nacido en su artículo 3º, y a ambos progenitores en su artículo 4º.

Y fue importante su dictado, en razón de que *vino a poner blanco sobre negro* sobre pautas que el legislador consideró indispensables para la familia en su conjunto para el efectivo goce de un parto humanizado. Sin embargo, ellos no vienen más que a reafirmar derechos preexistentes reconocidos por nuestra

Constitución; por ejemplo, la igualdad ante la ley (16), la abolición de tormentos (18), la prohibición que los principios, garantías y derechos reconocidos por ella puedan ser alterados por otras leyes que pretendan reglamentar su ejercicio (28), la salud (implícito en el artículo 33) y, fundamentalmente, los instrumentos internacionales que son ley suprema de la Nación (31), y obligatorios para las provincias a conformarse a ella (CN).

En los FUNDAMENTOS expuestos al enviar el Poder Ejecutivo Nacional el proyecto de ley al Congreso de la Nación se señala que: *El nacimiento tiene características muy especiales, claramente diferenciadas del resto de los procesos atendidos habitualmente en los servicios de salud. En primer lugar, es un proceso natural en el que además de sus caracteres fisiológicos entran en juego otros factores de no menor importancia como son los **psicológicos**, afectivos y sociales.*

Durante su trámite legislativo (Expediente S – 0220/04), el H. Senado de la Nación, en su 10ª Reunión, 8ª Sesión, del 12 de mayo de 2004, señaló que: *Por eso en este proyecto de ley establecemos como derecho de la mujer el de ser informada de las intervenciones médicas que se le van a practicar, a ser tratada con respeto, a ser considerada, a un parto natural, a ser informada de la evolución de su hija o hijo, a elegir con quien quiere ser acompañada en ese momento, respetando también su idiosincrasia porque puede ser su compañero o cualquier otra persona a su elección.*

Y, además, que: *Es decir, **la asistencia psicológica en el parto trae beneficios indudables para la madre y el niño.** Y, por supuesto, creo que es una obligación del Estado y de toda la sociedad contribuir para que ese beneficio se haga efectivo. Por tales motivos y teniendo en cuenta las invocaciones legales así como los aportes científicos hechos en base a la prueba de las evidencias -no es pura teoría sino que se han hecho en base a estudios- creo que hoy estamos por*

sancionar una norma que es muy positiva y que seguramente va a contribuir la calidad de vida, tanto de la madre como del niño, por supuesto, en beneficio de la sociedad en general.

Y, cierro con la siguiente transcripción: *Sólo quiero decir que **la igualdad de trato no es una retórica vana**. Cuando fui presidenta del Instituto de la Mujer de la provincia de Mendoza, me llegaron más de una vez las quejas de mujeres que, en hospitales públicos y aun privados recibían malos tratos, descalificaciones, violencia simbólica o física porque las contracciones duelen; porque el miedo está presente en ese momento. Así que es bueno poner la igualdad de trato, conjugándose en clave de respeto y dignidad; es muy bueno el derecho a la información cuando este tema sigue siendo tabú y silencio; es muy bueno erradicar el embarazo y al parto del lugar de la enfermedad y ponerlo en el lugar de lo natural y lo cultural, y en el marco de los buenos tratos y de la dignidad; es muy bueno hablar del parto natural y prevenir y sacar al parto de la mercantilización de los partos con cesárea, pero también de las violencias de las prácticas institucionales y de las prácticas invasivas en los cuerpos de las mujeres embarazadas.*

❖ Voy a detenerme ahora en un tema que no es menor: **el artículo 1º** de la **Ley N° 25.929** dispone que *La presente ley será de aplicación tanto al ámbito público como privado de la atención de la salud en el territorio de la Nación*. Y su artículo 5º indica que *Será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación en el ámbito de su competencia; y en las provincias y la Ciudad de Buenos Aires sus respectivas autoridades sanitarias*.

Queda claro, absolutamente claro, sin posibilidad ninguna de discusión, que la Ley N° 25.929 se aplica en toda la República Argentina, es decir, en todo su territorio, en todas las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin necesidad de ningún tipo que estas últimas dicten en sus jurisdicciones leyes

análogas, similares, parecidas o como prefiera cada uno de ustedes calificarlas, que adhieran, ratifiquen o complementen aquélla.

Se preguntarán entonces, por qué razón se han dictado las siguientes:

Complementarias

Tucumán: Ley nº 7447, (10/09/2004); San Luis: Ley nº I-0450, (21/12/2004); Mendoza: Ley nº 8130, (2/12/2009); San Juan: Ley nº 7839, (1/11/2007); Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley nº 1040, (12/06/2003), anterior al dictado de la Ley Nº 25.929; Neuquén: Ley nº 2499, (11/08/2005); Santa Fe: Ley nº 12443, (11/08/2005); Chaco: Ley nº 6342, (29/05/2009).

De adhesión

Córdoba: Ley nº 9227, (6/04/2005); La Rioja: Ley nº 7817, (17/03/2005); Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur: Ley nº 691, (16/03/2006); Misiones: Ley nº 4421, (5/06/2008); La Pampa: Ley nº 2594, (14/10/2010); Santa Cruz: Ley nº 3196, (16/12/2010); Entre Ríos: Ley nº 10035, (11/05/2011); Corrientes: Ley nº 6113, (23/05/2012); Chubut: Ley nº I-541, (30/10/2014); Chaco: Ley nº 7555, (8/04/2015).

La respuesta es sencilla: las provincias que dictaron leyes complementarias crean “Programas”, campañas de difusión, ordenan a los efectores de la salud la adecuación de los recursos físicos y de sus estructuras o, simplemente, determinan cuál será la autoridad de aplicación, de conformidad con lo ordenado por el artículo 5º de la Ley Nº 25.929: *Será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación en el ámbito de su competencia; y en las provincias y la Ciudad de Buenos Aires sus respectivas autoridades sanitarias.*

Y las provincias que adhieren a la Ley Nº 25.929, únicamente indican la autoridad de aplicación.

Las provincias que no se han adherido, al igual que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (recuérdese que su ley es anterior a la Ley N° 25.929), no han considerado necesario el dictado de normas específicas, a consecuencia de comprender que alcanza con la ley nacional.

Es particular el caso de la provincia de Chaco, y absolutamente atendible, ya que por Ley N° 6342 (2009) reafirma en su artículo 1º, párrafo segundo, que: *Deberán respetarse las prácticas culturales de los pueblos Wichí, Qom y Moqoit en relación con el parto y el alumbramiento. En caso de solicitarlo la madre, se aceptará la presencia y el acompañamiento de miembros de la familia que ella desee, madre, abuela, tía u otro nexa no familiar, en el trabajo de parto hasta su alumbramiento.*”, y luego, en el año 2015, mediante el dictado de la Ley N° 7555 adhiere a la Ley N° 25.929, sindicando su autoridad de aplicación.

En definitiva, las leyes provinciales de adhesión dictadas tuvieron como finalidad establecer su autoridad de aplicación y las complementarias, idéntica intención, más alguna regulación acerca de sus políticas públicas (programas, campañas de difusión, o, como en el caso de la provincia de Chaco complementarla otorgando mayores derechos a sus habitantes, pero, nunca, jamás, menos derechos. Así entonces, las provincias dictaron sus propias leyes con la finalidad de adecuarlas, por diversas circunstancias internas, a la Ley N° 25.929 pero, de ningún modo, para reconocerle vigencia a la ley nacional.

❖ **Algo más:** ninguna autoridad provincial o de la Ciudad autónoma podrían dictar leyes que restringieran el más mínimo derecho (para ser gráfico, *ni modificar una coma*) que los que reconoce la Ley Nacional N° 25.929, pues, va de suyo, que, conforme lo dispuesto por el artículo 31 y las previsiones del artículo 5º de nuestra Ley Fundamental, aquéllas resultarían inconstitucionales.

Por esa razón no entiendo los motivos que aún llevan a parte de la doctrina y a algunas organizaciones a hacer especial hincapié en la falta de adhesión o

dictado de normas provinciales acordes a la Ley N° 25.929, como si ello fuera motivo de reproche. Pareciera que desconocen que las leyes nacionales son imperativas y cuando, a veces, una ley *“invita a las provincias a adherirse”*, tal convite se funda en que, por ejemplo, deba legislar cada jurisdicción en materia procesal u otras cuestiones que clara y expresamente indican los artículos 121 y concordantes de la Constitución Nacional. Insistir con el dictado de leyes de adhesión a la Ley N° 25.929 es lo mismo que reclamar idénticas normas para que el Código Penal de la Nación resulte operativo a nivel provincial.

Quizás un ejemplo aclare el asunto definitivamente: el artículo 6° de la Ley N° 25.929 dispone que su incumplimiento será considerado falta grave a los fines sancionatorios. Así entonces, en la provincia de Buenos Aires si un efector, profesional de la salud o colaborador desconociera alguno de los derechos que la ley nacional reconoce a la mujer, por caso, a ser tratada con respeto, al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, a no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación, a estar acompañada, por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto, o a tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, no incurrirá en falta grave y, en consecuencia, no será sancionado porque esa provincia no se ha adherido ni ratificado la Ley N° 25.929. **Un verdadero disparate.**

❖ Pero me quedan cosas por decir: el artículo 75, inciso 23, de la nuestra Constitución dispone que le corresponde al Congreso Nacional ***Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.***

Y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, **suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades** reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) **limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad** que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) **excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano** o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Como se ve, es el Estado Nacional el que asume compromisos internacionales cuando ratifica, mediante el dictado de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, tratados o convenciones; y en ese entendimiento le corresponde al primero (EN) erigirse en garante del efectivo cumplimiento de esos instrumentos, pues, en su caso, si se violarán algunas de sus normas le corresponderá a la Nación, como Estado parte, responder por la falta de protección y respeto de los derechos humanos que se hubiesen cercenado. Y nada le importará a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la hora de elaborar sus informes o recomendaciones, ni a la Corte Interamericana de Derechos Humanos al momento de dictar su fallo, si quien ha incumplido las disposiciones de la Convención es un estado provincial o el propio estado nacional.

Corolario: la Ley N° 25.929 se aplica en todo el territorio de nuestro país, con independencia si las provincias o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la

ratifican, se adhieren, la complementan o guardan silencio sepulcral acerca de su vigencia.

7. La Ley Nº 26.485. Su ámbito de aplicación. Las Leyes provinciales.

a. Previo a cualquier análisis de fondo, afirmo que la totalidad de los argumentos vertidos para entender que la Ley Nº 25.929 es de aplicación en todo el territorio de nuestro país, sin necesidad alguna de ratificación, adhesión o complementación por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias, se ajustan a la Ley Nº 26.485. Véase.

Artículo 1º. *Ámbito de aplicación. Orden Público. Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el Capítulo II del Título III de la presente.*

Artículo 7º. *Preceptos rectores. 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 entre mujeres y varones...”.*

Artículo 8º. *Organismo competente. El Consejo Nacional de la Mujer será el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la presente ley.*

Artículo 19. *Ámbito de aplicación. Las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente ley.*

Dos aclaraciones:

❖ *El artículo 1º de esta Ley señala expresamente que es de orden público, es decir, su dictado importa un interés general colectivo directo e inmediato a la paz, la seguridad social, las buenas costumbres y la moral.*

Según Baudry Lacantinere orden público es el conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya observancia cree una sociedad ligada su existencia. Por su parte, Calandrelli define el orden público como la normal armonía determinada en la comunidad de vida individual y social por las instituciones que salvaguardan la soberanía y la conservación del Estado limitando su poder, y delimitan el ejercicio de la actividad humana.

Desde el punto de vista del Derecho civil, el orden público es el “conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos obligatorios para conservar el orden social del pueblo en una época determinada.” (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil: Derecho privado y derecho de la persona, 5ª edición, ed. Bercal, 2011).

En otras palabras, son de orden público las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el cual está estructurada la organización social. Y alcanza tanto a los principios generales del Derecho, la Constitución, la costumbre jurídica y, fundamentalmente, a mi criterio, el ***ius cogens***, es decir, principios básicos del Derecho internacional humanitario. El Comité de Derechos Humanos afirma expresamente que son normas de *ius cogens* la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida (Observación general N° 24), así como el derecho a unas garantías procesales mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia (Observación general N° 29). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en su jurisprudencia constante, tanto contenciosa como consultiva, que varias normas de protección de los derechos fundamentales revisten el carácter de *ius cogens*, como el acceso a la justicia, llamado por esta Corte derecho al derecho (Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párrafo 11 y ss.). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues* contra Estados Unidos, afirmó que existía una norma de *ius cogens*

que prohibía aplicar la pena de muerte por delitos cometidos por menores de edad.

Por su parte, en el artículo 53 de la Convención de Viena, del 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, al mismo tiempo que declara la nulidad de cualquier tratado contrario a una norma imperativa, se codifica por primera vez la noción de *ius cogens* desde la perspectiva de la relación entre el Estado y la norma. Incluso en su artículo 64 se vuelve a reafirmar el carácter supremo del derecho imperativo con respecto a la norma convencional.

Su artículo 53 dispone que: *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*

Y su artículo 64 que: *“Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.*

Entre las normas internacionales básicas que se incluyen entre los principios *ius cogens* pueden mencionarse: la prohibición del uso de armas nucleares, la igualdad de derechos, la autodeterminación de los pueblos, la soberanía e igualdad de los Estados, la prohibición del uso de la fuerza, y la protección de los derechos humanos; y, además, una corriente doctrinaria ha llegado a sostener que existe un *ius cogens* “reforzado” o “duro” y que en él se encuentran el derecho a la vida y **el derecho a la salud**.

Quiero significar con lo expuesto que la Ley N° 26.485 cuando en su artículo 1º, es más, en su mismísimo inicio, indica con total precisión que *“Las disposiciones*

*de la presente ley son de orden público...”, no viene más que a **alertar** la importancia que reviste el cumplimiento de sus normas y, a *contrario sensu*, su quebrantamiento importará un desorden público de tal magnitud que comprometerá la armonía individual, la moral, las buenas costumbres, el orden social del pueblo e institucional del país.*

Y es por esa razón que corresponde a los particulares y todos los estamentos públicos y privados hacer cumplir la Ley N° 26.485 a **rajatabla**, resultando absolutamente severa en sus disposiciones acerca de las políticas públicas que deberán llevarse a cabo en todo el territorio de la República, así como también rigurosa en los registros que ordena crear y mantener actualizados, conforme lo indicado en el artículo 9º, inciso k, cuando establece que el Consejo Nacional de la Mujer deberá *Diseñar e implementar Registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional, en los que se establezcan los indicadores básicos aprobados por todos los Ministerios y Secretarías competentes, independientemente de los que determine cada área a los fines específicos, y acordados en el marco de los Consejos Federales con competencia en la materia;* al igual que su artículo 37º cuando indica que *La Corte Suprema de Justicia de la Nación llevará registros sociodemográficos de las denuncias efectuadas sobre hechos de violencia previstos en esta ley, especificando, como mínimo, edad, estado civil, profesión u ocupación de la mujer que padece violencia, así como del agresor; vínculo con el agresor, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, así como las sanciones impuestas al agresor.*

Y aún más inflexible cuando en su artículo 24, inciso e, afirma que *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 síntesis, la Ley N° 26.485 más allá de su obligatoriedad, no admite ninguna excusa por su incumplimiento y menos aún su inobservancia so pretexto de un error de derecho excusable, debido a que, como se vio, su desobediencia o quebrantamiento compromete el orden público, la armonía social y las Instituciones del Estado.

❖ Como he señalado al referirme a la posibilidad de que una ley nacional *“invite a las provincias a su ratificación”*, precisamente es lo que sucede en esta Ley, ya que así lo expresa su artículo 19 y, también como se dijo *supra*, ello obedece, únicamente, a la necesidad de armonizar sus normas procesales o, en su caso, adherirse al procedimiento que establece la ley nacional.

Veamos qué jurisdicciones se adhirieron y de qué forma.

CABA Ley 4.203

Chaco Ley 6.689

Chubut: Ley III-N°36; Corrientes: Ley 5.903; Entre Ríos: Ley 10.058; Formosa: Ley 1.569; La Pampa: Ley 2.550; La Rioja: Ley 8.561; Mendoza: Ley 8.226; Neuquén: Ley 2.786; Provincia de Buenos Aires: Ley 14.407; Río Negro: Ley 4.650; Salta: Ley 7.888; San Luis: Ley I-0875-2013; Santa Cruz: Ley 3.201; Santiago del Estero: Ley 7.032; Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur: Ley 1013; Tucumán Ley: 8.336

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Río Negro, San Luis, Santiago del Estero, y Tucumán adhirieron a la Ley N° 26.485, sin más preámbulo, por lo que, de manera tácita, hace propio el procedimiento que la ley nacional prevé a partir de su artículo 20.

Las provincias de Chaco y Tierra del Fuego adhirieron a la Ley N° 26.485 y, además, se manera expresa también receptaron el procedimiento establecido en sus disposiciones.

La provincia de Neuquén se adhirió, fijó políticas públicas internas y reguló su propio procedimiento.

La provincia de Buenos Aires se adhirió, hizo propio el procedimiento estipulado en la ley nacional y, además, reasignó partidas presupuestarias para su efectivo cumplimiento.

La provincia de Salta se adhirió y reguló su propio procedimiento.

La provincia de Santa Cruz se adhirió y creó el Observatorio Provincial de Violencia, receptando como propio el procedimiento dispuesto por la ley nacional.

b. A renglón seguido transcribiré algunos de los artículos de La Ley N° 26.485, y al igual que al tratar la Ley N° 25.929, también entre corchetes se hará referencia a su reglamentación, conforme el Decreto N° 1011/2010. Y con distinta tipografía y más ceñido en sus márgenes, se formulan algunas aclaraciones, para luego continuar con las transcripciones. Espero que no se pierda su hilo conductor.

ARTICULO 2º. *Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:*

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;*
- b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;*
- c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;*
- d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; 1947)*
- e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;*

[Inciso e). 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; 3) Desvalorizar o sobrevalorar las tareas desarrolladas mayoritariamente por alguno de los géneros; 4) Utilizar imágenes desvalorizadas de las mujeres, o con carácter vejatorio o discriminatorio; 5) Referirse a las mujeres como objetos];

f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;

[Inciso f). El acceso a la justicia a que hace referencia la ley que se reglamenta obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios en todas las esferas de actuación del ESTADO NACIONAL, ya sean de orden administrativo o judicial o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos. El acceso a la justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial];

Vale aclarar que esta norma se complementa con el procedimiento que se establece a partir de su artículo 20 hasta su artículo 40.

g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

ARTICULO 3. Derechos Protegidos. *Esta ley garantiza todos 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, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:

a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;

[ARTÍCULO 3º. - Inciso a). Se entiende por discriminación contra las mujeres a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otro ámbito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer];

Dicha Convención fue ratificada por nuestro país por la Ley Nº 23.179. Y resulta importante, en lo que interesa para estas notas, señalar que su artículo 12º establece: *1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.*

b) La salud, la educación y la seguridad personal;

c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;

d) Que se respete su dignidad;

- e) *Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;*
- f) *La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;*
- g) *Recibir información y asesoramiento adecuado;*
- h) *Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;*
- i) *Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;*
- j) *La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;*
- k) *Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.*

[Inciso k). Se entiende por revictimización, el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro];

Sobre la revictimización habré de referirme al tratar las cuestiones vinculadas a la obligación de denunciar los hechos penalmente y al interés público que reviste la violencia de género.

ARTICULO 4. *Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres 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, económica o*

patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

[ARTÍCULO 4º. - 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];

ARTICULO 5. *Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:*

1. Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

2. Psicológica: 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, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

El Decreto N° 1011/2010 no consideró necesario reglamentar este artículo debido a que es absolutamente clara la letra de la disposición. No deja dudas respecto a lo

que se entiende por violencia psicológica, y ello resultará de suma importancia al momento de desarrollar el tema central de estas notas.

3. Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

[Inciso 3). A los efectos de la aplicación del presente inciso deberá atenderse a lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme la cual la violencia contra las mujeres incluye, junto con la física y la psicológica, a la violencia sexual y se refiere tanto a las acciones o conductas que tengan lugar dentro de la familia, como a las que se produzcan en lugares de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud o en otros espacios, tanto del ámbito público como del privado. Se tendrá en cuenta lo dispuesto por las normas relativas a la Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas - Ley N° 26.364.]

Aclaro que la Convención a la que se refiere es la conocida Convención de Belém do Pará, ratificada por nuestro país por la Ley N° 24.632 y sus artículo 1º y 2º expresan textualmente: *Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.*

Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya

compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; 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.

4. Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5. Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

ARTICULO 6. *Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:*

[ARTÍCULO 6º. 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 N° 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 N° 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];

Primero diré que ambas Convenciones fueron referidas más arriba, y que la Recomendación General N° 19 del Comité establece que *En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad ... La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de convenios específicos de derechos humanos, constituye discriminación, tal como se entiende en el artículo 1 de la Convención. Estos derechos y libertades comprenden, entre otros: a) el derecho a la vida; b) el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ... e) el derecho a la protección igual de la ley; f) el derecho a la igualdad en la familia; g) el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental ... La Convención se aplica a la*

violencia perpetrada por las autoridades públicas ... No obstante, cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre ... los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización...”.

La reglamentación de este artículo es fundamental debido a que en su artículo 4º define, **en general**, lo que se entiende por violencia contra las mujeres, y en su artículo 5º define, **en especial**, algunos de los tipos de esa violencia. Ahora, en su artículo 6º enuncia algunas modalidades en cuanto a las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres, pero no es taxativo, sólo que el legislador al redactar la norma elaboró algunos modos que creyó necesario incluir expresamente, quizás por su habitualidad, importancia y gravedad, sin perjuicio de tantos otros; por esa razón la reglamentación aclara que su señalamiento no es *excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas*; en lo que nos interesa, por ejemplo, la Ley Nº 25.929.

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio,

las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) 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.

[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. Las mujeres que se atienden en las referidas instituciones tienen el derecho a negarse a la realización de las prácticas propuestas por el personal de salud. Las instituciones del ámbito de la salud pública, privada y de la seguridad social deben exponer gráficamente, en forma visible y en lenguaje claro y accesible para todas las usuarias, los derechos consagrados en la ley que se reglamenta];

Alto: aquí también cuando la reglamentación define trato deshumanizado, utiliza unos cuantos sinónimos adjetivando conductas pero, sólo algunas de ellas, pues, siendo tan rico el idioma castellano, le pareció que bastaban, para calificar aquel término, el uso de esas pocas palabras, sólo a modo de ejemplo.

Pero la importancia de la reglamentación se da en que siempre se habla de violencia de género en una relación entre un hombre y una mujer (así sucede en el femicidio, conforme el artículo 80, inciso 11, del Código penal). Sin embargo, en la violencia obstétrica se señala que por personal de la salud se entiende 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 la violencia obstétrica no es sólo la que pueda cometer un hombre.

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de

comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

ARTICULO 7. *Preceptos rectores. 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 entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores:*

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;*
- b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;*
- c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;*
- d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;*
- e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales;*
- f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;*

g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;

h) 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.

En síntesis, esta **LEY DE PROTECCION INTEGRAL A LAS MUJERES**, señala cuál es su objeto en el artículo 2º, cuáles los derechos de los que goza una mujer en el artículo 3º, definiendo qué se entiende por violencia contra las mujeres en su artículo 4º, y señalando *algunos* tipos de violencia en su artículo 5º, para luego, en su artículo 6º, *enunciar, a modo de ejemplo*, algunas modalidades de esa violencia.

Los artículos 20 a 40 regulan el procedimiento que habrá de llevarse a cabo, el que será gratuito y sumarísimo (20); ante cualquier juez de cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita; con reserva de identidad de la persona denunciante (21); con obligatoriedad de efectuar la denuncia penal 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 (24. e); con facultades del magistrado para imponer medidas preventivas, por ejemplo, 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 (26.a.1.) pudiendo ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer (26.a.7.); y convocando, dentro de las cuarenta y ocho horas de recibida la denuncia, a una audiencia entre las partes (28); contando con

amplísimas facultades probatorias (30), con la finalidad de dictar resolución con amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados (31), para aplicar la sanción pertinente, por ejemplo, entre otras, advertencia o llamado de atención por el acto cometido; o comunicar los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor, entre otras (32).

ARTICULO 37. *Registros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación llevará registros sociodemográficos de las denuncias efectuadas sobre hechos de violencia previstos en esta ley, especificando, como mínimo, edad, estado civil, profesión u ocupación de la mujer que padece violencia, así como del agresor; vínculo con el agresor, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, así como las sanciones impuestas al agresor (...);*

ARTICULO 41. *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.*

Con relación a este artículo me referiré en otro acápite.

8. El delito de lesiones.

Un poquito de historia: la pena, concebida como retribución por el hecho cometido, es más vieja que “el ir a pie”. Las Tablas Nippur (2050 a. C.), el Código de Hammurabi (1750 a. C.), así como en la Ley de Moisés (1500 a. C.), se fundaban en un principio jurídico de justicia retributiva; es decir, la norma imponía un castigo que se identificará con el crimen cometido: esa reciprocidad se daba porque, precisamente, el término “*talión*” deriva de la palabra latina *talis* o *tale* que significa “idéntico” o “semejante”, de *tal* suerte que la pena no podía ser equivalente sino idéntica: “*ojo por ojo, diente por diente*”.

Sin embargo, el hombre fue evolucionando (así parece) y el castigo por las lesiones provocadas a un tercero comenzaron a contemplar no sólo una

indemnización, como forma de resarcimiento, sino una pena acorde al daño corporal sufrido. **Claro que siempre fueron entendidas como una lesión al cuerpo que provocaba dolor físico, hasta que llegada la era cristiana aquel concepto se amplió y también se consideró delito de lesiones cuando la acción provocaba una perturbación del entendimiento del hombre Así pues, el concepto de lesiones corporales se modificó por el nuevo concepto de lesiones personales, es decir, tanto el daño físico como el daño psíquico.**

Pero ¿qué se entiende por lesión?

Del latín *laesiōn[em]* ("herida") significa una alteración de las características morfológicas o estructurales de un organismo en cualquiera de sus niveles de organización (molecular, celular, tisular, anatómico, corporal o social) producida por causas físicas, químicas o biológicas. (Real Academia Nacional de Medicina. Diccionario de términos médicos. Madrid: ed. Panamericana; 2012). En cambio, **en el ámbito del derecho penal, la lesión se define como una disminución en la integridad corporal, un daño en la salud o una incapacidad para el trabajo.**

El Libro Segundo, Título I Delitos contras las Personas, en su Capítulo II Lesiones, el Código Penal de la Nación prevé las diferentes modalidades subjetivas y objetivas del delito de lesiones:

a. Las enunciadas en los artículos 89, 90 y 91, se definen las lesiones dolosas leves, graves y gravísimas; **b.** en el artículo 92 se contemplan las circunstancias agravantes previstas para el homicidio calificado del artículo 80; **c.** en el artículo 93 se prevé el supuesto de lesiones ocasionadas en estado de emoción violenta; **d.** en el artículo 94 se contemplan las lesiones culposas.

Inmediatamente me referiré de manera breve a cada una de las conductas, debido a que haré especial hincapié en dos temas que resultan ser el meollo del asunto: **a.** el daño en la salud y **b.** los agravantes en el homicidio calificado, remitidos por el artículo 92, concretamente: el odio de género (artículo 80, inciso

4), y la violencia de género (artículo 80, inciso 11). Luego, por su importancia y trascendencia, dedicaré el Capítulo 10 a la previsión del artículo 72, inciso 2º, de nuestro Código penal que establece que son “...acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: ... 2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. **Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.**”.

Previo al análisis del articulado debe conocerse que para determinar la entidad penal de las lesiones, el Código utiliza un doble criterio: **a.** en las que han causado un daño irreparable, tiene en cuenta su magnitud y naturaleza, con fundamento en factores anatómicos, **fisiológicos**, económicos y sociales; **b.** en las que han causado un daño reparable, prevalece el tiempo de incapacidad para el trabajo y el peligro para la vida del ofendido.

Ahora el Código Penal de la Nación.

ARTICULO 89. *Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.*

El Código prevé todo **daño** posible en las personas, sea en el cuerpo (daño anatómico) **o en la salud** (daño fisiológico).

Por daño en el cuerpo se entiende *cualquier modificación, más o menos duradera, en el organismo de la víctima y que, además, puede ser interna o externa (visible). Y más o menos duradera importa que no sea simplemente un empujón, una compresión, una torcedura, o dolores que desaparecen casi de inmediato.*

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**. Y también el daño en la salud requiere cierta intensidad y duración, pues, no alcanza con haber generado un estadio de

nervios o una perturbación pasajera sin secuelas posteriores al hecho; por el contrario, resulta necesario que ocurra un trastorno en el estado de salud del individuo. Y, en particular, tratándose de la salud psíquica le corresponderá a los peritos médicos evaluar la intensidad del desequilibrio y al magistrado juzgar si se ha cometido el delito de lesión y, en su caso, calificarlas por su gravedad en leves, graves o gravísimas.

Siendo la doctrina absolutamente pacífica, sólo transcribiré a Soler, quizás únicamente por evocación a mi época de estudiante. Afirma que *“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.”*. Y cita que el concepto de salud mental se corresponde con el Código penal italiano de 1890 que refería *“perturbación de la mente”* pero que no receptó nuestra legislación por haber sido considerado redundante; a su criterio *“con razón”*. (Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1994, T. III, pág. 120).

Las lesiones leves son, por exclusión, las no previstas en los artículos 90 (lesiones graves) y 91 (lesiones gravísimas), y, por idénticas razones, las que hubieren inutilizado a la víctima para el trabajo por menos de un mes, no resultando indispensable que el lesionado deba estar sometido a un tratamiento durante todo ese período, ya que alcanza con que, por ejemplo, a consecuencia de su convalecencia, se vea imposibilitado de concurrir a su trabajo.

La Cámara Federal de La Plata, en fallo plenario, resolvió que en el concepto de lesiones del artículo 89 del Código Penal corresponde incluir **toda lesión o daño causado a otro en el cuerpo o la salud, cualquiera sea el medio empleado y cualesquiera sean sus derivaciones**, salvo que ella se encuentre prevista en otra disposición del referido Código (*E.D.*, del 10/VIII/1966).

ARTICULO 90. *Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano,*

de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

Sólo me referiré a dos supuestos: **a.** debilitación permanente de la salud; **b.** inutilización para el trabajo por más de un mes. Ello obedece a que a los fines de incluir la violencia obstétrica en las previsiones del delito de lesiones, difícilmente ella provoque alguno de los otros resultados que se describen, como, por ejemplo, una debilitación permanente *de un sentido, de un órgano, de un miembro.*

a. Se entiende por *debilitación permanente de la salud*, un debilitamiento general del organismo; es decir, una debilidad funcional, que puede importar (o no) una enfermedad. En definitiva, la lesión provoca una debilidad en el cuerpo o en la salud mayor que la lesión leve y menor que la lesión gravísima que, conforme se verá *infra*, requiere como resultado *una enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable.*

Debe tenerse presente que cuando el Código indica que el debilitamiento debe ser *permanente*, quiere significar prolongado el tiempo y no de por vida, por cuanto nadie sabe cuánto habrá de vivir.

b. La *inutilidad para del trabajo por más de un mes*, debe ser entendido no como el trabajo habitual de la víctima, ni el que desempeñaba al momento de la lesión, sino el trabajo en general, es decir, *las ocupaciones habituales, razón por la cual también podrá ser sujeto pasivo de lesiones graves una persona desocupada, porque el Código no fija el límite de tiempo con un sentido económico, sino como la imposibilidad para desempeñar alguna actividad.* Por ello tampoco importa si el lesionado, durante ese período, continúa percibiendo su remuneración habitual. Además, y como se vio en las lesiones leves, tampoco resulta indispensable que el lesionado deba estar sometido a un tratamiento durante todo ese período,

pues, alcanza que por el reposo que deba guardar se vea imposibilitado de realizar sus tareas habituales.

ARTICULO 91. *Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.*

En este caso, de manera similar que lo hice al tratar las lesiones graves, haré mención sólo a tres supuestos: **a.** *una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable;* **b.** *la inutilidad permanente para el trabajo;* **c.** *la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.*

a. *Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable.* En las lesiones graves hice mención a un debilitamiento de la salud, mientras que ahora el tipo penal requiere la existencia de una enfermedad, es decir, *una alteración más o menos grave del organismo, en virtud de un proceso patológico.*

Debe tratarse de una enfermedad mental o corporal, *cierta o probablemente incurable*, es decir, que “*prima facie*” aparezca como irremediable ya que nadie podrá tener certeza de que una enfermedad es verdaderamente incurable.

Y no debe suponerse que por enfermedad mental se entiende sólo a la esquizofrenia, las demencias o la paranoia, ya que conforme se verá luego, la OMS prefiere denominar a la enfermedad mental como trastornos mentales y allí incluye, entre otras, a la depresión o al insomnio.

b. *Inutilidad permanente para el trabajo.* Los conceptos vertidos al tratar en el artículo 90 la inutilidad para el trabajo, sirven para este supuesto, con la salvedad que ahora esa inutilidad debe ser permanente, lo que hace suponer que obedece a una enfermedad o debilitamiento que también se prolonga en el tiempo “*sine die*”, por lo que su previsión ya está contemplada en la norma.

c. *Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.* Esto significa, ni más ni menos, que la inutilización de los órganos genitales del hombre y de la mujer para la procreación, o su supresión anatómica (por ejemplo, los ovarios), que bien podría ocurrir frente a una intervención quirúrgica innecesaria al momento del parto.

ARTICULO 92. *Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.*

En lo que interesa al tema *in examine*, los agravantes del artículo 80 a analizar serán referidos a dos de sus incisos, cuando se diera muerte:

Inciso 4°. *“Por placer, codicio, odio ... de género...”.*

Inciso 11°. *“A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y **mediare violencia de género.**”*

Ambos incisos fueron incorporados por la Ley N° 26.791.

Con relación al inciso 4°, aquí la reforma tuvo por objeto castigar con una pena mayor a la del homicidio simple, a consecuencia que la acción de matar conlleva una motivación de odio, ni más ni menos, que al género sea femenino o masculino. Y su característica está dada por el elemento subjetivo “*por*” que es el sentimiento que determina la acción.

Con relación a la figura penal descripta por el referido inciso 11°, del artículo 80, corresponde señalar que su autor sólo puede ser un hombre y la víctima únicamente una mujer, y debe mediar violencia de género, es decir, una relación jerarquizada, de poder y sumisión de su autor y de la víctima para con él. Y la pena es mayor porque el hombre tiene *per se* mayor grado de agresión, fuerza y desigualdad frente a la mujer, conforme los casos que enuncian los artículos 4°, 5° y 6° de la Ley N° 26.485.

Evidente resulta entonces que el concepto violencia de género es amplísimo, y que las propias normas que rigen la materia se encargan de aclarar que sus definiciones no son taxativas ni excluyentes de otros actos de violencia que pudieren sucederse, al tiempo que remarca que no se refiere únicamente a una violencia doméstica o familiar, sino a todo tipo de conductas que importen una sumisión de la mujer hacia el hombre a consecuencia de una relación desigual de poder, de jerarquización, de una mal entendida superioridad del autor para con la víctima, etcétera.

No hay dudas en cuanto que el legislador, al castigar el femicidio 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 a una mujer que por su condición carece de iguales derechos.

En definitiva la distinción entre la figura del inciso 4º, del artículo 80 y la de este inciso 11º, radica en que en el primer caso se mata por odio al género (masculino o femenino) y su autor y víctima pueden ser tanto hombres como mujeres. Sin embargo, en el femicidio el autor siempre será un hombre, la víctima una mujer, y debe mediar, como condición *sine qua non*, violencia de género, es decir, una subordinación de la víctima y una errónea apreciación de superioridad o poder del autor del homicidio.

En definitiva, el artículo 92 establece agravantes en la sanción cuando las lesiones dolosas ocasionadas a la víctima se provocaren por *odio de género* o por *violencia de género*. Pero sobre este punto haré una referencia en el capítulo central, en atención a que es crucial y no es pacífica la doctrina ni la jurisprudencia.

Con relación al artículo 93, sólo se citará a modo meramente ilustrativo y no se analizará por no tener vinculación con el tema que nos ocupa.

ARTICULO 93. *Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1º letra a) del artículo 81, [“encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”] la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.*

ARTICULO 94. *Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.*

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, [“si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor”] el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses.

En primer lugar cabe señalar que la figura culposa reduce a un común denominador penal todos los grados de las lesiones dolosas.

El tipo penal enumera las siguientes conductas: **a. imprudencia; b. negligencia; c. impericia en su arte o profesión; d. inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo.**

a. La negligencia. Es la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza, y cuanto mayor es la negligencia tanto más diligencia requiere la naturaleza del acto.

b. La imprudencia. Se trata de un obrar que lleva consigo un peligro. Según el Diccionario de la lengua española significa “falta de prudencia”, y ésta es actuar con “cautela [y] moderación”. Para fijar el concepto: el negligencia realiza de menos y el imprudencia actúa de más. En uno y otro caso hay falta de diligencia.

c. Impericia en su arte o profesión. Es el accionar que realiza el sujeto activo en el desempeño de la actividad o profesión y que constituye su medio de vida o para la cual está facultado. No exige la norma ningún título académico, pues, puede actuar con impericia el plomero, el electricista y el mecánico, de igual modo que un enfermo o el obstetra. Impericia significa, *a contrario sensu*, “sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte”.

d. Inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes del cargo. Se considera que la simple inobservancia implica una negligencia apta por sí sola para hacer incurrir en culpa, pues, esa omisión, por sí sola, importa un obrar negligente. Por otra parte, debe tenerse presente lo que indica el artículo 77 del Código Penal, cuando interpreta que “*la expresión ‘reglamentos’ y ‘ordenanzas’ comprenden todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que se trate*”, razón por la cual cuando se trate de disposiciones privadas será necesario comprobar que el autor del hecho violó el deber de cuidado.

Como es sabido, la culpa requiere siempre la violación de un deber de cuidado. Este deber de cuidado puede ser muy diferente, según las personas y circunstancias, pues no existe un general deber de cuidado, sino que son siempre deberes particulares (del conductor, del albañil, del médico, del enfermero, etcétera). Además, un mismo deber de cuidado puede ser violado con diferente intensidad, o sea que su violación puede ser más o menos grave en cada caso, y *Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad*

de las consecuencias (artículo 1725 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

Queda claro entonces que de haber actuado el infractor con fiel cumplimiento y respeto a los “*reglamentos u ordenanzas*” el resultado dañoso jamás hubiera existido.

Fin Parte 1.