

INFORME EN DERECHO

Elisa Walker Echenique

Propuesta de incluir nueva agravante sobre violencia obstétrica en el artículo 12 del Código Penal en Boletín N° 12.148-11, vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política.

Noviembre 2022

Elisa Walker Echenique es abogada de la Universidad de Chile, Master en Filosofía Política y de Derecho en University College London (UCL), socia de Sarmiento y Walker Asociados, co-directora del Diplomado sobre Estrategias para la Gestión de la Diversidad e Inclusión de la UAI, profesora del curso Género y Derecho, UAI. También fue asesora legislativa del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género entre los años 2013 y 2017.

A. INTRODUCCIÓN

El proyecto de ley contenido en el Boletín N° 12.148-11 pretende establecer derechos en el ámbito de la gestación, preparto, parto, postparto, aborto, salud ginecológica y sexual a favor de las mujeres y personas gestantes, y, al mismo tiempo, busca sancionar la violencia gineco-obstétrica.

Los autores del proyecto de ley son las y los diputados Miguel Crispi, Maya Fernández, Karin Luck, Claudia Mix, Erika Olivera, Camila Rojas, Patricio Rosas, Marisela Santibáñez, Daniel Verdessi, y Gael Yeomans. Actualmente, se encuentra en el segundo trámite constitucional en el Senado.

Este Informe en Derecho solicitado por la Sociedad Chilena de Ginecología y Obstetricia tiene por objetivo analizar la propuesta de modificación del Código Penal chileno, agregando una nueva agravante a la responsabilidad penal en casos de violencia obstétrica. Este Informe en Derecho da cuenta de cómo la creación de esta agravante penal vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República en perjuicio de las personas que ofrecen prestaciones de salud en el ámbito de la ginecología y la obstetricia. Esta vulneración genera un problema de inconstitucionalidad en el proyecto. Los argumentos que sustentan esta afirmación de inconstitucionalidad serán desarrollados debidamente en el Informe.

En la primera parte del Informe, se describirán en forma breve ciertos antecedentes relevantes sobre el proyecto de ley en cuestión, incluyendo su contenido y fundamentos.

A continuación, se hará un breve análisis sobre la violencia contra las mujeres y sobre el derecho a la igualdad ante la ley.

Posteriormente, se explicará la vulneración al derecho a la igualdad ante la ley que supondría el añadir una agravante penal especial para casos de violencia obstétrica, teniendo en consideración a que genera una situación de discriminación entre los distintos prestadores de salud. Los estándares de cuidado que tienen las personas que realizan labores de ginecología y obstetricia son iguales al resto de los prestadores de salud, por lo que se les debe dar un trato similar.

Luego, este Informe expone respecto de otros problemas normativos que tiene esta nueva agravante, tales como la vaguedad de la norma y de falta de claridad de cuáles sean las conductas que sanciona. Asimismo, se explicará que no existe una regulación en el derecho comparado respecto a una agravante penal por violencia ginecobstétrica.

Finalmente, este Informe expone que las agravantes actuales que contempla el Código Penal pueden satisfacer las conductas constitutivas de violencia obstétrica.

B. PROYECTO DE LEY SOBRE VIOLENCIA GINECOBSTÉTRICA

A continuación, se presentarán los elementos principales que conforman este proyecto de ley, junto con exponer sus fundamentos.

a. Contenido del proyecto de ley

El año 2018 se ingresó un proyecto de ley, mediante el Boletín N° 12.148-11, que tiene por objetivo erradicar la violencia ginecobstétrica contra las mujeres y otras personas gestantes. Concretamente, indica que busca regular, garantizar y promover los derechos de las personas gestantes, del recién nacido, del padre o persona significativa para la persona gestante dentro del ámbito de la gestación, muerte gestacional o perinatal, preparto, parto, postparto y aborto. Además, se incluye a las prestaciones de salud sexual y reproductiva que se puedan dar como ámbito de aplicación de la protección. Se señala también que se aplica supletoriamente la ley N° 20.584¹.

Las disposiciones del proyecto de ley, según se indica, son aplicables en cualquier lugar donde se preste algún tipo de atención ginecobstétrica, y además, cubre a todo el personal de salud que cumpla alguna función relacionada con la salud sexual y reproductiva, ya sea administrativa, asistencial y/o educativa. Respecto de las niñas y mujeres bajo la custodia y/o tutela del Estado, también se aplicarán las disposiciones del proyecto de ley.

Para este proyecto, la violencia obstétrica se encuentra definida en el inciso primero del artículo 3°, el cual señala que:

¹ Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Disponible para su consulta en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348&idVersion=2021-10-21&idParte=10042018>

Definición de violencia ginecobstétrica. Se entenderá por violencia ginecobstétrica todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, omisión, discriminación o negación injustificada que suceda durante la atención de la gestación, muerte gestacional o perinatal, parto, postparto o aborto en las causales establecidas por la ley, y en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer u otra persona gestante.

Para entender en concreto lo que puede constituir un hecho de violencia obstétrica, el proyecto de ley contempla una serie de conductas que pueden ser consideradas como tales. Esta lista de hechos regulada en el artículo 4º del proyecto no es taxativa según se desprende de la lectura, ya que describe las conductas de violencia ginecobstétrica usando la expresión “entre otras”. Por tanto, pueden existir otros hechos que deberán ser ponderados por la autoridad competente para determinar si efectivamente constituyen o no violencia obstétrica².

El proyecto contiene una serie de principios ilustrativos para alcanzar el objetivo definido en él. Dentro de éstos encontramos, por ejemplo, la dignidad en el trato, la interculturalidad y la interpretación desde los derechos humanos.

Además, el Boletín contiene una definición de los derechos de la mujer o persona gestante, persona recién nacida y padre o persona significativa, todo con el objetivo de asegurar el resguardo y la eliminación de prácticas vulneratorias para estas personas en un momento crucial.

² Artículo 4.- Hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica. Se considerarán como hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica, entre otros, los siguientes:

- a) *Abandonar, burlarse, abusar, insultar, amenazar, dar malos tratos, coaccionar, excluir, desinformar, ejercer violencia física o psicológica contra la mujer u otra persona gestante en torno a su atención de salud sexual y reproductiva.*
- b) *Demostrar insensibilidad, ignorar deliberadamente, subvalorar y/o acallar el dolor o las enfermedades, por parte del personal de salud en dicho contexto.*
- c) *Omitir, retrasar o negar injustificadamente la atención oportuna ante una emergencia ginecobstétrica.*
- d) *Manipular u ocultar la información solicitada por la mujer u otra persona gestante o por un tercero, con su consentimiento y autorización.*
- e) *Utilizar el caso clínico de una mujer u otra persona gestante en actividades de docencia e investigación, sin su consentimiento.*
- f) *Abusar o negar medicación cuando es solicitada o requerida, a menos que aumente los 6 riesgos maternos y/o perinatales, los que deberán ser debidamente informados.*
- g) *Obligar a la mujer u otra persona gestante a parir en una posición que limite su movimiento, sin justificación ni consentimiento de ella, especialmente si se encuentra privada de libertad.*
- h) *Acelerar un parto fisiológico por métodos agresivos, como la maniobra de Kristeller y la episiotomía, entre otros, sin justificación médica ni consentimiento de la mujer u otra persona gestante.*
- i) *Efectuar prácticas y procedimientos potencialmente perjudiciales, que no tienen sustento específico alguno para su uso rutinario o frecuente en trabajos de parto y nacimientos normales.*
- k) *Introducir barreras de acceso a la anticoncepción, a la esterilización quirúrgica voluntaria y a la entrega de anticoncepción de emergencia en razón de la edad, sexo, etnia, orientación sexual, número de hijos o hijas u otro motivo que no sea la expresa voluntad de la mujer u otra persona con capacidad de gestar.*
- l) *Retardar injustificadamente u omitir la atención de salud, y que ello genere como consecuencia la muerte gestacional o perinatal.*
- m) *Retardar injustificadamente u omitir la atención en el ámbito del aborto en las causales establecidas por la ley.*
- n) *No respetar las tradiciones culturales que la mujer u otra persona gestante profese.*
- ñ) *Vulnerar los derechos establecidos en el Título III.*
- p) *Interferir en el establecimiento del vínculo con la persona recién nacida en el postparto, o no recibir información de su estado de salud, cualquiera sea la condición social, psicológica o física de la puerpera. (lo destacado es nuestro).*

Este proyecto de ley dimensiona la importancia de prevenir actos propios de la violencia obstétrica, por lo que incorpora un acápite de prevención y educación³, a lo que se añaden determinadas prácticas obligatorias⁴ tendientes a alcanzar el objetivo de la ley dentro de los establecimientos de salud, por ejemplo, obliga a los establecimientos de salud públicos o privados a disponer de un modelo sugerido de plan de parto. Asimismo, se incorpora un elemento educativo⁵ dentro de los mismos establecimientos de salud y de los establecimientos educacionales a través de capacitaciones y modificación curricular, respectivamente.

El proyecto de ley contiene un acápite relativo a la responsabilidad médica cuando se cometan prácticas constitutivas de violencia obstétrica. En éste se regula la responsabilidad, tanto de prestadores de salud públicos como privados, por los daños que se causen a la persona gestante en las instancias reguladas por este proyecto, la cual podrá ser exigible de acuerdo a lo indica la ley N° 19.966 en el artículo 38, esto es la ley que establece un Régimen de Garantías en la Salud⁶.

Además, se crea un procedimiento administrativo especial que se sigue ante la Superintendencia de Salud para que conozca y resuelva respecto de los reclamos de violencia obstétrica, el cual, en caso de considerar responsable al establecimiento de salud, puede aplicar una multa de mínimo 30 UTM a un máximo de 60 UTM, dependiendo de la gravedad de los hechos, lo cual no elimina la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil o penal que corresponda⁷.

Por último, este proyecto de ley contempla una modificación en el Código Penal, específicamente, añade un nuevo numeral 22 en el artículo 12 de este cuerpo normativo, el cual corresponde a una agravante penal. Así, esta nueva agravante consiste en lo siguiente:

22.º Cometer el delito en el marco de conductas y omisiones constitutivas de violencia ginecobstétrica.

³ Título IV del proyecto de ley del boletín N° 12.148-11.

⁴ Artículo 11 del proyecto de ley.

⁵ Artículo 12 del proyecto de ley.

⁶ Artículo 38.- *Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada.

⁷ Artículo 15 del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 12.148: *De la responsabilidad administrativa. Se establecerá un procedimiento administrativo especial ante la Superintendencia de Salud para conocer y resolver los reclamos de violencia ginecobstétrica. En el caso de acreditar infracción de alguno de los derechos contemplados en esta ley o la ocurrencia de actos que constituyan violencia ginecobstétrica, se deberá sancionar al establecimiento de salud con una multa de 30 a 60 unidades tributarias mensuales, según la gravedad del caso. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que puedan existir.*

Este Informe en Derecho tiene por finalidad analizar las implicancias constitucionales de esta propuesta de regular una nueva agravante en el Código Penal, dando cuenta de que esta disposición vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 19 numerando 2 de la Constitución Política de la República, en cuanto al nuevo estándar normativo que se aplicaría a los prestadores de salud que ejercen funciones dentro del ámbito de la ginecología y la obstetricia.

b. Fundamento del proyecto de ley

El proyecto de ley en cuestión se fundamenta como una iniciativa de erradicación de la violencia contra la mujer. En particular, se señala que “[p]or muchos años se mantuvo la idea que médicos(as) o el personal médico en general, como saben más que nosotras, tenían derecho a realizar procedimientos o tomar decisiones sobre nuestros cuerpos y procesos reproductivos sin considerar nuestra voluntad, que era normal que fueran violentos con nosotras, que así era el momento del parto.”⁸ (Énfasis añadido)

Específicamente se menciona la violencia de género, señalando que “[h]oy dejamos de normalizar la violencia de género, y exigimos un trato digno y el respeto de nuestros derechos, el respeto de nuestros derechos sexuales y reproductivos, el respeto de nuestros proyectos de vida. En ningún espacio público o privado, bajo ninguna circunstancia, se puede justificar la violencia de ningún tipo contra las mujeres.”⁹ (énfasis añadido) En este sentido, la agravante penal representaría una herramienta para combatir la violencia de género, con enfoque en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos.

Junto con manifestar preocupación por la violencia de género, el proyecto de ley también se fundamenta en la validación de la autonomía desde una mirada en la que se valida la opinión de las pacientes frente al personal de salud. Por eso se señala que “[p]or muchos años se mantuvo la idea que médicos(as) o el personal médico en general, como saben más que nosotras, tenían derecho a realizar procedimientos o tomar decisiones sobre nuestros cuerpos y procesos reproductivos sin considerar nuestra voluntad.” (lo destacado es nuestro)¹⁰ Tal como se verá más adelante, la idea de validar la autonomía y poder de decisión de los pacientes no es algo nuevo,

⁸ Fundamento de la moción parlamentaria, disponible en

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12670&prmBOLETIN=12148-11>

⁹ Fundamento de la moción parlamentaria, disponible en

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12670&prmBOLETIN=12148-11>

¹⁰ Fundamento de la moción parlamentaria, disponible en

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12670&prmBOLETIN=12148-11>

sino que es una posición que cuestiona la mirada paternalista del ejercicio de prestaciones de salud que imperó por muchos años en ese ámbito. En este proyecto de ley, se valida ese espacio de autonomía en el marco de los derechos sexuales y reproductivos.

C. ANTECEDENTES CONCEPTUALES

Antes de analizar los argumentos que dan cuenta de que la propuesta de agravante penal vulnera el derecho a la igualdad de los prestadores de salud en el ámbito de la ginecología y la obstetricia, es necesario revisar dos conceptos que ayudan a entender ese problema de inconstitucionalidad. Estos dos conceptos son la noción de violencia contra las mujeres y la de igualdad ante la ley.

1. Violencia contra las mujeres

El proyecto de ley se fundamenta en la necesidad de proteger a las mujeres frente a la violencia que pueden vivir en contextos de violencia ginecobstétrica, describiendo la misma como violencia de género. Por lo mismo, es importante revisar la noción de este tipo de violencia, la que para efectos de este Informe se asimila a violencia contra las mujeres.

La violencia contra las mujeres está definida en el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como la “Convención de Belém do Pará”. En ésta disposición se señala que,

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.

La violencia obstétrica constituye una forma específica de manifestación de la violencia contra las mujeres.

Tal como lo señala la literatura sobre la materia, los actos de violencia contra las mujeres están profundamente marcados por las condiciones de discriminación estructural hacia las mujeres y también por los estereotipos de género que se viven dentro de una sociedad, transformando este fenómeno en uno de discriminación estructural¹¹.

¹¹ Ver Iris Marion Young, *La Justicia y la Política de la Diferencia*, Edición Cátedra, Madrid, 2000; Rebeca Cook, *Estereotipos de Género*, Simona Cusack, Philadelphia : Universidad de Pensilvania, 2009; Comisión Interamericana

Asimismo, tal como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la violencia contra las mujeres vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, a la vida y a la integridad personal.¹²

Lamentablemente, la violencia de género es un fenómeno transversal que afecta a las mujeres en diversos ámbitos de su desarrollo. El sector de las prestaciones de salud no es ajeno a este fenómeno en cuanto al vínculo que puede existir con la comisión de delitos penales. De esta forma, la violencia de género como comisión de delitos penales puede estar presente en atenciones del ámbito de la ginecología y la obstetricia, como también en otros ámbitos de la atención de salud.

En los últimos años hemos sido testigos de varias noticias que dan cuenta de que la violencia contra las mujeres, y, en especial, la violencia contra las mujeres que implica la comisión de delitos, no solo proviene del mundo de la ginecología y obstetricia, sino que también puede estar presente en otros ámbitos de las prestaciones médicas¹³. El caso de la formalización de un oncólogo acusado de abusar sexualmente a más de una paciente es un claro ejemplo que la comisión de delitos que son típicamente manifestación de violencia de género no es una práctica que puede impactar solo a los prestadores de salud que ejercen labores en el ámbito de la ginecología y la obstetricia, sino que, lamentablemente, puede estar presente en otros sectores de la salud.

La existencia de conductas de violencia contra las mujeres dentro del ámbito de la salud también es una preocupación del Colegio Médico. Recientemente, y a raíz del caso del oncólogo acusado de abusar sexualmente a algunas pacientes, el Departamento de Género del Colegio Médico ha informado el registro de 42 denuncias de agresiones sexuales entre 2017 y 2021, principalmente en el contexto médico-paciente, pero también entre colegas¹⁴. Considerando la gravedad de esta situación, el Colegio Médico ha señalado que una medida apropiada podría ser

de Derechos Humanos, Violencia y Discriminación contra Mujeres, Niñas y Adolescentes, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf> p. 10.

¹² disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>

¹³

<https://cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/medico-fue-condenado-por-abuso-sexual-contra-cuatro-pacientes-en-san/2022-09-29/174942.html>;

<https://www.adnradio.cl/nacional/2022/10/05/fiscalia-pide-16-anos-de-carcel-para-oncologo-por-abuso-sexual-reiterado-contra-pacientes.html>;

<https://www.diarioconstitucional.cl/2022/03/14/medico-que-abuso-sexualmente-de-paciente-durante-una-revision-es-condenado-a-pagar-una-indemnizacion-por-dano-moral>;

<https://cnnespanol.cnn.com/2022/08/16/ricardo-cruciani-medico-neurologo-muerto-violacion-abuso-carcel-nueva-york-trax/>

¹⁴

<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/gremios/colegio-medico-expresa-preocupacion-por-casos-de-abuso-sexual-en-el/2022-11-07/160007.html>

el establecer el retiro de título y registro público de médicos condenados por abuso sexual¹⁵.

Es importante resaltar que estas propuestas se aplicarían a todos quienes ejercen labores en el ámbito de la salud, y no únicamente en quienes realizan trabajos de ginecología y obstetricia.

Hay otras iniciativas, tales como el proyecto de ley sobre acoso sexual en las atenciones de salud, Boletín N° 12.527-11. Este proyecto de ley aborda la temática de acoso sexual, la que también es una conocida manifestación específica de la violencia de género, existiendo interesante literatura sobre la materia, como por ejemplo el trabajo de Catharina Mackinnon¹⁶.

Esta iniciativa, una vez más, da cuenta de que la violencia de género está presente en términos generales en el ámbito de ese tipo de prestaciones y que no es una práctica exclusiva del sector de la ginecología y la obstetricia.

Asimismo, la preocupación por la violencia de género en el ámbito de la salud también está regulada en la “Convención de Belém do Pará”. El artículo 2 de la dicha Convención señala que,

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, donde quiera que ocurra. (lo destacado es nuestro).

Esta regulación no limita la preocupación de la violencia de género o violencia contra la mujer a las atenciones ginecobstétricas, sino que identifica a los establecimientos de salud como un ámbito específico en el que usualmente se pueden dar conductas constitutivas de violencia física, sexual o psicológica en contra de las mujeres.

Todos los antecedentes recién expuestos dan cuenta que la agravante del proyecto de ley reduce el problema penal de la violencia de género a la violencia ginecobstétrica, cuando este fenómeno puede estar presente en otras áreas de la salud.

¹⁵

<https://cooperativa.cl/noticias/pais/salud/gremios/colmed-propone-retiro-de-titulo-y-registro-publico-sobre-medicos/2022-11-09/120115.html>

¹⁶

Ver: <https://kolectivoporoto.cl/wp-content/uploads/2015/11/MacKinnon-Catherine-Hacia-una-teor%C3%ADa-feminista-del-Estado.pdf>; <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder/article/view/1657/1229>

2. Derecho a la igualdad

Antes de analizar los fundamentos de la vulneración del artículo 19 numeral 2 que generaría la aprobación de la propuesta de agravante penal regulada en un nuevo numeral 22 del artículo 12 del Código Penal, es importante revisar cómo se regula el derecho a la igualdad en nuestro país a nivel constitucional.

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política consagra la igualdad ante la ley, teniendo especial importancia lo que indica su inciso segundo, que establece lo siguiente: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Complementando lo que señala dicho inciso, el Tribunal Constitucional ha establecido que “esta debe ser entendida como una protección constitucional de la “igualdad en la ley”, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”¹⁷. (lo destacado es nuestro)

Asimismo, la idea de igualdad ante la ley y no discriminación, como derecho que merece ser protegido, ha sido desarrollada por diversos tratados internacionales que ha suscrito y ratificado nuestro país. Al efecto, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone:

Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Esto quiere decir que el principio que subyace a este derecho establece una serie de obligaciones a los Estados, como el cumplimiento de buena fe, respeto y garantía sin discriminación de los derechos, y una altamente pertinente para efectos de la tramitación legislativa: la obligación de no adoptar legislación contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni incurrir en prácticas que resulten discriminatorias.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al efecto ha señalado lo siguiente: “[...] la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y

¹⁷ Considerando 16, Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 12.165-21.

es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”¹⁸

Dentro de nuestro país, en un sentido a lo antes expuesto la profesora Miriam Henríquez ha señalado que el derecho necesariamente debe hacer distinciones al momento de aplicarse para obtener resultados igualitarios, pero dichas distinciones deben ser siempre jurídicamente razonables:

*Tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como tales implica reconocer que no puede aplicarse el Derecho sin efectuar distinciones que tomen en cuenta las diversas realidades de las personas. Es, por lo demás, parte de la filosofía democrática, que exige que el Estado reconozca las desigualdades, promueva las que son justas, y a base de ellas reaccione en contra de las desigualdades injustas o perjudiciales, intentando establecer una igualdad efectiva mediante un tratamiento justificadamente desigual.*¹⁹

En un sentido similar la profesora y Ministra de la Excma. Corte Suprema, doña Ángela Vivanco ha señalado sobre el derecho a la igualdad lo siguiente:

*[L]a Constitución no prohíbe hacer diferencias, porque jurídicamente pueden justificarse, sino que lo prohibido es hacerlas por pura arbitrariedad, es decir, que el factor fundamental al adoptar la decisión sea sólo el capricho, sin que medie racionalidad alguna. En este contexto, el principio de igualdad se manifiesta como una protección ante el ordenamiento jurídico y ante la autoridad, para que una persona no se vea afectada por diferencias irracionales*²⁰. (lo destacado es nuestro)

De lo anterior se puede desprender que tanto nuestra legislación, como los tratados internacionales, la doctrina y la jurisprudencia han creado un robusto desarrollo del derecho a la igualdad ante la ley. La igualdad ante la ley, por lo tanto, se traduce en que todas las personas están sometidas a un mismo catálogo de derechos y obligaciones, sin que puedan la ley o el sistema político instituir personas o grupos privilegiados o perjudicados por motivos de origen, sexo, posición económica o social, creencias religiosas o filosóficas o ideología. Por tanto, se

¹⁸ Corte IDH. Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 79. En el mismo sentido: Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

¹⁹ Henríquez, Miriam; Nuñez, Jose Ignacio. Manual de Estudio de Derecho Constitucional, página 142.

²⁰ Vivanco, Ángela. Curso de Derecho Constitucional. Tomo II. Santiago, Ediciones, UC, 2004, 2ª ed., p. 340.

desprende que la legislación nacional no puede adoptar normas que impliquen tanto favorecer a ciertos grupos como también discriminar a otros por motivos arbitrarios. Enseguida, la ley sí permite que se establezcan diferencias entre diversos grupos, pero dichas distinciones deben hacerse si es que existen motivos razonables para resguardar y proteger a determinados grupos que se encuentren en una situación de desventaja. En caso contrario, es decir cuando se establezcan diferencias entre diversos grupos sin motivos razonables, el derecho constitucional de igualdad ante la ley se ve afectado.

D. VULNERACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD

A continuación, revisaremos diversos argumentos que dan cuenta de cómo la propuesta de crear una agravante penal para delitos cometidos en contexto de violencia obstétrica vulnera el derecho de la igualdad de los prestadores de salud que realizan labores en el ámbito de la ginecología y obstetricia.

1. La agravante genera una situación de discriminación entre los prestadores individuales de salud

La regulación de la agravante penal del proyecto de ley en cuestión genera un trato discriminatorio entre quienes realizan labores en el ámbito de la salud. Esto se debe a que la agravante penal sugerida establece un trato diferenciado injustificado para quienes trabajan en el sector de prestaciones médicas.

A continuación, revisaremos los argumentos que dan cuenta de esta afectación al derecho a la igualdad ante la ley.

a. El fundamento entre la ley N° 20.584 y el proyecto de ley es común

El proyecto de ley sobre violencia ginecobstétrica se funda en la preocupación de la violencia contra las mujeres, en el sentido de que las mismas no pueden ser invisibilizadas y que

no corresponde realizar procedimientos o adoptar decisiones sobre sus cuerpos sin considerar su voluntad²¹.

La preocupación por el respecto a la voluntad del paciente, es el fundamento principal que motiva la creación de la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes.

Tal como se da cuenta en las discusiones en el ámbito de salud previas a la dictación de la ley N° 20.584, el ejercicio de la medicina estuvo varios años fundada en el Modelo Hipócrates, consistente en un modelo paternalista en el que el doctor es quien sabe qué es lo que se debe hacer y no se considera la voluntad del paciente para proceder de una u otra forma. En palabras de Ángel Rodríguez,

*Se cree que es Hipócrates el fundador de este modelo de carácter paternalista, seguramente el más antiguo, pero todavía vigente en la relación que mantienen muchos médicos con sus pacientes, en algunos contextos culturales de nuestros países. En este modelo, el médico se esfuerza en determinar lo que es lo mejor para el paciente, prescindiendo del paciente mismo, esto es, sin que este intervenga en la decisión.*²²

Juan Pablo Beca, experto en bioética, explica que la noción paternalista del ejercicio de la medicina evoluciona modelos informativos, y deliberativos, en los que es el paciente quien participa y toma las decisiones²³.

No cabe duda alguna que el modelo paternalista impactaba en forma negativa a los pacientes, y que éste era particularmente negativo para las mujeres, considerando que la voz de ellas fue silenciada por años; sin poder estudiar, sin poder votar, sin poder participar en espacios de toma de decisión y sin poder tener un espacio de deliberación en el contexto de prestaciones médicas.

Asimismo, tampoco cabe duda alguna que después de años de ejercicio de la medicina en forma paternalista, la evolución a un modelo deliberativo que hace partícipe al paciente no se logra en forma espontánea. Justamente, la ley N° 20.485 representa una herramienta de transformación cultural para efectos de exigir el consentimiento de los pacientes.

²¹ La violencia hacia las mujeres debe ser erradicada en todas sus formas, no puede ser que existan circunstancias en que ésta se encuentra invisibilizada y naturalizada y menos, en momentos tan cruciales e importantes para las vidas de las mujeres. Por muchos años se mantuvo la idea que médicos(as) o el personal médico en general, como saben más que nosotras, tenían derecho a realizar procedimientos o tomar decisiones sobre nuestros cuerpos y procesos reproductivos sin considerar nuestra voluntad, que era normal que fueran violentos con nosotras, que así era el momento del parto. Hoy dejamos de normalizar la violencia de género, y exigimos un trato digno y el respeto de nuestros derechos, el respeto de nuestros derechos sexuales y reproductivos, el respeto de nuestros proyectos de vida. En ningún espacio público o privado, bajo ninguna circunstancia, se puede justificar la violencia de ningún tipo contra las mujeres.

²² Ángel Rodríguez. Modelos de la relación médico-paciente reflejo de la deshumanización de la salud, Ars Medica (Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile) 2006; 12: 101-3.

²³ Juan Pablo Beca-Infante, La relación médico-paciente en el siglo 21, Rev. chil. enferm. respir. vol. 34 no. 4 Santiago, 2018.

En el mensaje presidencial con el que se inició la tramitación de la ley N° 20.584 se destacó la importancia de la autonomía. Ahí se indicó que “respetar la dignidad de las personas no es una mera afirmación declarativa o una bien fundada pretensión programática. Al contrario, ésta se traduce en formulaciones y hechos concretos, especialmente en el respeto por su libertad.”²⁴ Asimismo, en el mensaje presidencial se puso especial énfasis sobre la conexión que existe entre el ejercicio de la autonomía y el “control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos”.²⁵ Se señaló que dicha iniciativa legal buscaba “precisamente reconocer dicho espacio de soberanía personal”.²⁶

En definitiva, en el mensaje presidencial de la ley N° 20.584 queda claro que el ejercicio de autonomía que se manifiesta en la regulación sobre el consentimiento de dicha ley tiene un correlato en el respeto del cuerpo de las personas y el control de las mismas sobre éste. Si hay algo que se ha reivindicado históricamente en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, es la soberanía personal de las mujeres y el “control sobre su propio cuerpo”. Esto se discute tanto en la forma en que se vive la sexualidad, como en el ejercicio de los derechos reproductivos²⁷.

Considerando la relevancia del respeto a la autonomía en la ley N° 20.485 y en el proyecto de ley en cuestión, queda de manifiesto que este proyecto de ley no contiene una disposición original sobre autonomía, sino que es una propuesta que especifica ciertas formas particulares mediante las que se puede ejercer dicha autonomía, pero siendo la autonomía un derecho que tienen todas las personas que se benefician de una prestación de salud. En este sentido, la creación de una agravante penal en desmedro de quienes ejercen labores en el ámbito de la ginecología y la obstetricia representa una discriminación arbitraria puesto que el respeto a la autonomía del paciente es un deber para todos quienes realizan labores en el ámbito de las prestaciones de salud, pero solo a algunos se les aplicaría una sanción penal mayor debido al sector donde ejercen esas labores.

²⁴ Historia de la Ley N° 20.584, Mensaje Presidencial, fecha 26 de julio, 2006. Mensaje en Sesión 58. Legislatura 354, disponible en

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4579/HLD_4579_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ver texto de Judith Jarvis Thomson, A Defense of Abortion, disponible en <https://spot.colorado.edu/~heathwoo/Phil160,Fall02/thomson.htm>

b. La agravante se propone en un proyecto que tiene normas comunes con la ley de derechos y deberes de los pacientes

Más arriba se explicó que los fundamentos del proyecto de ley de violencia ginecobstétrica son comunes con la ley N° 20.584, analizando con detención la importancia del respeto de la autonomía. Esto exige dar un tratamiento similar a los prestadores de salud que incurrir en delitos penales con connotación de violencia de género, puesto que los estándares de cuidado entre el prestador de salud y el paciente son comunes.

Junto con esos argumentos, se debe tener presente que la base común entre el proyecto de ley en cuestión con la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes no se limita a la coincidencia de sus fundamentos, sino que queda de manifiesto en la normativa de la ley. Esto reafirma que los estándares de cuidado son comunes y eso exige que, desde un plano penal, se les dé un tratamiento común.

A continuación, revisaremos una serie de disposiciones legales que dan cuenta de las similitudes que existen entre la regulación de la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, destacando como estas similitudes exigen un trato similar entre todos los prestadores de salud, y, consecuentemente, la regulación propuesta representa una vulneración al derecho a la igualdad, puesto que sometería a los prestadores individuales de salud que ejerce sus funciones en el ámbito de la ginecología y la obstetricia y un estándar más gravoso en caso de incumplimiento de dichas funciones, puesto que se les aplicaría una agravante penal si cometen un delito en el contexto de la violencia ginecobstétrica.

i. Normas sobre trato digno

El proyecto de ley identifica una serie de conductas como constitutivas de violencia ginecobstétrica. Esta lista de conductas no es taxativa sino que se establece a modo de ejemplo. En el artículo 4 que regula los hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica, se consagran las siguientes conductas:

- a) Abandonar, burlarse, abusar, insultar, amenazar, dar malos tratos, coaccionar, excluir, desinformar, ejercer violencia física o psicológica contra la mujer u otra persona gestante en torno a su atención de salud sexual y reproductiva.*
- b) Demostrar insensibilidad, ignorar deliberadamente, subvalorar y/o acallar el dolor o las enfermedades, por parte del personal de salud en dicho contexto. (...)*

d) *Manipular u ocultar la información solicitada por la mujer u otra persona gestante o por un tercero, con su consentimiento y autorización.* (lo destacado es nuestro)

Todas estas conductas son subsumibles en la obligación establecida en el artículo 5 de la ley N° 20.584, la que establece que "En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia." (lo destacado es nuestro)

La preocupación por el trato digno es una manifestación del resguardo a la dignidad de las personas. Tal como lo indica el mensaje presidencial que dio origen a la ley de derechos y deberes de los pacientes, esta iniciativa responde a la creciente deshumanización de las relaciones entre los actores del sistema de salud y a la "demanda de las sociedades por el respeto a los derechos humanos siempre y en todo momento, especialmente en situaciones de necesidad, como ocurre cuando solicita atención de salud".²⁸

La ley N° 20.584, establece manifestaciones específicas de trato digno, tales como la necesidad de tener una relación de cortesía y amabilidad. Las descripciones de violencia obstétrica recién presentadas, tales como mostrar insensibilidad, burlarse, ejercer violencia física o psicológica o manipular información, son claras conductas que no se condicen con el trato digno y no representan una relación de cortesía y amabilidad. Esto da cuenta de la similitud entre ambos textos.

A mayor abundamiento, la idea de que la violencia obstétrica atenta contra la dignidad en el trato está consagrada en los fundamentos del proyecto de ley objeto de este análisis. En la moción parlamentaria se indica que uno de los principios que rige esta iniciativa es el principio de la dignidad en el trato y se señala que se entiende por tal que "Ninguna mujer podrá ser objeto de cualquier maltrato o agresión psicológica, física o sexual, que suceda durante la atención de la gestación, parto, postparto o aborto en las causales establecidas por la ley, así como también en torno a las atenciones ginecológicas y sexuales. Los prestadores de salud deberán entregar un trato digno a la mujer durante todo el periodo de su atención de salud."²⁹ De esta forma, el proyecto de ley vincula la violencia obstétrica con el trato digno, así como la ley N° 20.584 también consagra el derecho de las personas de recibir dicho trato por parte del personal de la salud que los atiende.

²⁸ Historia de la Ley N° 20.584, Mensaje Presidencial, fecha 26 de julio, 2006. Mensaje en Sesión 58. Legislatura 354, disponible en

https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_ley/4579/HLD_4579_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

²⁹ <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12670&prmBOLETIN=12148-11>

En definitiva, todos los pacientes tienen el derecho a recibir por parte de los prestadores de salud individuales un trato digno, pero en caso que exista una infracción a este trato que tenga una arista penal, los prestadores de salud vinculados al ejercicio de la ginecología y obstetricia van a recibir una sanción diferenciada debido a la aplicación de la agravante penal. Esta distinción carece de toda razonabilidad y genera un trato discriminatorio en contra de los prestadores de salud del área de la ginecología y obstetricia, puesto que los estándares de cuidado son comunes.

ii. Normas sobre atención oportuna

Junto con establecer disposiciones que velan por el trato digno de las mujeres que pueden estar expuestas a violencia ginecobstétrica, el proyecto de ley también contiene varias disposiciones relacionadas para asegurar una atención oportuna por parte de las pacientes.

En esta línea, se identifican a lo menos cuatro disposiciones contenidas en el artículo 4, que regula hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica. Las disposiciones son las siguientes:

- c) Omitir, retrasar o negar injustificadamente la atención oportuna ante una emergencia ginecobstétrica. (...)
- f) Abusar o negar medicación cuando es solicitada o requerida, a menos que aumente los riesgos maternos y/o perinatales, los que deberán ser debidamente informados. (...)
- l) Retardar injustificadamente u omitir la atención de salud, y que ello genere como consecuencia la muerte gestacional o perinatal.
- m) Retardar injustificadamente u omitir la atención en el ámbito del aborto en las causales establecidas por la ley. (lo destacado es nuestro)

La entrega de una prestación oportuna también forma parte de las disposiciones de la ley N° 20.584. En su artículo 2 se señala que:

Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes. (lo destacado es nuestro)

De esta forma, el proyecto de ley en cuestión incluye una especificación de situaciones que representan una falta de atención oportuna, pero el derecho a ser atendido en forma oportuna no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, sino que está consagrado en la ley de derechos y deberes de los pacientes. De esta forma, la atención oportuna obliga a todos quienes los prestadores de salud, pero el incumplimiento de la misma tendría un trato discriminatorio en contra de quienes ejercen en el área de la ginecología y obstetricia en la medida que la

vulneración tenga connotación penal, ya que solo a ellos se les aplicaría una agravante penal por el incumplimiento de un estándar legal que es general para todos quienes trabajan en el área de la salud.

iii. Normas sobre entrega de información

El proyecto de ley contiene disposiciones sobre la obligación de entregar información. Específicamente, el artículo 4 que regula los hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica, establece las siguientes conductas:

- d) Manipular u ocultar la información solicitada por la mujer u otra persona gestante o por un tercero, con su consentimiento y autorización. (...)*
- p) Interferir en el establecimiento del vínculo con la persona recién nacida en el postparto, o no recibir información de su estado de salud, cualquiera sea la condición social, psicológica o física de la puérpera. (lo destacado es nuestro)*

La ley N° 20.584, también establece disposiciones generales relacionadas con el derecho a acceder a información. El artículo 10 establece que,

Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Asimismo, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad y la forma en que se realizará su tratamiento, adaptada a su edad, desarrollo mental y estado afectivo y psicológico. (lo destacado es nuestro)

En este sentido, la ley N° 20.584 establece el derecho a ser informado acerca del estado de salud del paciente, su diagnóstico, alternativas de tratamiento, entre otras, y el proyecto de ley establece situaciones específicas de incumplimiento de dicho deber en el marco de la violencia ginecobstétrica, incluyendo el no entregar información sobre el estado de salud del recién nacido y manipular la información que es solicitada por la paciente o un tercero. Nuevamente, existe una relación de género-especie que da cuenta del claro vínculo que existe entre la ley N° 20.584 y el proyecto de ley en cuestión.

Estas disposiciones sobre la entrega de información dan cuenta que la creación de una agravante penal a delitos que se cometen en el marco de la violencia ginecobstétrica atenta contra el derecho a la igualdad. Los efectos de esta propuesta legal radican en que se somete a los profesionales de la salud que cumplen labores en el área de la ginecología y obstetricia a una

sanción penal agravada a pesar de que la violencia ginecobstétrica es una regulación que deviene de los deberes que tiene todo personal de salud hacia sus pacientes. En ese sentido, no hay fundamento legal que justifique el hecho de que todos los prestadores individuales de salud deben de respetar el derecho de los pacientes a ser informados, pero que solo algunos que incumplan con esa disposición tendrán una sanción penal mayor en caso de estar en el contexto de la comisión de un delito, por el solo hecho de desempeñarse en el área de la ginecología y la obstetricia.

iv. Normas sobre consentimiento

El proyecto de ley contiene una serie de disposiciones sobre el resguardo de la autonomía de las mujeres, manifestado en forma específica en la exigencia de su consentimiento para someterla a las prestaciones de salud.

El artículo 2 establece los principios aplicables, incluyendo en la letra b) el principio de autonomía, consistente en lo siguiente,

*Autonomía. Ninguna mujer u otra persona gestante podrá ser sometida a una **prestación de salud no consentida** durante la atención de la gestación, muerte gestacional o perinatal, preparto, parto, postparto o aborto en las causales establecidas por la ley, ni en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la ley N°20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. (lo destacado es nuestro).*

Asimismo, el artículo 4 del proyecto de ley contiene una serie de disposiciones específicas sobre violencia obstétrica que dicen relación con la falta de consentimiento, tales como las siguientes,

- e) Utilizar el caso clínico de una mujer u otra persona gestante en actividades de docencia e investigación, sin su consentimiento. (...)*
- g) Obligar a la mujer u otra persona gestante a parir en una posición que limite su movimiento, sin justificación ni consentimiento de ella, especialmente si se encuentra privada de libertad.*
- h) Acelerar un parto fisiológico por métodos agresivos, como la maniobra de Kristeller y la episiotomía, entre otros, sin justificación médica ni consentimiento de la mujer u otra persona gestante. (...)*
- k) Introducir barreras de acceso a la anticoncepción, a la esterilización quirúrgica voluntaria y a la entrega de anticoncepción de emergencia en razón de la edad, sexo, etnia, orientación sexual, número de hijos o hijas u otro motivo que no sea la expresa voluntad de la mujer u otra persona con capacidad de gestar. (lo destacado es nuestro).*

La importancia de contar con el consentimiento del paciente también es parte de la ley N° 20.584. El artículo 14 de dicha ley regula el consentimiento informado, señalando que,

Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

El correlato del derecho de los pacientes es la obligación que se genera para los prestadores individuales de salud de respetar este derecho.

Considerando que todos los prestadores individuales de salud están sometidos a la exigencia de contar con el consentimiento de los pacientes para realizar labores, no existe razón para justificar un trato diferenciado en desmedro de quienes ejercen sus labores en el ámbito de la ginecología y obstetricia, sometiéndolos a un agravante penal en caso de cometer un delito en contexto de violencia ginecobstétrica, ya que la ausencia de consentimiento es una hipótesis de ese tipo de violencia, pero también es una infracción legal a los deberes generales que tienen las personas que dan prestaciones médicas.

v. Normas sobre confidencialidad

El proyecto de ley contiene disposiciones para resguardar la confidencialidad de las prestaciones que regula. El artículo 2 regula los principios aplicables y expresamente establece en la letra c) el siguiente:

Privacidad y confidencialidad. Todas las prestaciones de salud en el ámbito de la gestación, muerte gestacional o perinatal, parto, postparto y aborto en las causales establecidas por la ley deberán realizarse en un ambiente que proteja la privacidad de la mujer u otra persona gestante. Asimismo, toda información relacionada con estas atenciones deberá consignarse en su ficha clínica, a la que nadie podrá tener acceso, sino en virtud de la autorización expresa de la paciente³⁰. (lo destacado es nuestro)

La confidencialidad también es un derecho establecido en la ley N° 20.584. El artículo 10 inciso final se señala que,

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello. (lo destacado es nuestro)

³⁰ <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12670&prmBOLETIN=12148-11>

Asimismo, el artículo 12 establece el deber de confidencialidad en relación con la ficha clínica, indicando que,

La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella. (lo destacado es nuestro)

Nuevamente, y tal como en las otras normas antes expuestas, el proyecto de ley no crea nuevos estándares en el trato prestador de salud paciente, sino que especifica varias disposiciones de la ley N° 20.584 para efectos de hacerlas operativas en el ámbito de la violencia ginecobstétrica. En este caso, se establecen normas específicas sobre confidencialidad, las que ya están recogidas en términos más globales en la ley sobre derechos y deberes de los pacientes. Si los estándares de la relación entre los prestadores de salud y los pacientes son comunes, más allá de la especificación de los derechos mediante disposiciones más precisas, no existen razones que permitan justificar un trato diferenciado desde el contexto del derecho penal. Esa falta de fundamento razonable implica que la propuesta de la agravante penal vulnera el derecho constitucional a la igualdad.

c. Normas específicas sobre violencia ginecobstétrica en la ley N° 20.584

El vínculo entre la ley N° 20.584 y el proyecto de ley en cuestión no solo queda de manifiesto por sus fundamentos o por las disposiciones generales de la ley, que tienen correlato con las normas específicas que pretende regular el proyecto de ley sobre violencia ginecobstétrica, sino que también se concluye al constatar que la propia ley N° 20.584 tiene disposiciones específicas sobre un trato digno en el ámbito de la ginecología y obstetricia.

El artículo 5 letra b) inciso segundo de la ley N° 20.584 señala los prestadores deberán,

*Realizar acciones concretas de contención, empatía y respeto por el duelo de cada madre, u otra persona gestante, que **hayan sufrido la muerte gestacional o perinatal**, así como también para el padre o aquella persona significativa que la acompañe. El Ministerio de Salud dictará una norma técnica que establecerá los mecanismos o acciones concretas que deberán realizar los establecimientos de salud para resguardar este derecho. (lo destacado es nuestro)*

Esta disposición específica sobre la muerte gestacional o perinatal se vincula con el principio de dignidad en el trato establecido en el proyecto de ley, ya que éste señala en el artículo 2 letra a) que,

Ninguna mujer u otra persona gestante podrá ser objeto de maltrato, manipulación o agresión psicológica, física o sexual durante la atención de la gestación, muerte gestacional o perinatal, (...) (lo destacado es nuestro)

En el caso de la ley N° 20.584 el resguardo a la muerte gestacional o perinatal se representa con la obligación de desarrollar acciones concretas para contener, empatizar y respetar el duelo de esas mujeres. En el caso del proyecto de ley, la aproximación a la muerte gestacional o perinatal se regula desde la lógica de la prohibición de maltratos, respondiendo ambos a la necesidad de dar un trato digno a la paciente.

La segunda disposición que dice relación con temas de ginecología y obstetricia en la ley N° 20.584 es el artículo 6 inciso tercero, el que establece el derecho a tener acompañamiento durante el parto. Específicamente, la disposición señala que,

Asimismo, tratándose del acompañamiento de mujeres en trabajo de parto, los establecimientos permitirán en todo momento la compañía de la persona que ella determine, con la única excepción de que se derive de ello un peligro para el niño o niña, o para la mujer. (lo destacado es nuestro)

Esta disposición tiene su correlato en el artículo 8 del proyecto de ley, el que establece lo siguiente,

La mujer u otra persona gestante tiene los siguientes derechos:

g) A estar acompañada ininterrumpidamente por el padre del que está por nacer, por una persona significativa, por una doula, si contase con una de su confianza y elección durante el trabajo de preparto y parto, quienes recibirán información oportuna y completa sobre su estado de salud y el de la persona recién nacida, con su autorización previa. (lo destacado es nuestro)

Ambas disposiciones establecen con derecho de la mujer a estar acompañada en forma continua en el proceso de parto por la persona que ella determine, lo que reafirma la naturaleza similar que tienen las disposiciones de la ley N° 20.584 y el proyecto de ley en cuestión, en cuanto a abordar derechos de los pacientes, lo que tiene como correlato obligaciones de los prestadores de salud.

En este sentido, frente a normas específicas dentro de la regulación de la ley N° 20.584 para quienes realizan labores de ginecología y obstetricia, no es razonable imponer sanciones

aumentadas en caso de infracciones penales, puesto que esos deberes devienen de la misma regulación sobre derechos y deberes de los pacientes.

d. Ley N° 20.584 como norma supletoria

Ya hemos explicado en detalle las significativas similitudes que existe entre la ley N° 20.584 y el proyecto de ley en cuestión, similitudes de que dan cuenta que el tratamiento diferenciado que se le quiere dar a ambas regulaciones, mediante la incorporación de una agravante penal que se aplica a prestadores individuales de salud que incurren en actos de violencia obstétrica, constituiría un caso de discriminación por atentar contra la igualdad ante la ley.

A mayor abundamiento y para efectos de evidenciar el claro vínculo que existe entre la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes de los pacientes y el proyecto de ley en cuestión, debemos destacar que la propia moción parlamentaria establece que la ley N° 20.584 se aplicará en forma supletoria en todas aquellas no reguladas en el proyecto sobre violencia ginecobstétrica.

El artículo 1 inciso final del proyecto de ley establece lo siguiente:

En todo lo no regulado por esta ley, se aplicará supletoriamente la ley N°20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Es importante señalar que la remisión que se hace a la ley N° 20.584 no se limita a alguna materia específica, sino que se hace una remisión en su carácter de norma supletoria de toda la ley en su conjunto. Esto significa que la supletoriedad se aplica en todas las disposiciones de la ley, lo que refuerza el estrecho vínculo de la ley señalada con el proyecto de ley en cuestión.

La supletoriedad de la ley N° 20.584 se reafirma con la regulación sobre el principio de autonomía en el artículo 2 letra b) del proyecto de ley puesto que éste indica que,

Autonomía. Ninguna mujer u otra persona gestante podrá ser sometida a una prestación de salud no consentida durante la atención de la gestación, muerte gestacional o perinatal, preparto, parto, postparto o aborto en las causales establecidas por la ley, ni en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la ley N°20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.³¹ (o destacado es nuestro)

Los cuatro elementos antes mencionados, es decir, (1) fundamentos comunes entre la ley N° 20.584; (2) las coincidencias entre las disposiciones de la ley N° 20.584 y el proyecto de ley;

³¹ <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12670&prmBOLETIN=12148-11>

(3) las normas específicas sobre violencia obstétrica en la ley N° 20.584 y; (4) el carácter supletorio de la ley N° 20.584, dan cuenta del estrecho vínculo entre ambos textos. En este sentido, el proyecto de ley en cuestión es una iniciativa que principalmente especifica ciertas obligaciones que derivan de la ley de derecho y deberes de los pacientes, pero enfocadas particularmente en el fenómeno de la violencia ginecobstétrica.

Es por estas razones que el proyecto de ley atenta contra el derecho a la igualdad de los prestadores de salud en el ámbito de la ginecología y obstetricia en comparación con los prestadores de salud que se desempeñan en otras áreas.

e. La violencia contra las mujeres es una preocupación general para los establecimientos de salud.

Junto con analizar las disposiciones de la ley de derechos y deberes de los pacientes, y dar cuenta cómo los estándares de cuidado son comunes con el proyecto de ley de violencia ginecobstétrica y, por lo mismo, la vulneración de esos estándares deberían tener un tratamiento similar, cosa que no ocurre con la creación de la agravante penal, también es importante hacer mención a la arista de violencia contra las mujeres del proyecto de ley.

La preocupación por la erradicación de la violencia contra la mujer es un propósito loable, pero la forma en que se realiza debe asegurar el respeto del derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

Tal como se señaló antes, el ámbito de la salud sexual y reproductiva no es el único espacio en el que las mujeres pueden ser víctimas de violencia en contexto de prestaciones de salud. La Convención de Belém do Pará aborda la temática de violencia contra las mujeres en el ámbito interamericano y en su artículo 2 identifica esferas en las que normalmente se incurre en ese tipo de violencia, destacando los establecimientos de salud³².

Esta norma da cuenta que históricamente los establecimientos de salud han sido un lugar propenso para la violencia contra las mujeres. Esto no es una sorpresa ya que la lógica paternalista de construir relaciones siempre ha generado un impacto especialmente perjudicial en

³² 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, donde quiera que ocurra. (lo destacado es nuestro)

contra de mujeres, y, justamente, es esa lógica paternalista la que rigió por muchos años la relación médico paciente, y sigue manteniéndose en algunos casos.

Volvemos a destacar que la existencia de conductas de violencia contra las mujeres dentro del ámbito de la salud también es una preocupación del Colegio Médico. El Departamento de Género del Colegio Médico ha informado el registro de 42 denuncias de agresiones sexuales entre 2017 y 2021, principalmente en el contexto médico-paciente,³³ y se está pensando en promover medidas para sancionar ese tipo de conductas, tales como establecer el retiro de título y registro público de médicos condenados por abuso sexual³⁴.

Frente a esta preocupación por proteger a la mujer en contra de violencia hacia su persona, pero también de entender que los establecimientos de salud en general representan un lugar más propenso para ese tipo de violencia, es que la ley debe establecer medidas que no generen un trato desigual frente a profesionales que tienen los mismos deberes de cuidado de las pacientes. Tal como se ha señalado con anterioridad, este proyecto de ley genera justamente un trato desigual injustificado, puesto que exige sancionar penalmente con una pena mayor a un profesional que incurre en delitos en contexto de violencia ginecobstétrica, pero otro profesional de la salud recibiría una pena menor por el mismo delito cometido.

Asimismo, es importante tener presente que debido a la forma en que está regulada la violencia ginecobstétrica, siempre que un prestador de salud individual incurra en un delito en contra de una mujer en ejercicio de su profesión, éste estará incurriendo en ese tipo de violencia y se le deberá aplicar la agravante. Esto se debe a que el artículo 4 letra a) del proyecto de ley identifica dentro de los hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica el dar malos tratos o ejercer violencia física o psicológica contra la mujer.³⁵ No cabe duda alguna que la violación, abuso sexual, lesiones y homicidio, solo por nombrar algunos delitos en los que se podría incurrir en contra una mujer en el ámbito de la atención de la ginecología y obstetricia, son siempre un acto de malos tratos o violencia física o psicológica, por lo que siempre serán violencia ginecobstétrica. Por lo mismo, cada que un profesional del ámbito de la ginecología y

³³

<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/gremios/collegio-medico-expresa-preocupacion-por-casos-de-abuso-sexual-en-el/2022-11-07/160007.html>

³⁴

<https://cooperativa.cl/noticias/pais/salud/gremios/colmed-propone-retiro-de-titulo-y-registro-publico-sobre-medicos/2022-11-09/120115.html>

³⁵ Artículo 4.- *Hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica. Se considerarán como hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica, entre otros, los siguientes: a) Abandonar, burlarse, abusar, insultar, amenazar, dar malos tratos, coaccionar, excluir, desinformar, ejercer violencia física o psicológica contra la mujer u otra persona gestante en torno a su atención de salud sexual y reproductiva. (lo destacado es nuestro)*

obstetricia incurra en un delito contra una mujer que sea su paciente, como por ejemplo, abuso sexual, se le aplicará la agravante penal. En cambio, si otro profesional de la salud incurre en ese mismo delito, se le aplicará una pena menor. Este trato desigual es el que explica la vulneración al derecho a la igualdad que genera este proyecto de ley.

E. DE LOS OTROS PROBLEMAS NORMATIVOS DE LA AGRAVANTE PROPUESTA

Junto con identificar la afectación al derecho a la igualdad de quienes realizan prestaciones de salud en el ámbito de la ginecología y la obstetricia, la propuesta de agravante también tiene otras dificultades que se exponen a continuación.

1. No existe claridad sobre las conductas que constituyen la agravante penal

El derecho penal es un sistema de *última ratio*, puesto que se puede aplicar solo cuando no existen otros mecanismos legales aptos para prevenir o sancionar las conductas que están en entredicho. Este estándar único del derecho penal se justifica por sus sanciones: es el único sistema de responsabilidad que puede privar de libertad a una persona. Por lo mismo, sus normas deben ser claras y las conductas que se sancionan deben ser precisas.

La agravante penal que propone regular el proyecto de ley consiste en,

22.º Cometer el delito en el marco de conductas y omisiones constitutivas de violencia ginecobstétrica. (lo destacado es nuestro)

De la sola lectura queda de manifiesto que la conducta relevante para la aplicación de la agravante es incurrir en actos u omisiones constitutivas de violencia ginecobstétrica. Luego, al revisar el artículo 4º del proyecto de ley que regula las hipótesis de violencia ginecobstétrica, podemos constatar que esa descripción de conductas no es taxativa, ya que las conductas de violencia ginecobstétrica se identifican usando la expresión “entre otras”. Por tanto, pueden

existir otras conductas que deberán ser ponderados por la autoridad competente para determinar si efectivamente constituyen o no violencia obstétrica³⁶.

Lo anterior da cuenta que es posible que una mujer denuncie hechos de violencia ginecobstétrica sobre conductas que no conocemos y, por lo mismo, tampoco podemos prevenir con claridad. Desde otra perspectiva, la ausencia de una lista taxativa de conductas implica que no es posible saber cuáles son las conductas que conforman las agravantes penales. Esta incerteza no es propia del derecho penal, ya que debido a su naturaleza de *última ratio*, este ámbito del derecho exige mayor claridad sobre las conductas que se le aplican. En este sentido, la agravante penal propuesta no se condice con los estándares propios del derecho penal.

2. Esta agravante es vaga en cuanto a su contenido

La agravante que busca incorporarse mediante el proyecto de ley en comento establece:

Cometer el delito en el marco de conductas y omisiones constitutivas de violencia ginecobstétrica.

³⁶ Artículo 4.- Hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica. Se considerarán como hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica, entre otros, los siguientes:

- a) Abandonar, burlarse, abusar, insultar, amenazar, dar malos tratos, coaccionar, excluir, desinformar, ejercer violencia física o psicológica contra la mujer u otra persona gestante en torno a su atención de salud sexual y reproductiva.
- b) Demostrar insensibilidad, ignorar deliberadamente, subvalorar y/o acallar el dolor o las enfermedades, por parte del personal de salud en dicho contexto.
- c) Omitir, retrasar o negar injustificadamente la atención oportuna ante una emergencia ginecobstétrica.
- d) Manipular u ocultar la información solicitada por la mujer u otra persona gestante o por un tercero, con su consentimiento y autorización.
- e) Utilizar el caso clínico de una mujer u otra persona gestante en actividades de docencia e investigación, sin su consentimiento.
- f) Abusar o negar medicación cuando es solicitada o requerida, a menos que aumente los 6 riesgos maternos y/o perinatales, los que deberán ser debidamente informados.
- g) Obligar a la mujer u otra persona gestante a parir en una posición que limite su movimiento, sin justificación ni consentimiento de ella, especialmente si se encuentra privada de libertad.
- h) Acelerar un parto fisiológico por métodos agresivos, como la maniobra de Kristeller y la episiotomía, entre otros, sin justificación médica ni consentimiento de la mujer u otra persona gestante.
- i) Efectuar prácticas y procedimientos potencialmente perjudiciales, que no tienen sustento específico alguno para su uso rutinario o frecuente en trabajos de parto y nacimientos normales.
- ke) Introducir barreras de acceso a la anticoncepción, a la esterilización quirúrgica voluntaria y a la entrega de anticoncepción de emergencia en razón de la edad, sexo, etnia, orientación sexual, número de hijos o hijas u otro motivo que no sea la expresa voluntad de la mujer u otra persona con capacidad de gestar.
- l) Retardar injustificadamente u omitir la atención de salud, y que ello genere como consecuencia la muerte gestacional o perinatal.
- m) Retardar injustificadamente u omitir la atención en el ámbito del aborto en las causales establecidas por la ley.
- n) No respetar las tradiciones culturales que la mujer u otra persona gestante profese.
- ñ) Vulnerar los derechos establecidos en el Título III.
- p) Interferir en el establecimiento del vínculo con la persona recién nacida en el postparto, o no recibir información de su estado de salud, cualquiera sea la condición social, psicológica o física de la puerpera. (lo destacado es nuestro).

La propuesta de agravante descrita es sumamente vaga, de modo que deja en una situación de desmedro injustificado en la aplicación de la ley penal a los prestadores de salud a quien se le fuese a aplicar como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal.

La agravante establece que el delito sea cometido “*en el marco* de conductas y omisiones constitutivas de violencia obstétrica”. De esta expresión, no queda claro si para que la agravante modifique la responsabilidad penal, la violencia ginecobstétrica debe ser causada por el profesional médico o si puede darse el caso de que la conducta u omisión constitutiva de violencia ginecobstétrica sea causada por un tercero, o incluso, por el prestador de salud.

La vaguedad e imprecisión se ve mayormente acrecentada por los hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica del artículo 4 del proyecto de ley.

En este sentido, la letra c) del artículo 4 establece que constituye violencia ginecobstétrica,

Omitir, retrasar o negar injustificadamente la atención oportuna ante una emergencia ginecobstétrica.

La omisión, retraso o negación de una atención puede ser causada por diversas razones y puede haber distintos responsables de que esta se produzca. Por ejemplo, un retraso de una atención de una emergencia en el cual pueden no haber tenido ningún tipo de incidencia, si dicho retraso es atribuible a terceros, como podría ser la administración del prestador de salud, y serían condenados a penas más altas que otros profesionales o médicos por el mismo delito, debido a la imprecisión de la norma.

3. Hay hipótesis de violencia obstétrica que contravienen los deberes de los médicos

El hecho descrito en la letra f) de la propuesta normativa que constituye violencia ginecobstétrica presenta una situación compleja que pone en desmedro a los profesionales a los que se pretende aplicar esta norma. La letra f) del artículo 4 señala que constituye violencia ginecobstétrica “f) Abusar o negar medicación cuando es solicitada o requerida, a menos que aumente los riesgos maternos y/o perinatales, los que deberán ser debidamente informados.”

Sin duda, este precepto carece de la precisión necesaria para poder ser considerada una agravante penal, especialmente respecto a la hipótesis de negar medicación solicitada, ya que el

personal de salud no puede ni debe entregar medicación a un paciente por el solo hecho de que lo solicite. Aun cuando consideremos el final del precepto: “a menos que aumente los riesgos maternos y/o perinatales, los que deberán ser debidamente informados”, el paciente puede solicitar al profesional de salud una medicación que no aumente dichos riesgos, pero que aun así, no sea pertinente, o genere otros riesgos diferentes, y aun así, de ser negada, se cumpliría con dicha conducta considerada violencia ginecobstétrica y se estaría en la hipótesis de una agravante penal.

E. NO HAY REGULACIÓN DE AGRAVANTES PENALES SOBRE VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN EL DERECHO COMPARADO

El Boletín N° 12.148-11 se refiere a la violencia obstétrica, y plantea distintas estrategias para tipificar y sancionar las conductas constitutivas de ésta. Al mismo tiempo se encarga de establecer derechos para las mujeres en el ámbito de la gestación, parto, posparto, aborto y en el contexto de la salud ginecológica y sexual. Su finalidad - según se desprende del propio proyecto - es erradicar cualquier forma de violencia en contra de las mujeres, incluso aquellas que se encuentren invisibilizadas y naturalizadas en la sociedad, como sucedería con la violencia ginecobstétrica.

En efecto, y tal como ya hemos mencionado, el Título VI del proyecto de ley en estudio establece normas relativas a la modificación de otros cuerpos legales. De tal modo, su artículo 16 incorpora una nueva circunstancia agravante en el Código Penal, la cual quedaría incorporada en su artículo 12 N°22, bajo el siguiente tenor: “cometer el delito en el marco de conductas y omisiones constitutivas de violencia ginecobstétrica”.

Luego, resulta imprescindible estudiar comparativamente otras legislaciones para observar cómo éstas han tratado y tipificado la violencia gineco-obstetra, así como también, la eventual inclusión de una agravante penal, como pretende el proyecto de ley en análisis. En el contexto americano existen al menos 4 legislaciones que contemplan y dan tratamiento a este tipo de violencia en contra de las mujeres. Tales países son Venezuela, Argentina, México y Uruguay.

Venezuela fue el país pionero en la región al promulgar la Ley Orgánica N° 38.668, el día 23 de abril del año 2007, sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Dicho

cuerpo legal estableció que la violencia obstétrica constituye una especial forma de violencia de género, entendiendo por tal,

la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres. (artículo 15, numeral 13).

Asimismo, en su artículo 51 detalla aquellos actos que, realizados por personal de salud, constituyen violencia obstétrica, mientras que el artículo 52 se refiere a la esterilización forzada, como un tipo de violencia. Tales hipótesis se encuentran contenidas - casi en su totalidad - en el proyecto de ley que ahora se analiza, en su artículo 4, literales c), g), h) y j). Respecto de las conductas constitutivas de violencia obstétrica, la legislación venezolana impone multas al responsable, que van desde las 250 a las 500 Unidades Tributarias. Mientras que en el caso de la esterilización forzada se dispone la aplicación de una pena privativa de la libertad, de 2 a 5 años. No obstante, la legislación venezolana no contempla - en ningún caso - la existencia de una agravante penal específica para este tipo de actos.

En contraste con lo anterior, el proyecto de ley en estudio va más allá, al contemplar un catálogo más amplio de casos constitutivos de violencia obstétrica (17 literales), así como sanciones que no se limitan únicamente al ámbito pecuniario, sino que se extiende a la responsabilidad administrativa, e incluso penal del responsable, al incorporar una circunstancia agravante que - en los hechos - afectaría única y exclusivamente al personal médico gineco-obstetra, y a las matronas, como únicos sujetos activos de tal agravante.

En cuanto al país trasandino, podemos comenzar señalando que durante el año 2004 promulgaron la ley N° 25.929 (o ley de parto humanizado), mediante la cual lograron establecer un catálogo de derechos en favor de aquellas mujeres que se encuentren en un contexto de embarazo, trabajo de parto, parto y postparto (artículo 2°). Al mismo tiempo, dicho cuerpo legal señala que cualquier incumplimiento de las obligaciones que ahí se establecen, ya sea, por parte de las entidades médicas, como por sus funcionarios y/o colaboradores, serán consideradas como faltas graves, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiese corresponderles.

Posteriormente, el día 1 de abril del año 2009, Argentina promulgó la ley N° 26.485, la cual tuvo por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. De tal modo, el artículo 6, literal e), de dicha norma contempla e incorpora expresamente a la violencia obstétrica como una especial modalidad de violencia sufrida por las mujeres, entendiendo por tal “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”.

De igual forma, dicha ley incorporó en su artículo 11° el deber del Estado Argentino de impulsar y desarrollar políticas públicas, promoviendo su articulación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil. En su numeral 4, literal c), dispone que al Ministerio de Salud le corresponderá el diseño de protocolos específicos de detección precoz y atención de todo tipo y modalidad de violencia contra las mujeres, prioritariamente en las áreas de atención primaria de salud, incluyendo expresamente a las áreas de obstetricia y ginecología.

En tal sentido, la ley realiza una adecuada remisión normativa, delegando en la Administración - el Ministerio de Salud, en este caso - la facultad de elaborar protocolos específicos para prevenir, detectar y atender los casos de violencia obstétrica. De tal modo, la legislación argentina únicamente establece un marco general para la elaboración de tales protocolos, los cuales deberán ser posteriormente desarrollados y dotados de contenido por el Ministerio de Salud, como el ente técnico correspondiente. A mayor abundamiento, tampoco ha sido posible identificar en el derecho argentino la inclusión de una agravante penal específica, que tal como propone el proyecto de ley chileno.

En cuanto a los Estados Unidos Mexicanos (o simplemente México), existen dos órdenes de regulaciones relacionadas con la violencia obstétrica. Una de ellas es de carácter federal y la otra es de nivel estatal.³⁷

De tal modo, el Estado Federal cuenta, desde el año 2007, con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuyo principal objetivo es prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, tal como se desprende de su artículo 1°. No obstante, dicha norma carece de un tratamiento específico respecto de la violencia ginecobstétrica, y únicamente se limita a definir, en sus artículos 6° y 18°, otras formas de agresión que pueden ser relacionadas con ésta, tales como la violencia física, la violencia psicológica, y aquella que

³⁷ Díaz, Luis y Fernández, Yasna. (2018). Situación legislativa de la Violencia obstétrica en América latina: el caso de Venezuela, Argentina, México y Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 51 (segundo semestre de 2018). pp. 134. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n51/0718-6851-rdpucv-00301.pdf>.

proviene de agentes del Estado, conceptualizada como violencia institucional. Luego, es posible señalar que a nivel federal no existe una regulación específica para la violencia obstétrica.³⁸

En cambio, a nivel estatal es posible observar que diez de las treinta y un unidades federadas que constituyen el Estado Federal sí han definido que ha de entenderse por violencia obstétrica, en sus respectivas leyes de acceso a una vida libre de violencia. Tal es el caso de los Estados de Chiapas, Veracruz, Chihuahua, Colima, San Luis Potosí, Durango, Guanajuato, Quintana Roo, Tamaulipas e Hidalgo³⁹, los cuales desarrollan definiciones muy similares. Particularmente, para el caso del Estado de Chiapas la violencia obstétrica se conceptualiza como toda,

*apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad.*⁴⁰

En relación al tratamiento y la sanción para este tipo de violencia, solo tres de las unidades federales de México han establecido el delito de violencia obstétrica, estos son, Veracruz, Chiapas y Guerrero. No obstante, cada uno de éstos ha seguido una estrategia legislativa diversa.

En el caso del Estado de Veracruz, su Código Penal prescribe que comete delito el personal de salud (en términos genéricos) que incurra en alguna de las conductas que señala el artículo 363, constitutivas de violencia obstétrica. Al mismo tiempo, señala que las sanciones por tales actos pueden fluctuar entre los 6 meses y los 6 años de prisión, y multas que van desde los 200 días de salario, y hasta los 300 días, dependiendo de la gravedad de las conductas. Adicionalmente, si el sujeto activo es un funcionario público se le impondrá la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos, por hasta 2 años.

Por su parte, el Estado de Chiapas tipifica el delito a partir de su definición y de un listado de conductas que equipara a la violencia obstétrica (artículo 183 quáter). En efecto, el artículo 183 ter del Código Penal de dicho Estado nos otorga una definición a partir de la cual ordena que, con independencia de las lesiones causadas, al responsable del delito de violencia obstétrica se le deberá imponer una sanción que va desde uno a tres años de prisión y hasta

³⁸ Ídem.

³⁹ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), (2013). Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México. p. 15-66. Citado en: Díaz, Luis y Fernández, Yasna. (2018). Situación legislativa de la Violencia obstétrica en América latina: el caso de Venezuela, Argentina, México y Chile.

⁴⁰ Artículo 6 de la Ley de Acceso a una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, en el Estado de Chiapas México.

doscientos días de multa, así como la suspensión de la profesión, cargo u oficio, por un término igual al de la pena privativa de libertad impuesta. Adicionalmente se incorpora el deber de indemnizar la reparación integral del daño.

Por último, el Estado de Guerrero también tipifica el delito a partir de la definición de violencia obstétrica señalada en el artículo 203 de su Código Penal. Y en dicho caso, las sanciones van desde los dos a ocho años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo (artículo 202 Código Penal de Guerrero).

Si bien es interesante advertir que en estos tres casos se establecen penas privativas de libertad, no debe olvidarse que dicho tratamiento penal es sumamente excepcional en México. En efecto, y tal como ya se ha señalado, a nivel federal no existe un tratamiento particular de la violencia obstétrica, mientras que a nivel estatal, sólo 10 de las 31 unidades federadas han definido la violencia obstétrica, y de éstas, sólo 3 la han tipificado penalmente, correspondiente a un 9,6% del total de los estados federados.

De igual modo, si se observa el móvil utilizado por estos tres estados federales para sancionar penalmente la violencia obstétrica, podemos apreciar que ninguno contempló la inclusión de ésta como una circunstancia agravante de responsabilidad penal. En tal sentido, el Boletín N°12.148-11 incorpora un elemento complejo en comparación con el derecho comparado, puesto que permite aumentar el injusto de cualquier tipo de delito que sea cometido “en el marco de conductas y omisiones constitutivas de violencia gineco-obstetra”.

Para finalizar, debemos destacar el caso de Uruguay, como el último país - dentro de la región - en el cual se ha otorgado un especial tratamiento a la violencia obstétrica.

Ya durante el año 2008 dicho país había promulgado la Ley N°18.426, sobre salud sexual y reproductiva, la cual tuvo por objeto garantizar el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la población. De tal forma, en su artículo 3°, establecía la importancia de promover el,

“parto humanizado, garantizando la intimidad y privacidad; respetando el tiempo biológico y psicológico y las pautas culturales de la protagonista y evitando prácticas invasivas o suministro de medicación que no estén justificados.” (énfasis añadido).

Luego, y como medidas especialmente dirigidas a garantizar aquello, la ley dispuso que correspondía al Ministerio de Salud: “dictar normas que incluyan el enfoque de derechos sexuales y reproductivos para el seguimiento del embarazo, parto, puerperio y etapa neonatal” (artículo 4, literal b), numeral 3) y “Brindar información suficiente sobre el trabajo de parto,

parto y post parto, de modo que la mujer pueda elegir las intervenciones médicas si existieren distintas alternativas.” (artículo 4, literal c)).

Recientemente, dicha legislación se ha visto complementada con la dictación de la ley N°19.580, del año 2018, sobre violencia hacia las mujeres basada en el género. Esta ley tiene una disposición relacionada con la violencia obstétrica, la que consiste en su definición, indicando que es “toda acción, omisión y patrón de conducta del personal de la salud en los procesos reproductivos de una mujer, que afecte su autonomía para decidir libremente sobre su cuerpo o abuso de técnicas y procedimientos invasivos.”.⁴¹

Tal como se podrá observar, si bien existe una positivización respecto de este tipo de violencia, el legislador uruguayo tampoco contempla ni dispone la existencia de una agravante penal, ni mucho menos tipifica tales conductas como un delito *per se*, como estrategia para sancionar tales hechos u omisiones. En tales casos, únicamente existe una remisión a las normas generales que puedan resultar aplicables, según el caso particular. Luego, no podemos encontrar en el modelo uruguayo un precedente que se asimile a la figura penal que busca imponer el Boletín N°12.148-11.

En síntesis, podemos afirmar que la violencia ginecobstétrica ha sido tratada y desarrollada por pocas legislaciones en América. Particularmente solo 4 países la han conceptualizado como una especial forma de violencia en contra de la mujer, o de género. Asimismo, hemos podido constatar que tales conductas u omisiones normalmente acarrearán solo responsabilidad civil y/o administrativa, por parte del sujeto o institución que incurre en ellas. En cambio, la responsabilidad penal se consagra sólo de forma excepcional (únicamente en 3 de 31 estados federales de México), y mediante la configuración de tipos penales ciertos, previos y estrictos, en cumplimiento del principio de legalidad, sin incluir un agravante penal. Luego, no ha sido posible observar, en el derecho comparado, la creación y utilización de una agravante penal especial que permita aumentar el injusto de cualquier tipo de delito que sea cometido en el marco de actos constitutivos de violencia ginecobstétrica, tal como pretende el Boletín N°12.148-11.

G. LAS AGRAVANTES EXISTENTES PODRÍAN SER APLICADAS EN CASO DE VIOLENCIA OBSTÉTRICA CON CONNOTACIÓN DE COMISIÓN DE DELITOS

⁴¹ artículo 6°, literal h), de la ley N°19.580.

Un último antecedente que es relevante es considerar que es posible que algunos hechos que constituyen violencia ginecobstétrica según el concepto del proyecto de ley contenido en el artículo 4 del proyecto de ley, pueden ser subsumidos dentro de las agravantes que nuestro Código Penal ya contempla. En este sentido, el Código actual establece dentro de sus circunstancias agravantes del artículo 12:

6.º Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.

7.º Cometer el delito con abuso de confianza.

9º Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho. (lo destacado es nuestro)

Estas circunstancias agravantes que actualmente regula nuestro Código Penal pueden aplicarse a situaciones descritas en el proyecto de ley, sin que ello implique generar una diferencia con otras profesiones. A diferencia de la agravante propuesta por el proyecto de ley, que solo puede ser incurrida por profesionales de salud en razón de las funciones que desempeñan en el ámbito de la ginecología y obstetricia⁴², **las actuales circunstancias agravantes se aplican a una generalidad de hechos**, en los que pueden incurrir las personas, independiente de su profesión u oficio, de manera que no se genera esta diferencia por tipo de profesión para la determinación de la pena.

H. CONCLUSIONES

En este Informe en Derecho se analiza la constitucionalidad de la propuesta de crear un nuevo numeral 22 en el artículo 12 del Código Penal que contenga una agravante penal relacionada con la violencia ginecobstétrica. Esta nueva agravante consiste en lo siguiente:

22.º Cometer el delito en el marco de conductas y omisiones constitutivas de violencia ginecobstétrica.

En el Informe en Derecho se concluye que esta propuesta vulnera el derecho a la igualdad de las personas que realizan prestaciones en el ámbito de la salud, específicamente

⁴² En este sentido, el artículo 4 del proyecto de ley califica como hechos que constituyen violencia ginecobstétrica, entre otros, abandonar, burlarse, abusar, insultar, amenazar, dar malos tratos, coaccionar, excluir, desinformar, ejercer violencia física o psicológica contra la mujer u otra persona gestante en torno a su atención de salud sexual y reproductiva (letra a), omitir, retrasar o negar injustificadamente la atención oportuna ante una emergencia ginecobstétrica (letra c), obligar a la mujer u otra persona gestante a parir en una posición que limite su movimiento (letra g), acelerar un parto fisiológico (letra h), efectuar prácticas y procedimientos irregulares en trabajos de parto y nacimientos normales (letra i), y otros actos que solo pueden ser realizados por profesionales de la salud en el desempeño de sus labores.

relacionados con la ginecología y la obstetricia, en cuanto a que se genera un trato diferenciado e injustificado con el resto de los prestadores de salud. Esta conclusión se sustenta en los siguientes argumentos:

Los prestadores individuales de salud están sujetos a las normas de la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes. Al revisar dicha ley y compararla con el proyecto de ley en cuestión, queda en evidencia las similitudes que tienen ambos textos. La propuesta sobre violencia obstétrica es un texto que especifica o regula en forma concreta deberes que tienen todos los prestadores de salud, ya sea que se desarrollen en el área de la ginecología y obstetricia o en otras áreas de la medicina. Considerando que los estándares de cuidado son similares, se genera una afectación al derecho a la igualdad ante la ley en cuanto la infracción de dichos deberes va a generar la aplicación de una agravante penal en caso que se incurra en la comisión de un delito si es que la prestación se da en contexto de una atención ginecobstétrica. En cambio, si la misma vulneración del mismo estándar de cuidado de un paciente se da en otro sector de la medicina, a pesar de que se haya incurrido en un delito, no se aplicará la agravante penal, y, consecuentemente, la sanción penal será más baja.

A continuación, se da cuenta de los estándares normativos similares entre la ley N° 20.584 y el proyecto de ley en cuestión.

En primer lugar, ambos textos se fundan en el respeto de la autonomía de los pacientes y la superación de la noción paternalista de la forma en que se ejerce la medicina. El proyecto de ley sobre violencia ginecobstétrica se funda en la preocupación de la violencia contra las mujeres, en el sentido de que las mismas no pueden ser invisibilizadas y que no corresponde realizar procedimientos o adoptar decisiones sobre sus cuerpos sin considerar su voluntad. En esta misma línea, el mensaje presidencial con el que se inició la tramitación de la ley N° 20.584 señala que respetar la dignidad de las personas no es una mera afirmación, sino que, por el contrario, ésta se traduce en formulaciones y hechos concretos, como lo es tener “control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derecho”. De esta manera, ambos textos promueven el respeto de la voluntad de los pacientes, desde una mirada no paternalista.

En segundo lugar, existe una serie de disposiciones comunes entre ambos textos, lo que reafirma que contienen estándares similares hacia el cuidado de los pacientes. Específicamente,

ambos textos regulan el deber de trato digno hacia los pacientes⁴³, la obligación de entregar una atención oportuna a los pacientes⁴⁴, la obligación de entregar información a los pacientes⁴⁵, la

⁴³ Artículo 4 PDL que regula los hechos constitutivos de violencia ginecobstétrica, se consagran las siguientes conductas:

- a) Abandonar, burlarse, abusar, insultar, amenazar, dar malos tratos, coaccionar, excluir, desinformar, ejercer violencia física o psicológica contra la mujer u otra persona gestante en torno a su atención de salud sexual y reproductiva.
- b) Demostrar insensibilidad, ignorar deliberadamente, subvalorar y/o acallar el dolor o las enfermedades, por parte del personal de salud en dicho contexto. (...)
- d) Manipular u ocultar la información solicitada por la mujer u otra persona gestante o por un tercero, con su consentimiento y autorización. (lo destacado es nuestro)

Artículo 5 de la ley N° 20.584, la que establece que "En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia."

⁴⁴ Artículo 4, PDL:

- c) Omitir, retrasar o negar injustificadamente la atención oportuna ante una emergencia ginecobstétrica. (...)
- f) Abusar o negar medicación cuando es solicitada o requerida, a menos que aumente los 6 riesgos maternos y/o perinatales, los que deberán ser debidamente informados. (...)
- l) Retardar injustificadamente u omitir la atención de salud, y que ello genere como consecuencia la muerte gestacional o perinatal.
- m) Retardar injustificadamente u omitir la atención en el ámbito del aborto en las causales establecidas por la ley. (lo destacado es nuestro)

Artículo 2 de la ley N° 20.584 señala que:

Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes. (lo destacado es nuestro)

⁴⁵ Artículo 4 PDL:

- d) Manipular u ocultar la información solicitada por la mujer u otra persona gestante o por un tercero, con su consentimiento y autorización. (...)
- p) Interferir en el establecimiento del vínculo con la persona recién nacida en el postparto, o no recibir información de su estado de salud, cualquiera sea la condición social, psicológica o física de la puerpera. (lo destacado es nuestro)

El artículo 10 de la ley N° 20.584 señala que:

Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Asimismo, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad y la forma en que se realizará su tratamiento, adaptada a su edad, desarrollo mental y estado afectivo y psicológico. (lo destacado es nuestro)

exigencia de contar con el consentimiento para realizar intervenciones⁴⁶, y los deberes de confidencialidad⁴⁷.

En tercer lugar, el vínculo entre la ley N° 20.584 y el proyecto de ley en cuestión no solo queda de manifiesto por sus fundamentos o por las disposiciones generales de la ley, que tienen correlato con las normas específicas que pretende regular el proyecto de ley sobre violencia

⁴⁶ Artículo 2 PDL,

Autonomía. Ninguna mujer u otra persona gestante podrá ser sometida a una prestación de salud no consentida durante la atención de la gestación, muerte gestacional o perinatal, preparto, parto, postparto o aborto en las causales establecidas por la ley, ni en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. (lo destacado es nuestro).

Artículo 4 PDL,

e) Utilizar el caso clínico de una mujer u otra persona gestante en actividades de docencia e investigación, sin su consentimiento. (...)

g) Obligar a la mujer u otra persona gestante a parir en una posición que limite su movimiento, sin justificación ni consentimiento de ella, especialmente si se encuentra privada de libertad.

h) Acelerar un parto fisiológico por métodos agresivos, como la maniobra de Kristeller y la episiotomía, entre otros, sin justificación médica ni consentimiento de la mujer u otra persona gestante. (...)

k) Introducir barreras de acceso a la anticoncepción, a la esterilización quirúrgica voluntaria y a la entrega de anticoncepción de emergencia en razón de la edad, sexo, etnia, orientación sexual, número de hijos o hijas u otro motivo que no sea la expresa voluntad de la mujer u otra persona con capacidad de gestar. (lo destacado es nuestro).

Artículo 14 de la ley N° 20.584 señala que:

Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

⁴⁷ Artículo 2 letra c) PDL:

Privacidad y confidencialidad. Todas las prestaciones de salud en el ámbito de la gestación, muerte gestacional o perinatal, preparto, parto, postparto y aborto en las causales establecidas por la ley deberán realizarse en un ambiente que proteja la privacidad de la mujer u otra persona gestante. Asimismo, toda información relacionada con estas atenciones deberá consignarse en su ficha clínica, a la que nadie podrá tener acceso, sino en virtud de la autorización expresa de la paciente. (lo destacado es nuestro)

Artículo 10 inciso final de la ley N° 20.584 señala que:

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello. (lo destacado es nuestro)

Artículo 12 de la ley N° 20.584 señala que:

La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella. (lo destacado es nuestro)

ginecobstétrica, sino que también se concluye al constatar que la propia ley N° 20.584 tiene disposiciones específicas sobre un trato digno en el ámbito de la ginecología y obstetricia⁴⁸.

Finalmente, la relación estrecha que existe entre la ley N° 20.584 y el proyecto de ley en cuestión queda en evidencia al constatar que el proyecto de ley establece que la ley N° 20.584 será la norma supletoria de sus disposiciones.

En definitiva, todas estas similitudes recién expuestas dan cuenta de que el tratamiento diferenciado que se le quiere dar a ambas regulaciones, mediante la incorporación de una agravante penal que se aplica a prestadores individuales de salud que incurren en actos de violencia obstétrica, constituiría un caso de discriminación por atentar contra la igualdad ante la ley, debido a que los estándares de atención de los pacientes son comunes a todos los prestadores de salud.

Asimismo, este trato diferenciado e injustificado entre los prestadores de salud de la ginecología y obstetricia y el resto de los prestadores de salud, el que vulnera el derecho a la igualdad de los primeros, queda de manifiesto cuando se analiza este proyecto de ley desde una mirada de violencia de género.

⁴⁸ El artículo 5 letra b) inciso segundo de la ley N° 20.584 señala los prestadores deberán, Realizar acciones concretas de contención, empatía y respeto por el duelo de cada madre, u otra persona gestante, que **hayan sufrido la muerte gestacional o perinatal**, así como también para el padre o aquella persona significativa que la acompañe. El Ministerio de Salud dictará una norma técnica que establecerá los mecanismos o acciones concretas que deberán realizar los establecimientos de salud para resguardar este derecho. (lo destacado es nuestro)

Esta disposición específica sobre la muerte gestacional o perinatal se vincula con el principio de dignidad en el trato establecido en el proyecto de ley, ya que éste señala en el artículo 2 letra a) que,

“Ninguna mujer u otra persona gestante podrá ser objeto de maltrato, manipulación o agresión psicológica, física o sexual durante la atención de la gestación, **muerte gestacional o perinatal**, (...)” (lo destacado es nuestro)

La segunda disposición que dice relación con temas de ginecología y obstetricia en la ley N° 20.584 es el artículo 6 inciso tercero, el que establece el derecho a tener acompañamiento durante el parto. Específicamente, la disposición señala que,

Asimismo, tratándose del **acompañamiento de mujeres en trabajo de parto**, los establecimientos permitirán **en todo momento la compañía de la persona que ella determine**, con la única excepción de que se derive de ello un peligro para el niño o niña, o para la mujer. (lo destacado es nuestro)

Esta disposición tiene su correlato en el artículo 8 del proyecto de ley, el que establece lo siguiente,

La mujer u otra persona gestante tiene los siguientes derechos:

g) A estar **acompañada ininterrumpidamente por el padre del que está por nacer, por una persona significativa, por una doula, si contase con una de su confianza y elección durante el trabajo de **preparto y parto****, quienes recibirán información oportuna y completa sobre su estado de salud y el de la persona recién nacida, con su autorización previa. (lo destacado es nuestro)

Tal como se señaló en este Informe en Derecho, la preocupación por erradicar prácticas que constituyen violencia contra las mujeres es un propósito loable, pero la forma en que se logra dicho propósito debe asegurar el respeto del derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

El ámbito de la salud sexual y reproductiva no es el único espacio en el que las mujeres pueden ser víctimas de violencia en contexto de prestaciones de salud. Por lo mismo, la Convención de Belém do Pará que aborda la temática de violencia contra las mujeres en el ámbito interamericano y establece en el artículo 2 esferas en las que normalmente se incurre en ese tipo de violencia, destacando a los establecimientos de salud.

La preocupación por la violencia contra las mujeres en el ámbito de las prestaciones de salud, en especial de conductas constitutivas de delitos sexuales en contra de pacientes mujeres, ha llevado al Departamento de Género del Colegio a promover medidas para sancionar ese tipo de conductas, tales como establecer el retiro de título y registro público de médicos condenados por abuso sexual. Considerando que los establecimientos de salud en general representan un lugar más propenso para ese tipo de violencia, es que la ley debe establecer medidas que no generen un trato desigual frente a profesionales que tienen los mismos deberes de cuidado de las pacientes y respeto a las mujeres. Este proyecto de ley genera un trato desigual injustificado, puesto que exige sancionar penalmente con una pena mayor a un profesional que incurre en delitos en contexto de violencia ginecobstétrica, pero otro profesional de la salud recibiría una pena menor por el mismo delito cometido.

Es importante tener presente que la violación, abuso sexual, lesiones y homicidio, solo por nombrar algunos delitos que se podría ejercer contra una mujer en el ámbito de la atención de la ginecología y obstetricia, son siempre un acto de malos tratos o violencia física o psicológica, por lo que siempre serán violencia ginecobstétrica, ya que el proyecto de ley los califica como tal. Por lo mismo, cada que un profesional del ámbito de la ginecología y obstetricia incurra en un delito contra una mujer que sea su paciente, como por ejemplo, abuso sexual, se le aplicará la agravante penal. En cambio, si otro profesional de la salud incurre en ese mismo delito, se le aplicará una pena menor. Este trato desigual es el que explica la vulneración al derecho a la igualdad que genera este proyecto de ley.

En otro apartado de este Informe en Derecho, junto con advertir los problemas de constitucionalidad que tiene la propuesta de la agravante penal desde el punto de vista del derecho a la igualdad, también se advierte con preocupación otros aspectos sobre la propuesta, los que hacen sumamente difícil su aplicación en casos concretos.

En primer lugar, no existe claridad sobre las conductas que constituyen la agravante penal. La agravante penal propuesta se basa en conductas u omisiones constitutivas de violencia ginecobstétrica, y el artículo 4 que regula dichas conductas contiene una lista no taxativa de conductas. Es decir, podrían existir otro tipo de conductas de violencia ginecobstétrica que no conocemos, lo que genera poca claridad en la aplicación de la agravante por desconocer las conductas que lo conforman.

En segundo lugar, la agravante también es vaga en su contenido puesto que las conductas que la constituyen se deben haber realizado en “*el marco de* conductas y omisiones de violencia obstétrica.” De esta forma, no queda claro si para que la agravante modifique la responsabilidad penal, la violencia ginecobstétrica debe ser causada por el profesional médico o si puede darse el caso de que la conducta u omisión constitutiva de violencia ginecobstétrica sea causada por un tercero, o incluso, por el establecimiento de salud.

En tercer lugar, hay hipótesis de violencia obstétrica que contravienen los deberes de los médicos y, por lo tanto, difícilmente pueden ser constitutivas de una agravante penal. Una hipótesis de violencia ginecobstétrica, es negar medicamento cuando es solicitado, a menos que aumente los riesgos maternos o paternos y eso sea informado. El personal de salud no puede ni debe entregar medicamentos a un paciente por el solo hecho de que lo solicite, por lo que no corresponde abordar esta situación como una agravante penal.

El último aspecto que revisa el Informe es la forma en que esta materia se aborda desde el derecho comparado. Específicamente, se revisan todas las regulaciones del derecho comparado a nivel latinoamericano y se constata que ninguna de esas regulaciones establece una agravante penal en el contexto de violencia obstétrica, por lo que no existiría antecedente sobre esta iniciativa en dicho contexto.