

Omisión a los deberes inherentes a la patria potestad o a la guarda

Análisis del delito y su aplicación jurisprudencial

Aguiar, Manuela

aguiarmanuela5@gmail.com

Buzeta, Ema

emabuzeta@gmail.com

Costas, Ana Clara

anaclaracostasruiz@hotmail.com

Universidad de la República- Facultad de Derecho

Resumen:

En el presente trabajo se busca analizar el delito de omisión a los deberes inherentes de la patria potestad y de la guarda, a la luz de su aplicación jurisprudencial. Primeramente, se analizará en líneas generales el delito y su adecuación a los principios del Derecho penal; para luego estudiar algunas sentencias seleccionadas del tema. Se enfocará el estudio bajo una visión crítica de la imputación del delito y de su pena. Daremos trascendencia a algunas cuestiones que creemos fueron decisivas para los operadores jurídicos a la hora de la aplicación de este delito y que se emparentan más con cuestiones morales, basadas en el contexto social de los imputados y las víctimas, observándose además la aplicación de determinados estereotipos de género.

Palabras clave: Omisión de los deberes inherentes, Patria potestad, Jurisprudencia, Género, Principios del Derecho penal.

1. Introducción: el delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad o a la guarda.

El delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad, regulado en el art. 279 BIS¹ del Código Penal uruguayo, tiene un enfoque centralizado en la puesta en peligro de la salud moral y

¹ Artículo 279 BIS- "(Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad o a la guarda).- El que intencionalmente omitiere el cumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela, la curatela o la guarda judicialmente conferida, poniendo en peligro la salud física, psíquica o emocional de las personas a su cargo, será castigado con pena de tres a doce meses de prisión..."

psíquica de los niños, niñas o adolescentes, como resultado de la omisión referida. Se abordará, analizando distintos elementos como el sujeto activo del tipo penal a estudio y se plantea la siguiente interrogante: ¿Qué peligro implica para la sociedad cuando un padre o una madre omite sus deberes inherentes a la patria potestad? Reflexionaremos sobre las medidas que toman actualmente los jueces ante estos casos y nos cuestionaremos si, en los casos que el delito se aplica a los padres por las infracciones penales cometidas por sus hijos a cargo, la prisión de los padres colabora con la rehabilitación del menor infractor. Estas interrogantes serán retomadas en el transcurso del presente trabajo.

1.1. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este delito puede ser entendido como la organización jurídica de la familia. El legislador no define en la normativa penal el concepto de familia, es por tanto una construcción moral condicionada a una sociedad y a un momento histórico dado. De todos modos, por la amplitud del concepto, este permite su adaptación a distintos contextos dentro de una sociedad.

Para una perspectiva, se considera a la sociedad en su conjunto como el sujeto pasivo, debido a que en palabras de Cairoli (2004, p. 288)

es la que tiene interés en que se proteja la célula familiar que en definitiva es el grupo primario, natural y fundamental de ella y la base natural de toda existencia social, mientras que el menor desamparado por la actitud omisiva de su padre o guardador será el objeto material personal de la conducta delictiva.

Existen otras interpretaciones que entienden que con este delito se protege el bien jurídico salud, el cual siguiendo a Langón (2007, p. 719) "Está tomado en sentido figurado (pues estrictamente significa estado del que no tiene ninguna enfermedad), como normalidad o no desviación de la "moral" o "intelectualidad" que cabe esperarse de un menor de determinado estado y condición". Esto porque, como se ha afirmado precedentemente, no basta con la mera omisión a los deberes que se tienen, sino que esa omisión debe implicar una puesta en peligro, un riesgo para la salud física, psíquica y emocional. Se protege la preservación de la vida, la cual en tales hipótesis se pone en peligro.

1.2. El sujeto activo del delito

El sujeto activo de este delito, implícitamente calificado, corresponde a personas aptas para ser titulares de la patria potestad, tutela, curatela u otros institutos que contengan la guarda jurídica.

1.3. La conducta omisiva

El delito analizado se construye sobre el verbo nuclear omitir, el cual implica un no hacer. En el caso concreto, referido al incumplimiento de

deberes legales de asistencia que poseen los sujetos a cargo de menores bajo la figura de patria potestad, tutela, curatela o guarda jurídica.

En los delitos omisivos, -al contrario de los delitos de tipo activo- se castiga la realización de la conducta dispuesta en la ley; la tipicidad del hecho se verifica en la divergencia entre la conducta descrita en la norma y la realizada por los sujetos (Langón, 2006). Por tanto, este tipo de norma prohíbe cualquier acción distinta a la prescrita en la misma. Debido a esta ampliación del alcance prohibitivo, este tipo de normas tienen poca aparición en la legislación, ya que su abuso o mala utilización puede llegar a poner en riesgo los principios generales del Derecho penal como el de reserva, mínima intervención, proporcionalidad de la pena, entre otros. Al decir de Zaffaroni (2007, p. 444), "es bastante claro que no sería compatible con el principio de reserva una parte especial integrada en su totalidad o ampliamente dominada por tipos omisivos".

Al respecto, advierte Cairoli, que si el tipo penal referido tiene un alcance muy amplio, las posibilidades de su aplicación pueden llegar a ser imprevisibles. El autor, remarca la necesidad de que los jueces realicen su aplicación con cautela y moderación, o de lo contrario podría "existir el peligro de que se tipifique delito donde no lo hay" (Cairoli, 2004, p. 291), elemento que se analizará en las sentencias.

1.4. La conducta típica

Se entiende como patria potestad al "... conjunto de derechos y deberes que la ley le atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad...". Esta definición se extrae del artículo 252 del Código Civil uruguayo, el cual subsiguientemente nos indica qué personas puede tener dicha titularidad: "La patria potestad será ejercida en común por los padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a uno de ellos y de los convenios previstos en el artículo 172...". Dicha concepción de patria potestad tiene raigambre constitucional en el artículo 41 de la Carta Magna.

Los deberes a los que hace alusión este delito, parten de una concepción moral de lo que debería estar bajo la responsabilidad de los padres, concordante a una sociedad y momento histórico concreto. Estos se ven plasmados en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en el Código Civil y otros cuerpos normativos del Derecho positivo nacional. Entre los deberes referidos, se incluye la preservación de la salud moral e intelectual de los menores, como todo lo relativo al cuidado y educación de los hijos.

En concreto, los deberes de asistencia implican una categoría amplia, lo cual no favorece a la aplicación del Derecho penal, pudiendo provocar arbitrios que puedan ser contrarios a los principios generales.

2. Análisis del delito a la luz de los principios generales del Derecho penal.

El sistema penal como tal, consta de principios rectores que son la base para la creación del derecho y su aplicación. Ellos actúan como directrices que orientan la creación normativa y su aplicación jurisprudencial. Están recogidos o derivan, del ordenamiento jurídico penal o del mismo sistema democrático republicano, ya que es esencial un Derecho penal que sea concordante con un Estado de Derecho donde se respeten y garanticen los Derechos Humanos.

Si bien los distintos principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico penal no son el objetivo de este trabajo, se entiende pertinente analizar si el delito de omisión a los deberes inherentes de la patria potestad se ajusta a algunas de estas directrices que rigen la materia; realizando, para ello, una selección de los que nos parecieron relevantes.

Primeramente, se considera al Derecho penal como un Derecho de "última ratio", lo cual se consagra en el "Principio de mínima intervención"; esto quiere decir que para el cumplimiento de sus fines, el Estado tiene como último recurso la creación de un tipo penal, siempre que el resto de las herramientas no se consideren eficaces. Así, se impondrá una pena para las personas que realicen determinada acción, descrita en la normativa como delito.

Según Cairoli este principio consagra la idea de que se debe reservar la ley penal "sólo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social que no pueden ser eficazmente controlados por otros mecanismos menos traumáticos" (2001, p. 34).

Adhiriendo a la postura de Fernández (2013), no es concebible intentar superar problemáticas sociales recurriendo únicamente al Derecho penal. Los fenómenos sociales son producto de una construcción histórica y cultural que se interioriza en el ser humano mediante el proceso de socialización. Por tanto, modificar estos patrones implica un proceso de resocialización que resulta imposible aplicando solamente medidas inmediatas, como las que emergen del Derecho penal. Esto genera una expansión del punitivismo, y por tanto, una causa de justificación para el recorte de derechos y libertades individuales.

Se podría interpretar que el Derecho penal es utilizado como primera opción a la hora de buscar una solución para el fenómeno de los menores infractores y la consiguiente responsabilidad de los mayores a su cargo; pudiéndose crear medidas fuera del ámbito penal, las cuales intentan resolver la problemática de raíz. En base a lo mencionado *ut supra*, se estaría incumpliendo el principio de *ultima*

ratio, ya que las políticas públicas se orientan a mecanismos drásticos con soluciones simplistas en vez de buscar alternativas más eficientes y menos traumáticas.

De la mano con este principio, se encuentra el "Principio de relevancia del hecho", por el cual se explica que solo los hechos de entidad deben ser castigados por el Derecho penal. Se puede cuestionar la relevancia de esta omisión, en el sentido de ser merecedora de la aplicación del Derecho penal, por cuanto, no existe una relación completamente directa ni causal entre el hecho de omitir ciertos deberes de la patria potestad y por ejemplo que los menores sean infractores. Como se verá *infra*, existen situaciones donde los padres cumplen a la perfección con sus respectivos deberes e igualmente esto no impide que sus hijos cometan actos delictivos.

Por último, es importante analizar el "Principio de lesividad"; el mismo se expresa en la máxima *nullum crime sine injuria* la cual consiste en la idea de que solamente se pueden penalizar las conductas que generen un resultado dañoso o de peligro a determinados bienes protegidos por este derecho, los denominados bienes jurídicos. Debido a que, como dice Langón, estos bienes son "esenciales para la convivencia social, respecto de cuya violación el derecho reacciona imponiendo una pena" (Langon, 2006, p. 29). Cada sociedad es la encargada de seleccionar qué bienes considera son merecedores de esta tutela legal.

Considerando que, para la doctrina mayoritaria el bien jurídico de este delito consiste en la protección de la organización jurídica de la familia (Cairolí, 2014; Reta, 1951), esta figura penal contiene un bien jurídico, que si bien es importante para el desarrollo de la vida en sociedad, podría entenderse que no tiene la suficiente entidad para ser objeto de derecho penal, si se lo compara con el resto de los bienes que se encarga de tutelar. En palabras de Cairolí "podría considerarse a este delito como una violación a la moral pública, como sentir colectivo ético de un pueblo en un momento determinado, porque se trata de conductas que antes que nada son reprimidas especialmente por la moral". Se podría cuestionar la importancia que tiene la moral pública como valor social para provocar una respuesta de carácter punitivo.

Por otro lado, el bien jurídico salud sí es un bien generalmente aceptado como merecedor de protección penal, y puede verse tutelado en diversas disposiciones del ordenamiento, debido a que es el punto de partida para el desarrollo de la vida. Por lo expuesto, si se toma esta postura, se cumpliría con la esencialidad que requiere el principio de lesividad.

3. Enfoque de género

Las personas, como seres sociales, para tener predictibilidad y maximizar la facilidad de entendimiento del mundo que los rodea, atribuyen características basadas en preconcepciones de las personas,

por creer que pertenecen a un determinado grupo social, restándole importancia a sus características individualizantes; a esta atribución se le define como estereotipo.

Una categoría mediante la cual se estereotipa a las personas, es en razón del género. Según Cook (2009), los estereotipos de género refieren a la "construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferencias físicas, biológicas, sexuales y sociales".

La relevancia de estos estereotipos está dada principalmente en que el género femenino está asociado a un rol asistencialista; basado en la servicialidad, el cual ocupa un papel secundario dentro del ámbito familiar. Se considera a la mujer la principal responsable del cuidado de los hijos y de su crianza, teniendo el hombre un rol de mero colaborador si la circunstancia lo amerita.

El estereotipo masculino consiste principalmente en proveer al hogar. Esto genera una asimetría de poder en la pareja, permitiéndole tener una mayor autoridad a la hora de tomar decisiones, que transmuta al resto de las áreas dentro del círculo familiar. A palabras de la misma autora : "esta asignación de estereotipos también ha servido para restringir las identidades de las mujeres en tanto, al mismo tiempo, se han visto forzadas a asumir el rol de cuidadoras, sin que importen sus aptitudes, disposición o preferencias individuales" (Cook, 2009, p. 34).

Socialmente, se le imponen obligaciones a las mujeres de lo que debe y no debe hacer, en función a cumplir ese rol de "buena madre" para el cual nació y el cual debe ser el centro de su vida. La sociedad traduce estas obligaciones en normas y valores morales que presionan a las mujeres para que no se alejen de ese rol o lo incumplan.

Las personas encargadas de aplicar el derecho, al ser seres sociales, se encuentran plagados de estereotipos, los cuales están arraigados en su inconsciente y se ven reflejados en sus decisiones.

Como conclusión, es de suma necesidad que exista perspectiva de género a la hora de aplicar el derecho, por parte de sus creadores y operadores, para evitar que se siga perpetuando la discriminación hacia la mujer fundada en estereotipos de género y así poder lograr una igualdad a nivel estructural. Una de las herramientas de mayor eficiencia para combatirla es la transversalización de género, entendiéndose por ésta siguiendo a la Unión Europea (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996):

Integración sistemática de las respectivas situaciones, prioridades y necesidades de las mujeres y los hombres en todas las políticas y con una visión de promover la igualdad entre mujeres y hombres y movilizar todas las políticas generales y las medidas específicamente para el propósito de lograr la igualdad mediante la consideración, activa y abierta, en el estadio de la planificación, de sus efectos en

la respectiva situación de mujeres y hombres en la implementación, monitoreo y evaluación

Esta herramienta ayudará a crear una sociedad más igualitaria y libre de estereotipos, en donde el acceso a la justicia esté garantizado en igualdad de condiciones para ambos géneros.

A continuación, se analizarán diversos fallos jurisprudenciales incluyendo en los que sea pertinente la influencia de los estereotipos de género, donde se podrá visualizar el rol que los mismos cumplen en la sociedad, teniendo un papel, en algunos casos, determinante a la hora de tomar una decisión judicial.

4. Análisis jurisprudencial

4.1. Sentencia 222/2010 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do Turno.

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do Turno, analiza el recurso de apelación presentado contra una sentencia ejecutoriada donde se condena, a una madre, a 10 meses de prisión, incluyendo una prisión preventiva durante el proceso, por el delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad,

El hecho penalmente reprochable se encuentra en la conducta de una madre, la cual con hijos menores de edad, se fue a residir a otro país con su pareja y dejó a los niños a cargo de su padre. Punto relevante al caso, debido a que existe una mención constante a lo largo de la sentencia sobre la preferencia de la mujer por la compañía de su pareja antes que por la de sus hijos; tomándose como un insumo para imputarla como responsable.

En la sentencia, se deja entrever que la descalificación de la imputada responde a la violación de normas morales, lo cual se encuentra lejos del ámbito penal. Es una realidad, que al mencionar que su acompañante es su nueva pareja, se la deja en posición de desventaja, pues entran valores morales de la sociedad en juego para criticarla por tal hecho. Por ejemplo, si dijera que la madre se fue con su hermana o una amiga entendemos que probablemente hubiera tenido una posición más favorable desde el inicio del proceso.

A su vez, los menores se quedaron con su padre y no surge de la sentencia que se alegue mayor abandono que el moral e intelectual de los mismos, ya que la progenitora cumple con sus deberes económicos para con sus hijos. Para probar este delito, como menciona la sentencia citando a Reta, es necesario probar la puesta en peligro de los menores y no basta con la mera omisión; sumando a todo ello, las declaraciones del padre de que "los hijos se encuentran mejor ahora" hace que se concluya para el caso que en realidad no sufrieron tal puesta en peligro.

Otro punto a destacar que menciona la sentencia es que los trastornos conductuales de los menores no pueden solo recaer en la culpa de la madre como se pretende indicar, pues ambos padres están a cargo del control y cuidado de los hijos, lo que conlleva a que si se buscara imputar a alguien que fuese culpable por estos trastornos de los menores serían ambos y no solo uno de ellos.

Este caso muestra cómo la sociedad y sus valores morales intervienen fuertemente en las condenas de este tipo penal; incluso se dispuso la prisión preventiva a esta madre, entendida para los casos en donde se considera que se pueda frustrar la prueba o haya riesgo de que el acusado se fugue del país, algo que aunque podría llegar a pensarse por su mudanza previa al proceso, no responde más que a una posibilidad que no tiene sustento probatorio.

Esta madre, solo incumplió en cambiar su residencia, todo lo que corresponde al apoyo económico y el vínculo con los menores no fue deteriorado, pues si así fuera, surgiría de la prueba de autos. Entonces, no existen indicios claros de que ella hubiera perdido todo el interés en sus hijos, los hubiese puesto en peligro, o hubiese huido del proceso.

En conclusión, se entiende correcta la opinión del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do Turno de revocar la condena impuesta a esta madre. Para circunstancias tan importantes como el cuidado de menores de edad en su salud intelectual y moral se debe valorar la prueba en función del delito, buscando no causar un mayor perjuicio al menor. Si este hubiese tenido trastornos de conducta debido al "abandono" de su madre y por ello se la encarcela, en vez de cuidar y velar por los intereses del niño, se estaría respondiendo solamente a una sanción para con la madre por incumplir los deberes morales; y nada importaría lo que pudiese esto afectar a su hijo en la preservación de su vida y por tanto, de su salud moral como intelectual, el cual, según una parte de la doctrina nacional, es el bien jurídico protegido por la norma.

En esta sentencia, se observa cómo son relevantes para el juez, a la hora del fallo, cuestiones ajenas al tipo penal. El magistrado da relevancia al hecho de que la mujer se hubiera mudado de país con su pareja, condenando negativamente ese actuar. Esto responde a exigencias sociales sobre el comportamiento esperado de parte de la figura materna. Es reprochable para el tribunal este supuesto abandono, porque se espera que ella sea la principal encargada del cuidado y crianza de los hijos. Esto deja entrever un sesgo discriminatorio por parte del juez.

4.2. Sentencia 625/2007 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er Turno

En esta sentencia, los hechos se basan en la condena sin prisión de una madre "BB" que dejaba en la noche un rato solos a sus hijos de 4

y 6 años por el delito de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad. Condena que es apelada por BB.

En dicha apelación se menciona que no hay adecuación típica, debido a que el hecho de que la madre dejara a los menores un "rato" solos durante la noche no había originado un peligro para la salud moral o intelectual de estos, pues no surge de la prueba del caso.

Incluso, se argumenta que para este tipo de delitos, se debe comprobar la permanencia de la situación de abandono para con los menores. No obstante, se relata que el supuesto abandono se daba algunas noches de forma aleatoria, y por tanto no se cumple con la hipótesis referida anteriormente. Este tampoco pudo verse realizado en otro aspecto, porque la madre se cercioraba de que los menores estuvieran bien alimentados, vestidos, cuidados y bajo afecto todo el tiempo.

Algunos actores de la sociedad pueden llegar a entender que no es correcto dejar a dos menores de esas edades solos durante la noche, aunque estén durmiendo. Pero no está comprobado que haya una relación directa entre este hecho y la puesta en peligro de los menores; y por tanto, no se debe aplicar una pena por un delito que no se cometió, pues surge de lo ya mencionado que no se cumple con la hipótesis de abandono y que a su vez, ese tiempo que quedaban solos no les había originado puesta en peligro alguna.

Otra sería la situación si este peligro se hubiera constatado y hubiese generado un perjuicio para los menores, lo que podría haber llevado a un cambio de la actitud de la madre, pero de la información que se recaudó para el caso surge entonces que ella cumplía correctamente con sus deberes y por ello, se coincide con la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er turno en revocar la condena para la misma.

Se debe mencionar lo importante que es para este Derecho punitivo la adecuación correcta al principio de legalidad, algo que para el caso se entendió que no se había dado. La aplicación del derecho penal implica restricciones tanto a las libertades como a los derechos de los imputados, y por esto es necesario que exista una conducta que se adecúe a una ley previa, clara y concreta, que indique en qué casos se dará el tipo penal, para evitar abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades encargadas de impartir la justicia.

4.3. Sentencia 227/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to Turno.

Se condena a un padre "AA"² por el delito de "omisión de los deberes inherentes a la patria potestad" a la pena de 10 meses de prisión. El

² En la sentencia referida, AA fue condenado debido a que se entendía que había omitido sus deberes inherentes a la patria potestad con su hijo de 16 años, debido a que el mismo había delinquido. Este punto se cuestiona en la apelación, debido a que en principio el menor estaba a

condenado interpone recurso de apelación contra dicha sentencia, bajo el fundamento de que no se adecuaba su conducta al tipo penal.

El padre AA presenta su testimonio de que en realidad su hijo se le había ido de las manos, que tenía otros hijos a los cuales les hablaba y estos le "hacían caso", pero no le sucedía lo mismo con el enjuiciado. Igualmente seguía dándole alojamiento, ropa, alimentos y las cuestiones que el menor necesitaba; el problema principal era que AA no podía controlar las acciones de su hijo fuera del ámbito privado del hogar. Es cuestionable que, si un padre hace todo lo que puede, aún así sea imputado por no lograr que su hijo se reivindique; ni siquiera nuestro sistema penal logra que la mayoría de los delincuentes no reincidan después de las condenas. ¿Cómo podría un hombre, que trabaja y tiene que cuidar de su familia, lograr un cambio de tal magnitud en su hijo? Parece que la condena aspira a una realidad utópica, ya que apunta a cómo debería comportarse una persona para lograr influir en alguien que, en este caso, es adicto a las drogas, cuando es de amplio conocimiento que la dependencia a las drogas no tiene, hasta el día de hoy, una solución médica indefectible.

Sin perjuicio de todo lo mencionado, queda constatado que en realidad AA no realizó ninguna conducta del tipo omisivo; esto se reafirma con parte de los motivos expuestos en el fallo de primera instancia, en el cual se menciona que el menor no robaba para vivir, sino que en realidad lo hacía luego de drogarse, o para buscar medios para hacerlo.

En conclusión, se coincide con el fallo de segunda instancia en donde se revoca la sentencia al señor AA, entendiendo que no cumple con el tipo penal requerido. Acorde al Tribunal:

el encausado -hombre de trabajo y de familia- ha cumplido íntegramente con sus obligaciones legales de patria potestad, y no puede por ende ser responsabilizado por la conducta antisocial de uno de sus hijos, cuando la misma responde a causas exógenas a la voluntad del enjuiciado, ... y nada ha logrado de los organismos públicos, ellos si omisos en el cumplimiento de sus funciones de asistencia social preventiva.

Aunque es realmente alarmante la condena de este padre a 10 meses de prisión, se hace cuestionable si, en efecto, hubiese ocurrido un abandono, de qué forma ayudaría a dicho menor que incurre en las drogas, que una de las figuras soporte de su vida sea puesto en prisión. Siguiendo el pensamiento de Cairoli (2004, p. 287), señala que en este delito "con la conducta omisiva que se sanciona, la estructura familiar se resiente y decae su sustento económico".

cargo del INAU, lugar del cual se escapó y posteriormente incurrió en el delito. Es preciso preguntarse por qué un padre podría responder por este comportamiento de parte de su hijo, el cual se encontraba a cargo de una institución estatal.

4.4. Proceso abreviado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Libertad de 1er Turno

Este caso fue resuelto en proceso abreviado, donde la fiscalía y la acusada, representada por una defensora pública, llegaron a un acuerdo. En este, la denunciada asumió su responsabilidad en el hecho, y se declaró culpable de la acusación formulada por la fiscalía. Es condenada por la Jueza Letrada de Libertad de 1º Turno, Dra. Marcela López, a la pena de ocho meses de prisión, bajo régimen de libertad vigilada.

Los hechos bajo los que se realizó la acusación son los siguientes: la madre "NR", de 28 años de edad, el 24 de agosto dejó a sus tres hijos menores a cargo de su hija mayor, la cual tenía 12 años. La razón alegada fue que no había conseguido ninguna persona que los cuidara, y necesitaba salir a trabajar ya que, en sus propias palabras, "no tenía un peso". Entre estos hijos, se encontraba un bebé de 6 meses, el cual, durante la madrugada, fallece por muerte súbita, antes de que NR volviera de trabajar.

Este caso tomó mucha relevancia mediática en su momento, donde se comenzó a construir una narrativa basada en hechos no verídicos. Entre ellos, que la madre había ido a bailar y había vuelto en estado de ebriedad, o, que el bebé había muerto por asfixia. Aunque estos hechos luego se desmintieron, continuaron contribuyendo a la imagen negativa que se construyó sobre ella. Acorde a Mariotta y Pérez (2019, p. 171)

los medios de comunicación en el manejo de este caso fueron los grandes encargados en lograr que el castigo de esta madre no solo fuera perder a su hijo y tener una condena judicial, sino la exposición a un castigo social

La fiscalía decide imputar a la madre por el delito de omisión a los deberes inherentes de la patria potestad, debido a que estaba encargada de la guarda de sus hijos y, según afirman, no debía dejarlos sin ningún tipo de supervisión adulta. A pesar de esto, no se verifica el tipo penal de este delito, ya que no se cumple con el presupuesto de la puesta en peligro efectiva del bebé, porque se comprobó que su muerte se debió a causas naturales, situación que no podría ser alterada por la presencia de la madre en el momento del deceso. Por esto entendemos que se rompe el nexo causal y no se incurre en delito. Esta opinión es compartida por Pérez y Mariotta (2019) en el análisis que realizan del caso.

Cuando la fiscalía decidió que se le debía imputar este delito, se podría cuestionar si no lo hizo influida por la presión ejercida por los medios de comunicación y de la sociedad en general, los cuales tenían una visión sesgada de los hechos.

También cabe dejar planteada la interrogante de si, para el caso, no existió incluso una violación al principio de non bis in idem que rige el Derecho penal, pues esta madre además de padecer la muerte de su hijo, debió cumplir una condena por ella.

Por lo expuesto precedentemente, es posible observar la influencia que tuvieron las normas morales para su decisión, pues no estamos hablando solo de las exigencias colocadas sobre el rol materno, sino que se agrega el elemento del trabajo sexual desempeñado por la misma, lo cual es socialmente visto como incompatible con el rol materno.

Consideramos que esta madre sufrió una condena injusta ocasionada por los prejuicios de la sociedad y de la justicia; que responde a una estereotipación del tipo compuesta. Por un lado, no cumple correctamente con su rol materno de cuidar a sus hijos por irse a trabajar (situación que enfrentan muchas mujeres hoy en día) pues su obligación principal deberían ser sus hijos y no una tarea externa a su casa. Además de ello, el tipo de trabajo que la misma ejerce está mal visto socialmente por que las mujeres están presionadas para no vivir ni ser asociadas a roles sexuales, debiendo representar, en oposición, inocencia y pulcritud, y acorde a ello actuar. De esta forma la madre queda supeditada a un doble castigo social por sus actos, pasados y presentes.

Deberíamos replantearnos estos hechos, evaluando la situación se puede decir que esta madre no tuvo otra opción y lo hizo por el bienestar de sus hijos, pues debía satisfacer sus necesidades básicas. Al final, ¿qué tan reprochable es su actitud cuando lo que intentó fue prever un futuro en el cual asegurara el bienestar integral de sus hijos? A nuestra consideración, no debería ser reprochable. Además de ello, la sociedad que "la apunta con el dedo" no se ha cuestionado qué sucedía con el padre y por qué no tomaba parte en la crianza y los deberes parentales. La sociedad entiende que los hombres tienen un rol de mera ayuda pero no de responsabilidad primaria sobre los hijos, lo que en realidad no responde más que a raíces patriarcales de nuestras pautas culturales.

A la luz de las sentencias analizadas, es posible observar que repetidamente se presenta el rasgo de fundar fallos en concepciones morales en aquellas que tienen madres como sujetos activos del delito, imputándose cuestiones que la norma penal no contiene, por ser neutra.

4. Reflexiones finales

En base al análisis realizado del delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad y a la guarda, y de los casos presentados, se formularán las siguientes conclusiones.

En primer lugar observamos como el Derecho penal, la máxima facultad sancionatoria y coercitiva del Estado, se utiliza en reiteradas ocasiones para sancionar conductas que es cuestionable si no corresponden a cuestiones del plano moral. El Derecho debe dar respuesta a las necesidades de la sociedad, pero eso no implica la admisibilidad de su utilización para castigar creencias que no se relacionen directamente con el tipo penal o con cuestiones fuera del plano normativo.

La aparición del Derecho penal en estas situaciones no parece que sea idónea o, al menos, debería tener una más rigurosa y limitada aplicación. Además de los riesgos de la mala aplicación, hay que cuestionar la utilidad de la privación de libertad de uno o ambos de sus padres para un niño que sufrió abandono moral o físico. Nos encontramos regulando algo de suma importancia para la sociedad, la relación familiar, unidad básica de su composición, y por tanto debe ser potenciada y atendida. El interés superior del niño, y su derecho a crecer en familia es algo a lo que el derecho nacional e internacional se ha comprometido a proteger. Debiendo sólo ser alejado de la misma en los casos más graves, en los que se requiera porque le genere un perjuicio de tal entidad para justificarlo.

Se debería poner el foco en la forma de guiar la conducta del menor o compensar las carencias que este podría tener, fruto del abandono, y no únicamente castigar a sus padres. Se cuestiona si es favorecedor para el menor la falta de sus referentes paternos, sumado al posible sentimiento de responsabilidad por sus sanciones ¿No se estaría generando un doble perjuicio para él?.

Esto no implica en ningún caso que se crea que deban dejarse impunes las conductas de abandono u omisión realizadas por los encargados de tutelar a los menores. Pero es cuestionable la idoneidad de la respuesta penal y estatal sobre ellas, y cuánto de la misma vela por el interés superior del niño.

En función de lo argumentado, y debido a la importancia de cuidar de los menores y a todas las cuestiones que entran en juego, sería más apropiado que el Derecho penal lo regule a través de otras medidas. Analizando más profundamente, es incluso debatible acerca de si existe una verdadera necesidad de la sanción penal en estas circunstancias. Es importante que se coloque el debate en la agenda pública, y se evalúe si la respuesta normativa actual es la correcta. Se debería indagar en los orígenes de la problemática para buscar el enfoque y las herramientas adecuadas para solucionarlo de forma efectiva.

Abordar estos casos a través del Derecho civil, más específicamente a través del Derecho de familia, parecería una respuesta más coherente. La limitación y suspensión de la patria potestad está regulada por esta materia en nuestro ordenamiento, al igual que la mayoría de la normativa que ordena el Derecho de familia. El punitivismo no es la

solución idónea para la resolución de conflictos, en los hechos termina siendo solo una respuesta sancionatoria para los transgresores. Mucho se ha escrito acerca de la relativa y cuestionable resocialización que generan las cárceles. Como se ha expresado supra en los caracteres centrales del Derecho penal, su subsidiariedad y accesoriedad es imperante; se debe aplicar sólo cuando no existan otros institutos jurídicos eficaces para la solución del conflicto. La pena es la máxima expresión del poder punitivo del Estado, y como tal debe salvaguardarse para los casos más drásticos (Langón, 2006).

Observando el panorama, sería más apropiado para estos casos que se tomen medidas para brindarles a los padres cursos educativos con herramientas y orientaciones para cuidar y acompañar a sus hijos de forma adecuada. También podría darse acompañamiento psicológico a los menores perjudicados, pues los mismos pueden tener que superar traumas de abandono, vinculaciones familiares complejas, entre otros.

La actitud estatal debería tomar como postura general la creación de medidas para la construcción de un ejercicio de paternidad responsable. Esta debería ser una tarea enfrentada multidisciplinariamente entre todos los organismos públicos competentes en la materia; destinando recursos a la creación de políticas públicas que fomenten el cumplimiento de estos deberes, en vez de asignarlos a medidas privativas de libertad. No se construye una sociedad más justa únicamente aislando de ella a todos los considerados culpables. Debemos plantearnos si estas medidas solucionan efectivamente el problema que las origina. Estas conductas pueden tener como base muchos factores, entre los que podría encontrarse el entorno social en el que se desarrollan las familias. Cómo el contexto influye en la conducta ha sido objeto de estudio de numerosos investigadores durante la historia, y aunque no es el propósito de este trabajo comprobarlo, si nos parece pertinente al caso mencionarlo.

Al analizar las sentencias de este ilícito, se observó que muchos de los fundamentos utilizados en ellas para acusar a las madres, sobre todo a aquellas en las que recaía en mayor proporción la tenencia, partían de afirmaciones morales, y no de la subsunción del tipo penal a la conducta realizada. Estas concepciones son fruto del imaginario colectivo de la sociedad, donde la mujer está encargada de los cuidados del hogar y de la maternidad. Atribuyéndose así, la responsabilidad de las faltas de los menores que tienen a cargo, sobre ellas.

Se debe hacer hincapié en la situación de las mujeres que sufren exclusión económica y social, siendo uno de los colectivos más vulnerables. Acorde a la estadística de género, realizada en conjunto por el MIDES e InMujeres, en el año 2017, la proporción de hogares monoparentales feminizados conforman aproximadamente el 85% (Instituto Nacional de Mujeres [InMujeres], 2021) del total; a lo que se suma que ellos son uno de los cuales "registran mayores niveles de

incidencia de la pobreza” mostrándonos cómo las madres de bajos recursos se encuentran bajo una doble discriminación: social y económica.

Siguiendo los argumentos mencionados, se concluye que muchos de estos casos son consecuencia de un Estado ausente, por lo cual este tiene cierta responsabilidad de las actitudes adoptadas por los padres. Es más sencillo reprimir estas conductas con las leyes más fuertes del sistema, las punitivas, que replantear una reestructuración o un cambio de la actitud estatal frente a dichos casos. Claro ejemplo de lo expuesto anteriormente, es el caso mencionado *ut supra* de la madre NR que fue condenada, a través de un proceso abreviado, a medidas sustitutivas de la privación de libertad, debido a la muerte de su hijo cuando ella no se encontraba en el hogar, por estar trabajando para poder conseguir dinero para cubrir las necesidades de sus hijos. Esa mujer, es solo una cara visible de la situación a la que se enfrentan muchas madres de bajos recursos que ejercen la tenencia total de sus hijos y son el principal ingreso del hogar, a las cuales el Estado no les da respuestas eficaces, al contrario, las condena.

En resumen, creemos que la creación de este delito no es la solución idónea para enfrentar esta problemática, ni resuelve la misma. Por lo que, debería replantearse su reforma en las instituciones estatales, abordando la situación desde una visión más integral, que busque solucionar los orígenes de esta problemática, y dé respuestas eficaces, teniendo en cuenta el contexto social en el que se desarrolla la familia, y el interés superior del niño.

5. Referencias

5.1. Referencias bibliográficas

- Brito, Marcelo. “Procesamientos por delitos relacionados a la patria potestad, instituto técnico forense, sección Registro Nacional de Antecedentes del Poder Judicial penales”. (Disponible en <https://www.poderjudicial.gub.uy/contenido/download/2308/399/19.html> última consulta 8/05/2021).
- Cairolí Martínez, Milton Hugo. (2004) *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales parte especial* - Tomo III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cook, Rebecca; Cusack, Simone. (2009) *Estereotipos de género*. University of Pennsylvania Press.
- Fernández Chiossoni, Martín (2013). Y tú mamá también...: reflexiones sobre la imputación del delito de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad. *Espacio Abierto* (19). 68-72.
- González, Natalia; Katzkowicz Sharon; Pieri, Diego y Sembla, Florencia. *Estadísticas de Género 2017, Inmujeres- MIDES*. Pg. 11 (Disponible en

http://guiaderecursos.mides.gub.uy/innovaportal/file/15091/1/estadisticas-de-genero_2017_final.pdf

Grupo Derecho y Género, Facultad de Derecho - UDELAR, (2013). *Reflexiones sobre el procesamiento con prisión de las madres de adolescentes infractores*. Obtenido del hipervínculo titulado "Aporte del Grupo de Derecho y Género de la Facultad de Derecho" recuperado de

www.universidad.edu.uy/prensa/renderlitem/itemId/34086

Langón Cuñarro, Miguel (2006). *Manual de Derecho Penal Uruguayo*. Montevideo: Ediciones "Del Foro".

Pérez Espinosa, María Emilia y Mariotta, Rodrigo (2019). Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad. Trabajo sexual:

COMENTARIO: (otra vez) La omisión punible de los deberes a la patria potestad. *Revista de Derecho Penal* (27). Pp. 167-179.

Rodríguez Gustá, Ana Laura, (2012). *La Transversalización de Género en la IM*.

Spangenberg Bolivar, Mario (2013). Responsabilidad penal en la patria potestad una historia de promesas incumplidas. *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones*. Pp. 191 - 197.

Zaffaroni Eugenio, Raul (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

5.2. Fallos jurisprudenciales

Proceso abreviado, Fiscalía Letrada de Libertad de 1er Turno.

Disponible en

<http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/v/8604/1/innova.front/fiscalia-de-libertad-de-1%C2%BA-turno-imputo-a-una-mujer-por-omision-a-los-deberes-inherentes-a-la-patria-potestad.html>

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to Turno, del 25 de septiembre del 2014, 227/2014. Redactor: Dr. Angel Manuel CAL SHABAN.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do Turno, del 22 de julio del 2010, 222/2010. Redactor: Alfredo Dario GOMEZ TEDESCHI.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 3er Turno, del 01 de octubre del 2007, i625/2007. Redactor: Dr. Eduardo Nicasio BORGES DUARTE.

Solicitud de formalización, identificación de solicitud NUNC: 2019230611, disponible en

<http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/v/8604/1/innova.front/fiscalia-de-libertad-de-1%C2%BA-turno-imputo-a-una-mujer-por-omision-a-los-deberes-inherentes-a-la-patria-potestad.html>