

Discriminación y prejuicio: el género y la clase de la criminalización de la omisión a los deberes inherentes de la patria potestad.

En la madrugada del 25 de agosto, en la zona de la Ciudad del Plata, en un hogar monoparental, falleció por muerte súbita un bebé a cargo de su hermana, ya que la madre, trabajadora sexual, había salido en oportunidad de un festejo especial a nivel nacional (“la noche de la nostalgia”), por lo que podría llevar algún peso más a su casa. El diagnóstico de muerte súbita -realizado en el caso por el médico forense- implica que el deceso se produce sin que nadie lo cause; en definitiva, es una muerte natural. La Fiscalía persistió en la investigación sobre la madre del bebé, única persona adulta que se encargaba efectivamente de sus cuatro hijos, escolarizados y con los controles sanitarios al día; en fin, eran niños que ‘contaban con ella’.

No obstante el conjunto de estos elementos y el estado de la mujer que se hallaba bajo el impacto de la muerte del hijo, el trámite continuó, con una premura por lo menos, innecesaria. El Ministerio Público acordó con la defensa un proceso abreviado bajo la imputación del delito de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad. (artículo 279 BIS del Código penal). La elección del juicio abreviado previsto en el nuevo código de proceso penal tiene como requisito la aceptación de los hechos por la persona imputada y por lo tanto, de la incriminación que se le hace. En contrapartida, el fiscal reduce el lapso al individualizar el tiempo de privación de libertad o selecciona una pena menos estigmatizante o dolorosa; lo acordado se presenta ante el juez. Éste no tiene que aceptar preceptivamente el planteo expuesto, ya que sigue siendo el responsable del fallo y debe exigir el cumplimiento de principios básicos como el de legalidad (el cual impone, nada menos, que la conducta esté prevista como delito) e incluso, atender a las condiciones en que la persona investigada aceptó la incriminación.

Por lo visto y que desarrollaremos, aun prescindiendo de las connotaciones psicosociales que rodean al hecho, el juez no debió hacer lugar a la condena solicitada, resolviendo en cambio la atipicidad de la conducta y por lo tanto, la libertad definitiva de la mujer.

Nuestro Grupo reconoce que el nuevo proceso penal -más allá de los cuestionamientos que se le han hecho- implica un avance trascendente en materia legislativa en relación a la protección de los derechos humanos de las niñas, niños y mujeres. Pero esto no se ve reflejado en la práctica judicial, donde las mujeres en particular, resultan en realidad víctimas de un sistema que opera a menudo de modo perverso, en forma ajena y hasta contrapuesta a las reformas aun sustanciales que se logren.

El proceso hoy vigente significó un cambio de paradigma, con la pretensión de pasar de un sistema acentuadamente inquisitivo a uno predominantemente acusatorio, en la búsqueda de una mejor armonización con los principios básicos del debido proceso; ellos conforman verdaderas garantías constitucionales reconocidas en los primeros artículos de nuestra Carta Magna. Sin embargo, aún

con este marco jurídico mejorado, seguimos cometiendo los mismos errores y aún más gruesos.

¿Por qué la condena establecida es directamente inadmisibile con el proceso actual y también el derogado?

Abordemos brevemente, una historia reciente que tiene directa relación con los cambios realizados al tipo penal del delito de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad. Hace un poco más de seis años, se produjeron cuatro procesamientos por la misma figura (con la redacción anterior del viejo texto del artículo 279 A del Código penal); el reproche penal se hizo entonces a madres de adolescentes infractores autores de delitos gravísimos. Se consideró que ellas fueron omisas al estimarse que incumplieron sus deberes como progenitoras, ya que de lo contrario sus hijos no habrían desarrollado las conductas infractoras en cuestión. La afectación de principios fundamentales de esos fallos llevó a una declaración de la Universidad de la República y también de nuestro Grupo, indicándose entonces que con esos fallos se habían lesionado, entre otros principios, el carácter personal de la responsabilidad penal (sólo se responde por la propia conducta) y lo que nos interesa especialmente en este análisis, se había confundido una figura que exige la intención de cometer el delito, con un accionar a lo sumo negligente.

Con ese antecedente muy presente, cuando se abordó el estudio del proyecto que finalmente culminó con la aprobación de la ley 19.580 *de violencia hacia las mujeres basada en género*, entre las reformas penales que se consideraron, se hizo cambios fundamentales a las figuras entonces existentes de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad. Se buscaba en esencia, evitar condenas donde no había existido un abandono y mucho menos una conducta intencional.

Precisamente, se agregó el adverbio “intencionalmente” a la omisión de cumplir sus deberes con la finalidad de impedir que se produjeran imputaciones de hechos acontecidos por mera imprudencia (modalidad que creemos tampoco existió en el asunto).¹ Como señalamos, del punto de vista de la técnica penal, era innecesaria esa aclaración, porque si no se establece en forma expresa la previsión del delito como culposo, los tipos penales son considerados dolosos, es decir, en la modalidad de ejecutarse con conciencia y voluntad de un resultado querido, ajustándose la intención al efecto que se produjo. La superabundancia en la construcción del tipo penal se debió a que se quería evitar la repetición de errores de la práctica judicial. Prevalció el criterio de que la orientación al intérprete fuera clara y que no se generaran dudas sobre el propósito del legislador. En consecuencia, aún en

¹ TEXTO del artículo 279BIS: (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.

desmedro de la mejor técnica, se consagró un texto superabundante, dadas las desconfianzas con fundamento, que generaban algunos fallos judiciales.

Pese a todo...

¿A qué se deben estos errores aún más gruesos que los de hace seis años, ya que la nueva redacción los volvía de más difícil repetición? Que se siga criminalizando injustamente a las mujeres deja en evidencia que existe detrás algo mucho más profundo e incluso independiente del marco legal y torpezas interpretativas. Sobre todo, cuando la misma disposición que se invoca, acorde a las normas vigentes en derechos humanos a nivel nacional e internacional, va en sentido contrario de la decisión tomada. Nos referimos obviamente, a nuestra cultura patriarcal, denunciada insistentemente y comprobada a diario, la que se conserva tozudamente y repercute en los modos de pensar de los operadores penales, que forman parte de esa cultura y la reafirman, cuando deberían ser orientadores del cambio. Por el contrario, carecen de una formación especial exigible dada la delicada función de compromiso con la justicia que asumen como fiscales, jueces y defensores.

Pero además, hay otro elemento del caso que reafirma que el sistema opera inmerso en una cultura de discriminación contra la mujer, donde entre la ley -aún la mejor- y su aplicación hay gran distancia. A pesar del afán por encontrar algún culpable en la configuración de -por lo menos- un delito omisivo, la fiscalía no tuvo en cuenta al padre (figura invisible para los operadores del sistema) que consiguió mantenerse exitosamente ajeno, favorecido porque nadie pensó en su ausencia, ni amigos, ni familiares, ni la propia mujer.

Por supuesto que otra ausencia, es la del Estado tema que ameritaría detenernos, cuando se piensa en la co-responsabilidad social, si bien no consideramos que sea el momento para abordar ese aspecto, ya que en la situación que estamos viendo, mucho antes de apuntar a las responsabilidades del Estado social de Derecho, hay elementos más evidentes para descartar toda responsabilidad de la mujer.

Su triple condición de mujer, jefa de hogar y pobre volvió a esta madre candidata a entrar fácilmente al sistema penal. Si agregamos a ello su rol de trabajadora sexual, aun siendo un trabajo lícito, se acumularon ciertamente, muchos puntos en su contra dados los prejuicios de una sociedad hipócrita que por un lado admite el trabajo sexual como lícito, pero da relevancia al reproche moral que subyace, volviéndose todavía más fácil responsabilizarla de lo que no hizo ni omitió.

Por todo lo visto, quedó diáfano el hecho de que la justicia no sólo no es objetiva, sino que está permeada por ancestrales prejuicios de género y de clase.

Creemos necesario y urgente monitorear este tipo de decisiones judiciales desde la jerarquía y con los mecanismos existentes para ello. La independencia de los operadores no puede ser sinónimo de arbitrariedad e injusticia, más aún cuando Uruguay ha ratificado todos los tratados de derechos humanos y sus normas forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Site institucional: <http://www.fder.edu.uy/genero/>

Correo electrónico: grupoderechoygenero@gmail.com

Facebook: Derecho y genero FDER



GRUPO DERECHO Y GÉNERO

Facultad de Derecho
Universidad de la República



La igualdad debe encarnar en la realidad, en el día a día, en la aplicación de la justicia sin prejuicios, ni estereotipos, ni estigmas, haciendo uso del Derecho vigente en un Estado democrático donde la búsqueda debe consistir en que sea vivida por todas las personas que habitan Uruguay; en un Estado que cuando se detecten situaciones como la vista, no intervenga la política criminal, sino la política social.

Montevideo, 5 de septiembre de 2019.

Site institucional: <http://www.fder.edu.uy/genero/>
Correo electrónico: grupoderechoygenero@gmail.com
Facebook: Derecho y genero FDER