

Versión ampliada:

**“La omisión de los deberes inherentes a la patria potestad, tutela, curatela y guarda:
estudio exploratorio sobre la aplicación de los tipos penales de los arts. 279 A y B y 279
Bis del Código Penal a partir del análisis de la jurisprudencia nacional en el período
2004-2021”**

Lucía Remersaro, Lucía Giudice y Daniel Zubillaga

ÍNDICE

Introducción.....	3
Metodología.....	4
Análisis del universo relevado.....	5
A. El artículo 279 BIS.....	5
B. La omisión de la asistencia económica (artículo 279 A).....	5
C. La omisión a los deberes correspondientes a la salud moral o intelectual (artículo 279 B).....	8
i. Hechos que dan lugar a la imputación del delito de omisión a los deberes inherentes.....	8
Casos en los que se afecta la Indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes (delitos de violación, atentado violento al pudor, explotación sexual de personas menores de 18 años).....	9
Casos referidos a los cuidados.....	10
Casos en los que se vulnera la vida o integridad física y concurre con los delitos de homicidio, lesiones o violencia doméstica.....	11
Responsabilidad de padres y madres por actos infraccionales de sus hijos adolescentes.....	12
Casos de pluriparticipación entre padres/madres e hijos/hijas menores de 18 años.....	12
Casos de encubrimiento entre padres/madres e hijos/hijas menores de 18 años.....	13
ii. La dogmática citada.....	13
La puesta en peligro.....	13
La omisión.....	15
III. Los estereotipos de género en la aplicación del tipo.....	17
IV. Discusión.....	20
Referencias bibliográficas.....	21

I. Introducción

La presente investigación consiste en un estudio exploratorio sobre la aplicación judicial de los tipos penales de los arts. 279 A y B y 279 Bis del Código Penal a partir del análisis de la jurisprudencia nacional en el período 2004-2021.

El delito de omisión de los deberes inherentes de la patria potestad y el de omisión de los deberes de asistencia económica fueron incorporados por el art. 17 de la Ley No 14.068 de 1972, la “Ley de Seguridad del Estado y Orden Interno”. Sin embargo, ya en los arts. 216 y 217 del Código del Niño se castigaban como estafa a la ocultación de sueldos por parte del padre obligado a servir pensión alimenticia y con multas o prisión al que condenado a esa obligación, no la cumpliera durante tres meses¹.

Esta disposición fue derogada por los arts. 279 A y B incluidos por la ley 14.068, que establecía dos tipos penales: el artículo 279-A que castigaba con la pena de tres meses de prisión a dos años de penitenciaría al que omitiera el cumplimiento de los deberes legales de asistencia económica inherentes a la patria potestad, o a la guarda judicialmente conferida y establecía como agravante especial el empleo de estratagemas o pretextos para sustraerse de la obligación. Mientras que el artículo 279-B castigaba con una pena de tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría al que omitiera el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y con ello pusiese en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor.

Estos delitos fueron incorporados a partir del empeño de la Profesora Adela Reta que en diversos ámbitos propuso una serie de delitos estructurando en el Código penal “un verdadero derecho penal familiar como manifestación de la tutela de la familia convertida en objetividad jurídica autónoma” (Reta, 1982, p. 55).

El 22 de diciembre de 2017 mediante la ley 19.580 se unieron los artículos 279-A y 279-B, unificando la omisión de asistencia económica con la moral, proyectando un sistema de protección integral e incorporando en forma explícita a la tutela, cuestión que antes se discutía si se encontraba contemplada o no dentro del sujeto activo calificado del delito².

Básicamente, el problema de investigación está definido por la gran variedad de supuestos de hecho que permiten la aplicación del delito y las posibilidades de que exista una aplicación

¹ Diversas disposiciones del Código del Niño criminalizaban obligaciones derivadas de los deberes a la patria potestad, así el art. 79. castigaba la omisión de inscripción de niños en la escuela y de falta de control de asistencia a la misma, el art. 85 castigaba con una multa al padre, tutor o encargado de un niño que deje de asistir a la escuela más de tres días en el mes sin justificación, el art. 123 castigaba con pena de multa la falta por abuso o tolerancia de mendicidad de menores, el art. 244 tipificaba el delito de abandono de menores por omisión de controlar su régimen laboral, el 254 castigaba con pena de multa a quienes emplearen menores en actividades contrarias a la moral y a las buenas costumbres.

² El art. 279 BIS expresa (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. Constituye agravante de este delito el empleo de estratagemas o pretextos para sustraerse al cumplimiento de los deberes de asistencia económica inherentes a dichas responsabilidades.

desigual entre varones y mujeres a pesar de que, el marco normativo que regula a las relaciones de familia, impone las mismas obligaciones a ambos roles.

II. Metodología

El objeto de estudio fue abordado desde varias perspectivas, ya que se trata de una investigación jurídica con varios componentes. En efecto, se adoptó una metodología cuali-cuantitativa, consistente en el análisis de contenido de documentos judiciales, con el objetivo de adentrarse en la utilización del discurso y producción dogmática penal, la argumentación judicial y las formas de resolución de casos; y en la descripción cuantitativa de los casos de acuerdo a variables definidas *a priori*, tales como el género de la persona imputada o condenada, el tipo de condena impuesta, el tipo de delito, entre otras.

El universo de análisis construido hasta el momento se constituye por sentencias dictadas en el período 2004-2021, en segunda instancia y en casación por los Tribunales de Apelaciones en lo Penal y la Suprema Corte de Justicia. Estas fueron obtenidas a partir de la Base de Jurisprudencia Nacional. Finalizado el relevamiento, se cotejó la muestra con otras bases de datos y publicaciones que sistematizan jurisprudencia, como la base de datos de La Ley Thomson Reuters y la Revista de Derecho Penal. Se encontraron algunas sentencias que no surgen de la Base de Jurisprudencia Nacional, por lo que el equipo realizó gestiones ante el Poder Judicial para poder obtener el texto de las mismas. En total, se ficharon y analizaron 87 sentencias de los TAP y 3 de la SCJ.

Construida la muestra definitiva, se prosiguió a la etapa de recolección de datos de cada una de ellas. Estos fueron introducidos en una planilla Excel de acuerdo a las variables de interés para la investigación, a saber: fecha, número de sentencia, tipo de sentencia, integración del TAP o SCJ, número de IUE, carátula, juzgado de origen, género de la persona imputada o condenada, vínculo con el niño, niña o adolescente, resumen de los hechos, deber inherente omitido, concurrencia de delitos, concurrencia de delincuentes, tipo de pena aplicada, dogmática penal utilizada, normativa citada, discordias, otros aspectos relevantes.

El acceso a sentencias de primera instancia constituyó una dificultad mayor para el equipo ya que se trata, en su mayoría, de documentos no informatizados, cuya disponibilidad -por ejemplo, en las causas seguidas en el Interior del país- hubiera implicado el traslado hacia localidades fuera de Montevideo. El equipo realizó consultas con el Poder Judicial y con sedes del Interior, que confirman lo anteriormente dicho. Por estas razones, no fue posible cumplir con esta parte de la investigación en esta etapa del proyecto.

Esta aclaración exige puntualizar el alcance que tienen los resultados que se expondrán en el presente informe, ya que la observación fue realizada sobre un conjunto de casos que llegaron, por razones particulares, a segunda instancia y casación. Esto quiere decir que los resultados que en este informe se presentan no tienen pretensión explicativa generalizadora de la actividad judicial ante los delitos de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad, sino sólo en cuanto a lo que a los Tribunales de Apelación en lo Penal y la Suprema Corte de Justicia compete. Por ejemplo, un posible sesgo que el equipo identifica en la

información recolectada es la sobrerrepresentación de casos de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad concurrentes (tanto por concurso de delitos como de delincuentes) con delitos sexuales, debido a que, en virtud de ellos se hayan deducido recursos de apelación, tanto por el mayor contradictorio que estos casos pueden producir en comparación con otros, o por la apelación automática, entre otras circunstancias.

III. Análisis del universo relevado

A continuación, se expondrá el análisis de los datos, considerando a estos efectos, la cantidad de sentencias que corresponde a cada delito (279 BIS, 279 A, 279 B), con detalle del género de las personas imputadas o condenadas y la dogmática penal utilizada por los redactores.

Se analizará en primer lugar la omisión de asistencia económica. Luego se pasará a la omisión de la salud moral e intelectual, donde se presentarán las diversas formas observadas en que se vulneró o se puso en peligro la salud moral e intelectual de los niños, niñas y adolescentes. En relación a esto último, se observaron casos que implicaron la configuración del delito en razón de las siguientes circunstancias: 1) violencia sexual o indemnidad sexual; 2) incumplimiento en las tareas de cuidados; 3) hechos y contexto de violencia doméstica y delitos contra la vida e integridad física; 4) responsabilidad penal por actos infraccionales cometidos por sus hijos adolescentes; 5) concurso de delincuentes entre padres/madres e hijos menores de edad; 6) encubrimiento de padres/madres de las infracciones cometidas por sus hijos.

A. El artículo 279 BIS

Se relevaron únicamente 7 sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Penal y todas refieren a la omisión de la integridad física. Por tanto, estas sentencias se analizarán oportunamente en el literal C.

B. La omisión de la asistencia económica (artículo 279 A)

En este delito se castiga el incumplimiento de los deberes de asistencia económica, que trasluce la regla de mandato de asistir económicamente a los encargados del cuidado y representación de los menores de 18 años, siempre que no hubiese una justificación loable (empleando estratagemas o pretextos).

Del universo relevado, hallamos 17 sentencias de los Tribunales de Apelación Penal y una de la Suprema Corte de Justicia, lo que podría confirmar lo expresado por Spangenberg (2013) que señala que son muy pocas las situaciones que se criminalizan en proporción a los incumplimientos de la pensión alimenticia mandatadas en sede de familia.

Observado el género de los distintos sujetos activos del delito, se constata que todos son varones (17/17).

Además, examinadas las concurrencias con otros delitos, solo en un caso concurrió con el delito de estafa en el caso de un abuelo que a su vez era empleado del padre. En otra sentencia, se pretendió por parte de la Fiscalía hacer concurrir el 279 A con un delito de

desacato, a lo que el juez *a quo* resolvió no hacer lugar a lo peticionado. Esto ameritó la interposición de los recursos de reposición y apelación en subsidio por parte del fiscal. Como consecuencia, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 1° en sentencia 62/2009, confirmó la recurrida. Es en este caso en que se observa una de las pocas, sino la única, discordia de uno de los ministros del tribunal. En efecto, El Ministro Reyes votó por revocar y procesar sin prisión solo por desacato por entender que asistía razón al fiscal cuando valoró que el denunciado cumplía “como le viene en gana de forma intencional para demostrar que a él nadie le dice lo que tiene que hacer, ni siquiera un Juez y eso es desobediencia abierta, no pasiva”.

Con respecto al tipo de pena aplicada, en 14 de las 17 sentencias se dispuso el procesamiento o se condenó sin prisión, mientras que en 2 sentencias se condenó con prisión y en una de ellas hubo una revocación.

La dogmática citada en las sentencias dictadas por los Tribunales de Apelación en lo Penal refieren a las elaboraciones doctrinarias de Reta (“La culpabilidad en los delitos de peligro” - ADPU, t.II), Milton Cairolí (Curso de Derecho Penal Uruguayo, FCU, 1989, t. III), Bayardo (Derecho Penal Uruguayo, 1977, VI) y Camaño Rosa (no se identifica la obra).

En cuanto a la identificación del bien jurídico tutelado por la conducta, en la s. 355/2012 dictada por el Tribunal Apelaciones Penal 2o Turno se asume que se trata de la protección y organización jurídica de la familia:

Así el Profesor Cairolí establece que “el bien jurídico tutelado en este tipo penal, es el interés del Estado en amparar a la familia en lo referente a su organización jurídico - económica, sancionando la omisión de la obligaciones impuestas por la ley civil“ a quien posee la patria potestad entendida como el conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y bienes de los hijos menores, para que puedan cumplir con los deberes paternos: ese no hacer se vincula con la asistencia a la patria potestad, tutela o guarda y tiene un sentido más amplio que comprende alimentos, vestido, calzado, medicamentos, estudios y el imputado no ha suministrado los medios para el mantenimiento.

En la misma línea lo desarrolla la s. 100/2007 dictada por el Tribunal Apelaciones Penal 2° Turno, que expresa:

Se vulneró el bien jurídico tutelado que es el organismo social y familiar mediante el reforzamiento penal de las obligaciones económicas impuestas por leyes civiles al decir de Camaño Rosa.- La consumación operó en el mismo momento en que, pudiendo, incumplió por extensos lapsos la obligación de alimentar, abrigar y educar a sus hijos de acuerdo a su estado y condición y de acuerdo con sus posibilidades, sin la menor causa probada que lo hubiera justificado.-

Otra de las cuestiones que se han desarrollado, refiere a la consumación del delito. En ese sentido, la s. 355/2012 dictada por el Tribunal Apelaciones Penal 2o Turno explica:

Se trata de un consumación permanente pues no parece configurarse en un solo acto, sino con una sucesión de actos omisivos que van a cristalizar la verdadera omisión requerida por el tipo penal. (Cairolí, CDPU, FCU, 1989, III, p. 254).

Sobre la omisión, se ha discutido si es suficiente con el impago de una cuota de pensión alimenticia o es necesario que el incumplimiento se prolongue en el tiempo. Las sentencias

62/2009, 50/2015, 261/2020 han tratado el tema concluyendo que no se consuma el delito si el impago es parcial y para sostenerlo la jurisprudencia ha citado las opiniones de Bayardo (1977) y a Cairoli (1989).

En lo que refiere a la puesta en peligro, únicamente hacen referencia dos sentencias. La s. 261/2020 del Tribunal Apelaciones Penal 1o Turno expresa:

De los Resultando "Omisión de los deberes de asistencia económica inherentes a la patria potestad - Tenía pleno conocimiento de su obligación, y materializó un incumplimiento consciente y voluntario de la misma. En efecto, tuvo posibilidades concretas de cumplimiento, las que evadió contumazmente, por más de cuatro años, vulnerando el bien jurídico tutelado por la norma, sin justificación alguna. AA con conciencia y voluntad postergó las necesidades de su hijo, a favor de las suyas propias (...)" "El procesamiento recaído guarda directa relación con la conducta desplegada por el Sr. AA durante un extenso lapso, durante el cual puso en peligro la integridad de su hijo al omitir el cumplimiento de su obligación alimentaria."

Mientras que la s. 362/2015 del Tribunal Apelaciones Penal 2o Turno refiere lo siguiente:

El argumento de la Defensa no es de recibo, porque las dos menores obviamente son apoyadas por la madre, lo que no quiere decir que la acción contumaz del padre no las ponga en peligro, no se trata de que la acción positiva de la madre excluya el dolo de incumplir sus deberes económicos y por ello desaparezca el peligro. El peligro está latente y es permanente por la conducta de AA.

Sin embargo, se halló una sentencia que entiende que este delito no es de peligro. En tanto, la s. 222/2010 dictada por el Tribunal Apelaciones Penal 2º Turno expresó:

El error de tal tesitura es evidente, parifica el abandono a la puesta en peligro, lo cual no es la solución legal, porque lo que la norma exige es omitir poniendo en peligro. A diferencia de la hipótesis del art. 279 A, en donde basta que el sujeto no pague para incurrir en delito, esto es, basta la omisión, el no cumplimiento del deber legalmente impuesto, en ésta se requiere, además, la puesta en peligro

Por su parte, la dogmática citada en la sentencia 277/2012 dictada por la Suprema Corte de Justicia, cita a Langón (la obra *Código penal anotado y comentado*) así:

La figura en análisis constituye un delito de omisión propia, en el cual la regla de mandato -asistir económicamente a los hijos menores de dieciocho años- es absoluta, no depende de ninguna otra cosa que de la posibilidad efectiva de hacerlo y no está condicionada a la fijación de un régimen de alimentos por ninguna autoridad jurisdiccional (cf. Langón, Miguel, *Código Penal anotado y comentado*, pág. 636).

No obstante, analizado el texto citado por el Tribunal, Langón (2010) expresa luego de la palabra jurisdiccional "si bien normalmente se exigirá la determinación de la obligación y de su monto, por la justicia especializada de familia". Ciertamente, parece lógico que el Derecho penal sea utilizado como última ratio y por tanto -en consonancia con el carácter de fragmentario- se acuda a él cuando fallen los mecanismos extrapenales.

C. La omisión a los deberes correspondientes a la salud moral o intelectual (artículo 279 B)

El artículo 279-B castigaba con una pena de tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría al que omitiera el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y con ello pusiera en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor.

Los supuestos de hecho que abarca este delito es inmensamente más amplio que el anterior, por lo que se observa una casuística interesante para analizar. En cuanto al universo examinado, hallamos en total 66 sentencias de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal. Sin embargo, únicamente 39 de ellas analizan concretamente el delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad mientras que las restantes 27 sentencias analizan otro delito concurrente (por ejemplo, abuso sexual, violación, homicidio). Estas últimas son sentencias que permiten visualizar la complejidad de la casuística, pero que no analizan al delito, sino que apenas lo mencionan. Finalmente sólo hallamos dos sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia.

Respecto del género de los sujetos activos, aquí aparece una clara sobrerrepresentación de las mujeres, teniendo en cuenta que, de acuerdo a los datos estadísticos del Poder Judicial para el año 2020, las mujeres representan el 10,1% de las personas judicializadas en el sistema penal. Precisamente, un dato llamativo se desprende de las dos sentencias analizadas dictadas por la Suprema Corte de Justicia, en las que ambos delitos fueron cometidos por mujeres madres.

Mientras que en el caso de los Tribunales de Apelación en lo Penal, de las 65 sentencias relevadas, 38 corresponden a causas seguidas contra madres, 20 contra padres, 4 contra madres y padres (concurso de delincente) y en 3 no se expresa el género del sujeto activo, tal como puede observarse en la Tabla 1.

Tabla 1. Sentencias TAP (279 B y 279 BIS)

<u>madre</u>	<u>padre/madre</u>	<u>padre</u>	<u>total</u>
38	4	20	65

Elaboración propia

i. Hechos que dan lugar a la imputación del delito de omisión a los deberes inherentes

Como se dijo, los casos que abarca este delito es aplicable a situaciones muy diversas, aunque acotadas a sujetos activos concretos: madres, padres o personas que ejerzan otros institutos de representación, como la tutela, la curatela, o personas que tengan bajo su guarda a menores de edad.

De hecho, del universo de análisis hallamos la i733/2009 dictada por el Tribunal Apelaciones Penal 3º Turno. En vísperas de Navidad, unos padres se retiraron de su domicilio luego del

festejo familiar, y quedaron en la finca sus tres menores hijos de 4, 6 y 10 años de edad. Durante la ausencia, se produjo un desperfecto eléctrico y los menores, haciéndose de una vela que solicitaron a un vecino, lo subsanaron. Sin embargo, olvidaron apagar la vela y se quedaron dormidos. La vela cayó y produjo el incendio de la finca, construida a base de elementos altamente inflamables. Como consecuencia, falleció la niña de 4 años y en primera instancia se condenó a los padres por un delito de homicidio culposo. En segunda instancia, se los absolvió del delito de homicidio y se destacó que para imputar un delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad se debe presentar las partidas de nacimiento.

Pudo concurrir en el caso el delito de omisión propia referido al cumplimiento de los deberes inherentes de la patria potestad (art. 279 B, CP), toda vez que ausentarse de la finca sin una necesidad perentoria que lo ameritara y quedando a cargo un menor de 10 años, evidencia un incumplimiento de parte de los encausados al “deber de cuidado” que impone aquel estatuto, poniendo en peligro la salud moral del menor CC en la medida que se le encargaba de una tarea de protección a sus hermanos de 6 y 4 años, que superaba claramente su capacidad y madurez.

No obstante, es de observar que no obran agregados a los autos los testimonios de las partidas de nacimiento de los menores. Y tratándose de un delito con sujeto activo calificado, no basta “...la autoatribución de una paternidad si la misma no se hace en las formas y con las garantías que la ley establece para facilitar la posibilidad de contestación del estado civil...” (Cf. RETA, “Omisión punible de los deberes inherentes a la patria potestad”, RDP, N° 4, p. 64).

Por lo tanto, del análisis de la configuración típica del delito, se desprende que éste porta un gran alcance, puesto que definir “los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela, la curatela o la guarda judicialmente conferida”, otorga una amplia discrecionalidad judicial (Langón, 2010). En efecto, Cairolí (2004, p. 292) ha expresado “El tipo penal puede ser de unos alcances tan amplios que sus posibilidades realmente son imprevisibles”.

Los casos analizados refieren solo a padres o madres y a estos supuestos concretos:

a. Casos en los que se afecta la indemnidad sexual de los niños, niñas y adolescentes (delitos de violación, atentado violento al pudor, explotación sexual de personas menores de 18 años)

En estos casos, se ha observado que, por un lado, las condenas o imputaciones se realizan a mujeres que, según la justicia, debieron evitar delitos contra la libertad sexual que sus parejas/padre cometieron contra sus hijas o hijos. Son casos en donde se imputa la violación, el atentado violento al pudor y la contribución a la explotación sexual de menores. Pero por otro lado, hallamos casos en los que se imputa a los padres por situaciones en las que se alienta a la explotación sexual comercial de sus hijos o hijas a cambio de alguna contraprestación de un tercero; o directamente abusan sexualmente de sus hijas menores. Se observaron 10 casos referidos a varones, 9 a mujeres y 2 en los que se responsabilizó igualmente al padre y a la madre.

En uno de los casos observados se imputó a una persona por “reiterados delitos de retribución a personas menores de edad para que ejecuten actos sexuales o eróticos a cambio de una contraprestación”, en concurso real con delitos de atentado violento al pudor, por haber

realizado actos de este tipo con la hija de la persona a la que la arrendaba un inmueble. Como consecuencia, el padre de la menor fue imputado por el delito del art. 279 B CP.

También se ha observado casos en los que los padres ejercen directamente violencia sexual contra sus hijos o hijas, además de otros actos que también vulneran la integridad física. Esto se ha observado respecto de hijos varones como mujeres. De ahí que se imputen ambos delitos en reiteración real, es decir el delito contra la libertad sexual y la omisión descrita en el art. 279 B CP. Se observan casos en donde se da la imputación de los delitos sexuales y de delitos contra la integridad física.

En el caso de las mujeres, se constatan casos de imputación del art. 279 B o BIS no por ejecutar los actos sexuales ilegítimos, sino por: 1) tolerar los actos sexuales del varón contra los niños, niñas o adolescentes; 2) por directamente explotar sexualmente a los menores. Resulta interesante la perspectiva que se plantea con respecto a la tipificación de este delito en estos supuestos. Así, la s. 150/2016 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno plantea lo siguiente:

En relación al delito de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad debe señalarse que si bien es cierto, en principio, que la conducta sexual atribuida a AA constituye una grosera falta a los deberes que la ley pone a cargo de los padres, que deben perseguir la formación moral de sus hijos, no le alcanza el reproche penal como delito autónomo en tanto ese sesgo de la conducta integra la imputación del atentado sexual por la vía de la agravación prevista en el art. 47 No. 14 del C. Penal (ver S. de la Sala No. 138/96 y Rev. INUDEP No. 1 p. 239); aún incluso para el caso de que ni el Ministerio Público, ni el A-quo, como ocurre en este caso, hayan computado dicha alteratoria, lo que ciertamente procedía. Pero es de ver que aquí su tipificación no obedece a ello, sino a su comportamiento restante, por el que agredió, amenazó y humilló de continuo a su hijo, a la vez que toleró y apoyó que su esposa hiciera lo mismo, por lo que en este caso el delito resulta configurado, aunque sólo para tales situaciones.

Por otro lado, la s. 155/2011 del Tribunal Apelaciones en lo Penal 1° Turno señala:

se comparte la tesis tradicional o mayoritaria, según la cual, la violación como el atentado violento al pudor, constituyen agresión de la libertad sexual; mientras que el delito omisivo del art. 279 B del C. Penal se consuma cuando el agente deja de proceder conforme con las pautas y las normas preceptivas, tendientes a la protección de "la salud moral o intelectual del hijo menor", que emanan del ejercicio de la patria potestad, lo cual no se advierte en la especie, en que la conducta positiva ingresa en un tipo de configuración netamente positiva o comisiva (INUDEP N° 1, p. 239).

b. Casos referidos a los cuidados

Las condenas refieren a madres y padres, aunque predominantemente a madres, que incumplieron con sus obligaciones parentales de cuidados. Se observó un caso en el que surge involucrado un padre y se hallaron cinco casos en donde se castiga a las madres.

En la s. 265/2011 del Tribunal Apelaciones en lo Penal 1° Turno, se condenó a un padre por permitir y fomentar

conductas de mendicidad y calle extrema abandono, permanencia en la calle lejos del hogar a horas intolerables en niños de su edad, que les han colocado en situaciones de riesgo social, moral y de la propia salud, con el consiguiente peligro para su desarrollo físico y moral.

Mientras que en la s. 360/2010, el Tribunal Apelaciones en lo Penal 1° Turno revocó la sentencia de primera instancia que no había hecho lugar al pedido fiscal, decidiendo la imputación del delito del 279 B, sin prisión, incluso obligando a la imputada a recibir atención psicológica:

La procedencia de las medidas resulta de los informes de las autoridades de “ANEP” que dan cuenta de las situaciones de violencia a la que los menores AA (12 años), BB (14 años) y DD (9 años), sometían a sus compañeros de escuela. Además resulta que EE (12 años), dejó la escuela en 4o año. Y todo indica que DD y AA están en situación de calle y todo indica que habrían consumido tabaco y drogas. FF, otra de las niñas del grupo habría sido abusada por una pareja de su madre y en todos los casos es notoria la falta de higiene y cuidados de los menores. Las maestras comunitarias manifiestan al igual que las de primaria que la madre no está en condiciones de hacerse cargo de sus hijos.

Obsérvese la expresión de agravios concreto del Ministerio Público, al deslindar de responsabilidad al padre de los menores:

El Ministerio Público se agravia porque “En la especie, es palmario el abandono de esta madre hacia sus menores hijos, no son asistidos desde el punto de vista de su salud, tampoco escolarizados, vende la vivienda que se le otorga argumentando que no puede con ellos, sin embargo usufructúa beneficios económicos que le proporciona el Estado no volcando lo obtenido en el bienestar de los menores como debiera”. Luego de aclarar que no corresponde el pedido de procesamiento respecto al padre de los menores porque están a cargo de su madre, pide que se revoque la impugnada (fs. 59 a 61).

c. Casos en los que se vulnera la vida o integridad física y concurre con los delitos de homicidio, lesiones o violencia doméstica.

Una de las maneras en que se manifiestan estos casos es a través de la responsabilidad de las madres por el comportamiento de sus parejas varones, sean padres o no de sus hijos. En efecto, son los padres o las parejas de las mujeres los que cometen los delitos de lesiones y, en consecuencia, las madres son condenadas por el delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad por no evitar esas lesiones.

También existen casos en los que las agresiones son realizadas tanto por los padres como por las madres, como el que se observa en la sentencia 22/2020 del Tribunal Apelaciones en lo Penal 4° Turno:

La Sala comparte la relación de hechos efectuada en la misma, ya que se ajusta a los referidos en la acusación con los medios de prueba colectados en el proceso. Los enjuiciados AA y BB mantuvieron una relación de pareja por seis meses aproximadamente. Convivían con el menor CC de dos años de edad, hijo de la primera de las nombradas y con DD, abuelo del segundo. Durante un período de tiempo indeterminado, pero que abarcó tres meses aproximadamente, el menor fue sometido a diversas agresiones por parte de los encausados. Los referidos malos tratos consistieron en su materialidad en quemaduras de cigarrillos, golpes que le produjeron fracturas, pérdida de piezas dentales y diversos hematomas.

Sin embargo, estas situaciones pueden esconder un trasfondo social más profundo, caracterizado por el sometimiento de la mujer al ejercicio de violencia doméstica sistemática por parte de los varones. Al respecto, se advierte lo manifestado por la acusada, y que se reproduce en la sentencia analizada:

Declaración de AA (fs. 23 a 25) "... mi hijo está internado, tiene golpes que los hizo mi pareja. Vivo con él hace seis o siete meses, se llama BB... lo vi un montón de veces pero él me tenía amenazada, me quise ir pero no podía, me tenía amenazada y no me dejaba salir de la casa, los golpes hacia mi hijo empezaron hace tres meses más o menos, no salía sola, siempre con él. Él trabajaba de madrugada pero siempre se llevaba la llave. A mi no, pero a mi hijo si. No me dejaba hablar con nadie... cuando vino la policía me enteré que estaba quebrado. Se había quebrado antes, pero yo lo llevaba al médico. Cada tres meses tenía control, hace dos meses fue la última vez que fui a control con mi hijo. Y en ese momento no tenía nada porque hace tres meses que lo empezó a golpear... lo curaba pero él lo golpeaba todos los días, todas las noches, cuando lo bañaba veía los golpes diarios..."

d. Responsabilidad de padres y madres por actos infraccionales de sus hijos adolescentes

Este tipo de casos refiere a la responsabilidad en la que incurren los progenitores por los actos infraccionales de sus hijos menores de edad, sometidos al régimen de responsabilidad especial del CNA.

Solo se observó una sentencia referida a un caso del año 2010, es decir, anterior a la sanción y promulgación de la Ley 19.055, cuya redacción dada al art. 116 bis, literal F del CNA permite la comunicación a la justicia penal de adultos para que determine las eventuales responsabilidades de los padres por las infracciones gravísimas de sus hijos descritas en dicho artículo.

En esta sentencia, la 213/2013, el Tribunal Apelaciones en lo Penal 4° Turno, decidió absolver al acusado, por la siguiente razón:

Parece concluir el Ministerio Público que la conducta asumida por la menor involucra a sus progenitores en una suerte de responsabilidad objetiva, lo cual es en sí mismo equivocado, pero además no se acreditó razón alguna para llegar a tan conclusión, puesto que podrán existir diversos motivos para lo ocurrido pero los mismos están en la esfera de responsabilidad de la menor y, no corresponde responsabilizar por ello a los padres cuando nuestro derecho penal es de hecho y no admite la responsabilidad objetiva, esto es sin culpa o dolo.-

Y agrega el redactor, citando otro precedente del mismo Tribunal pero con diferente integración:

"VII)... la Sala considera que 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".

e. Casos de pluriparticipación entre padres/madres e hijos/hijas menores de 18 años

Estos casos refieren a la comisión de delitos en hipótesis de pluriparticipación con personas menores de edad. Se trata de casos en los que las madres cometen delitos con sus hijos. Se han observado dos casos de este tipo, y a ambas madres les fue imputado el delito del art. 279 B. Un ejemplo de esto puede ser observado en sentencia 287/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno:

En lo que hace relación al delito imputado de Omisión de los Deberes Inherentes a la Patria Potestad es la propia EE quien detalla la participación junto a su hijo en el ilícito "...fuimos al Nutri Market a comprar con \$ 70 que tenía, y luego salimos por ahí a requechar, y como no encontramos nada, cometimos esa estupidez, nos acercamos los dos al mismo tiempo, fue verla, nos miramos y dijimos "vamos"... la verdad que fue una real estupidez, no lo haré más ni con él ni sin él..." (fojas 12 vuelta) Y el menor preguntado sobre si su madre se acercó para ayudarlo, contestó "...sí, pienso que sí, porque tampoco hizo nada por evitarlo..." (fojas 10) a lo que agregó que tanto él como su madre y la pareja de esta son consumidores de pasta base contestando al ser preguntado sobre si acostumbraban cometer este tipo de hechos delictivos "...no, sólo fueron estas dos veces..." (fojas 15).-

f. Casos de encubrimiento entre padres/madres e hijos/hijas menores de 18 años.

Estas situaciones refieren a encubrimientos de delitos por parte de madres respecto de delitos que cometen sus hijos menores. Si bien el art. 42 CP exime de pena, las sentencias que se observaron refieren a que las madres tuvieron participación en el resultado y el provecho del delito.

Es el caso, por ejemplo, de la s. 207/2013 del Tribunal Apelaciones Penal 4o Turno, en el que dos hermanos de 16 y 17 años le daban el dinero a su madre para pagar las cuentas del almacén luego de cometer hurtos, actividad que harían desde los 10 años. El Tribunal describe los hechos así:

La procesada tenía conocimiento que el dinero que sus hijos aportaban al hogar era producto de su quehacer infraccional. Expresa que salen y entran a cualquier hora y regresan con dinero y que le es imposible ponerles límites. La madre de los adolescentes no tuvo conocimiento de que sus hijos habían salido la noche en que sustrajeron efectos y fueron detenidos con el propósito de hacerlo.

ii. La dogmática citada

a. La puesta en peligro

Como se ha dicho, el delito analizado es un claro delito de peligro concreto. La modalidad de delitos de peligro se trata de una categoría muchas veces resistida por la doctrina y calificada como parte de la expansión penal. Esto genera cierta tensión en una disciplina que se construye a partir del principio de intervención mínima y eso es debido a que los delitos de peligro exigen necesariamente el adelantamiento punitivo (Terradillos, 2001).

Lo que podemos inferir es que los Tribunales justifican la puesta en peligro de los hijos ante, por ejemplo, situaciones de violencia doméstica. En ese sentido, la s. 356/2019 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1º Turno expresa:

Si bien es claro que la nombrada no fue imputada por hechos que "eventualmente podrían ser catalogados de violencia doméstica"; lo cierto es que sí lo fue por haber omitido de manera porfiada y constante los deberes inherentes a la patria potestad, a través de una actitud notoriamente agresiva y sobre todo prescendente, que en puso en evidente riesgo la salud física y psíquica de sus dos hijas, al punto que claramente sirvió como detonante para los prolongados abusos que se sucedieron.-

Para el caso de las situaciones en que se imputa a un padre la omisión a los deberes inherentes a la patria potestad en concurrencia con el delito de violación sobre su menor hija,

la s. 129/2013 del Tribunal Apelaciones Penal 4o Turno justifica la puesta en peligro a través de las pericias obrantes en la causa, así:

En tal sentido la pericia psicológica de la víctima reflejan las vivencias de peligro, de buenos y malos, de culpas y un “gran simbolismo sexual” que da cuenta de lo que relató a la madre, abuela y en Sede Judicial con todas las garantías del debido proceso. No medió agravio respecto al delito de Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad en concurso formal, que también se atribuyó al apelante (art. 279 B y 57 del C.P.). Sin perjuicio de ello cabe decir que es evidente su configuración por parte de un padre que sometió a su hija de 4 años a los aberrantes actos sexuales probados plenamente en autos. Con los mismos se puso en peligro la salud moral o intelectual de la niña, lo que no es cuestionable en las circunstancias probadas.

La doctrina que se cita en las sentencias relevadas es exclusivamente nacional, hallándose únicamente cuatro citas concretas: tres al artículo de Reta “La culpabilidad en los delitos de peligro” - ADPU, t.II, y otro al *Curso de Derecho penal, t. III* de Cairolí.

La s. 34/2021 del Tribunal Apelaciones Penal 3o Turno, menciona:

Desde el punto de vista de esos deberes que integran la relación jurídica, el tipo penal es de daño aun cuando no exista una modificación en el mundo exterior o resultado en su sentido natural. (Cf. RETA en “Omisión punible de los deberes inherentes a la Patria Potestad” – Revista de Derecho Penal No 4 pág. 55 y siguientes).

Mientras que la s. 222/2010 del Tribunal Apelaciones Penal 2º Turno explica:

hay que tener presente lo que enseña RETA al respecto: “.... La figura reclama que, en cada caso, se pruebe la existencia de un peligro concreto para la salud moral o intelectual del menor. Toda vez que la conducta de terceros –los abuelos, por ejemplo- impidan la existencia del peligro, el delito se desvanece. En efecto, la fórmula legal no se refiere a la simple aptitud causal del incumplimiento sino el peligro efectivamente causado...”. (...) Según enseña Reta, la existencia de peligro alude a un peligro concreto para la salud moral o intelectual del menor, lo que lleva consigo un cierto lapso de quebrantamiento del deber de asistencia, de forma que se configuren un conjunto de acciones y omisiones, que den forma a la infracción de dicho deber. Es cierto que la mujer se fue al Brasil a vivir con su actual compañero, y ello acaeció sin aviso, ni de cuando se fue, ni de tiempo en que iba a permanecer en el exterior: esta es una cuestión evidente y fuera de discusión. Ahora, ¿cuál es el peligro concreto...etc. a que se vieron enfrentados los menores, tal como manifiesta RETA. Este extremo no está probado, ni siquiera está articulado en la acusación. No es, como el Señor Fiscal alega, que la mujer se fue, dejó a los hijos, y con ello los puso en peligro. El error de tal tesitura es evidente, parifica el abandono a la puesta en peligro, lo cual no es la solución legal, porque lo que la norma exige es omitir poniendo en peligro. A diferencia de la hipótesis del art. 279 A, en donde basta que el sujeto no pague para incurrir en delito, esto es, basta la omisión, el no cumplimiento del deber legalmente impuesto, en ésta se requiere, además, la puesta en peligro.

El desarrollo de lo propuesto por Reta sigo en la s. 6/2011 del Tribunal Apelaciones Penal 2o Turno:

Según enseña RETA, la existencia de peligro alude a un peligro concreto para la salud moral o intelectual del menor, lo que lleva consigo un cierto lapso de quebrantamiento del deber de asistencia, de forma que se configuren un conjunto de acciones y omisiones, que den forma a la infracción de dicho deber...”.

Por otra parte, la cita a Cairolí la hallamos en la s. i625/2007 del Tribunal Apelaciones Penal

3o Turno:

“...con su accionar la indagada puso en riesgo a sus menores hijos” y la fiscalía que en igual sentido alude a “...los riesgos físicos...” (fs. 38), resultando entonces inconcuso la falta de fundamentación referida a la situación de riesgo en el ámbito moral o intelectual, que es el precisamente, requerido por la norma.- En efecto, cuando al infringirse los deberes de asistencia impuestos entre otros por los vínculos de sangre (al caso el art. 330 del C. Penal inc. 3ro. establece como agravante especial que el agente sea padre o madre, respecto de hijos legítimos o naturales), se traduce en un peligro para la persona abandonada, se perfila el delito edictado por el art. 329 del C. Penal (abandono de niños y personas incapaces) que como dice el Prof. Cairoli protege la preservación de la vida humana, que sufre un peligro en tales supuestos (vide Curso D. Penal Tomo III pág. 108): es precisamente con ésta figura que se protege la integridad física, pero para que tal ocurra, el abandono debe ser causa eficiente del peligro que corre el abandonado, al tratarse justamente de un delito de peligro y, por tanto, debe revestir el carácter de permanente, no transitorio como el comprobado en autos y, de tal entidad que el peligro se traduzca en una efectiva posibilidad de lesión a la vida o integridad física, lo que evidentemente no ocurrió en la ocasión que se estudia, donde la madre, dejaba los niños durmiendo y en pocas horas retornaba a asistir (para emplear los términos de la ley) a los menores, sin riesgo ni peligro de especie alguna, como efectivamente se constató en autos, donde todo se inicia por denuncias sin ocurrencia de lesión de especie alguna, como surge de los certificados médicos agregados; de modo tal que, no siendo el peligro o riesgo de las características del requerido por la figura analizada, corresponde desestimar los argumentos de la recurrida y revocar el auto de procesamiento.-

b. La omisión

Además se trata de un delito de omisión, lo que supone un no hacer referido a un deber jurídico, concretamente al cumplimiento de deberes legales de asistencia económica y moral con un significado más amplio que el de alimentos, tratándose de una norma de mandato.

En este punto, se observa por primera vez una sentencia (s. 113/2013 del Tribunal Apelaciones Penal 2o Turno) que cita doctrina extranjera (Soler, 1951; Bettiol, 1948) pero ésta dista de ser de actualidad. Las citas buscan respaldar la perspectiva de que el presente, es un delito omisivo.

En cuanto a la omisión señala **Soler** que: “...el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o de una abstención, y ello puede ocurrir en dos formas esenciales: Simple omisión. Unas veces el precepto penal en vez de emanar de una norma negativa (no matarás, no robarás), proviene de una norma positiva que exige determinada actuación, de modo que el delito consiste en no hacer lo que la ley manda (dar aviso a la autoridad art. 108, denunciar art. 277 inc. 6). Entonces, al delito lo constituye el mismo “no hacer”: estos son los llamados delitos de omisión, simple omisión, o delitos de omisión propiamente dichos...”.- Frente a ellos se encuentran los delitos de comisión por omisión “...nos encontramos con otra forma omisiva en la cual el delincuente sustituye su actividad por la eficacia causal de fuerzas exteriores, cuyo desarrollo lleva al resultado ilícito que el sujeto puede y debe impedir. Trátase en semejantes casos de verdaderos delitos de omisión, en los cuales la norma violada no es, como en los otros, una norma positiva sino una negativa. Son los delitos llamados de comisión por omisión, o falsos o impropios delitos de omisión. En los delitos de omisión, lo punible es la omisión misma: en los de comisión por omisión, la omisión en sí misma no es punible; lo es cuando de ella se ha hecho un medio para cometer. El hecho de la madre de no amamantar al hijo no es punible (no es un delito de omisión); pero la madre que para matar al hijo (resultado positivo y comisivo) resuelve abstenerse de amamantarlo (omisión y lo ejecuta), realiza un delito de comisión por omisión. Para ella, la omisión (no amamantar) no es más que un medio para matar...” (Obra citada. Pag. 336 a 339).- Por su parte explica Bettiol “...para alcanzar claridad de ideas en este problema, es necesario distinguir dos categorías de delitos omisivos: los omisivos verdaderos y

los omisivos espurios", en terminología un tanto arcaica, que los modernos autores denominan "omisivos impropios".- Los primeros, según el doctrino citando a Musotto, consisten en omitir, que en el terreno del derecho es desarrollar determinada actividad contraria a la orden de una norma jurídica, es decir, no acatar una orden de actuar (Derecho Penal. Parte General pág. 216).- Los delitos cometidos por omisión son aquellos que Bettiol denomina "omisivos espurios" y que conceptualmente se conocen como cometidos por omisión y a estos últimos hace referencia el Ministerio Público al efectuarle la imputación que reclama para AA, esto es que asumió en forma intencional una abstención u omisión para que una fuerza exterior se favoreciera coadyuvando con ello a la efectiva ejecución material de los delitos consumados por BB, esto es los de atentado violento a pudor o de violación contra las víctimas.- "...enseña Soler se ha variado el planteamiento del problema, para entrar a considerar no ya el acto o los actos cumplidos por el sujeto, sino el acto o los actos que debió cumplir, el acto esperado, al cual, negativamente se le da el mismo valor a los fines causales. Para comprender -dice Kaufmann- debe advertirse claramente que "la expresión negativa de que en cierto lugar del mundo un suceso de determinada clase no ha ocurrido, es tan un juicio sobre los hechos como lo es la expresión positiva correspondiente, pues en ambos casos se dan elementos de una descripción cómo el mundo es. En el tomo II de su obra, el Maestro argentino consigna que: "...Sería un error decir que delitos de comisión son aquellos que se cometen haciendo y de omisión los que se cometen no haciendo. No es la forma física de la acción lo que caracteriza a uno y otro delito, sino la forma jurídica del precepto violado. Por ello es que existe una categoría intermedia de hechos en la cual es necesario incluir aquellos hechos que, consistiendo en un resultado positivo, éste, sin embargo, no es imputable a un hacer sino a un omitir: son los delitos llamados de comisión por omisión. Estos delitos, como su nombre lo indica, son verdaderos delitos de comisión, pero a cuyo resultado es posible llegar absteniéndose u omitiendo...". (SENTENCIA No 398/2008).-

Con respecto al verbo nuclear, en la s. 227/2014 del Tribunal Apelaciones Penal 4o Turno, se cita a Bayardo (1977) y a Langón (2010):

Es totalmente aplicable al caso lo que expresó la Sala en sentencia citada: "III) Que el verbo nuclear que gobierna la figura penal, es 'omitir', y ello, como señala la doctrina, '...consigna un puro no hacer o mejor todavía una forma de pura inactividad. La acción esperada radica en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas que fluyen como una exigencia de carácter legal, el no hacer a esa exigibilidad normativa legal, el no hacer, es decir el no cumplir, o el omitir cumplir según lo perfila el elemento estructural de la figura, ya supone ejecución del delito' (Bayardo, F., 'Der. Penal Uruguayo', t. VI, p. 307 y 312).

Como expresa la doctrina, '...el gerundio 'poniendo' limita un tanto el alcance de la norma, toda vez que no basta la mera omisión de los deberes, cualesquiera que ellos sean, sino que se refiere además y concomitantemente, que de esa conducta omisiva derive un riesgo para la salud moral o intelectual del hijo...' (Langón, M. 'Código anotado...', vol II, p. 638 y ss.)".

Con respecto a los deberes inherentes a la patria potestad, no hallamos en las sentencias una actividad dedicada a justificar de dónde surgen esos deberes y cómo deben ser determinados. En la. 310/2011 del Tribunal Apelaciones Penal 2o Turno se cita a Bayardo (1977) y a Langón (2010) y se expresa que estos deberes deben encontrarse en el Derecho civil. Sin embargo, no se identifica cuáles normas ni los límites aplicables. De hecho, la cita a Langón abona la tesis de amplificar la aplicación del delito.

Al analizar la figura, el Prof. Bayardo enseña que "...La descripción típica encarta una expresión que pone de manifiesto que la norma exige "el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad". Y es obvio que la fuente de ese deber jurídico de asistencia está en todo el sistema legal del ordenamiento civil... El deber jurídico respectivo, que tiene sustrato legal, reconoce igualmente un contenido inequívoco, en la medida en que se trata de deberes que preservan la salud

moral o intelectual del menor. A su respecto no puede existir siquiera la objetiva probabilidad de un daño (peligro), sino que una obligación impuesta por la moral, se ha hecho exigible por el derecho. Y más todavía estas situaciones de abandono moral que repercuten en toda la esfera ético - espiritual del menor, determinan el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado..." agregando que "...en el concepto de incumplimiento de deberes de asistencia moral o espiritual, está ínsita la permanencia de la lesión del bien jurídico (BAYARDO BENGOA, Fernando. Derecho Penal Uruguayo. Tomo VI Parte Especial Vol. III Montevideo. 1977. Págs. 312 y 313).- Por su parte el Prof. Langón señala que los "...deberes de asistencia no necesariamente materiales, aunque éstos no están excluidos, cuya omisión provoca el riesgo para la salud moral o intelectual del menor, del que "depende la existencia del delito" (art. 3 CP), resultan de un criterio de valoración que debe establecer el juzgador, como toda vez que se convoca a un requisito normativo..." destacando sobre la amplitud del concepto que "...los deberes de asistencia son amplios y derivan de los propios o inherentes a la patria potestad, y comprenden todo tipo de ayuda, servicio, colaboración, socorro, favorecimiento o cuidado que se debe a los hijos por naturaleza, por ley y por una evidente ingerencia o hacer precedente de los padres, que le dieron la vida, generándose a si mismos con ello, una obligación fundamental..." (LANGON CUÑARRO. Código Penal y Leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay. Tomo II. De los delitos en particular. Montevideo, 2010 pág. 637).-

III. Los estereotipos de género en la aplicación del tipo

Del total de sentencias analizadas es posible identificar que el género prevalente de sujetos activos en la comisión del delito de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad es el femenino. Si esto se conjuga con los hechos, los delitos con los que concurre el tipo analizado y los motivos por los que este se aplica, el universo de análisis revela los estereotipos de género presentes en la aplicación judicial del tipo penal.

Al analizar las sentencias que forman parte del universo de análisis, partimos de la asunción de que la experiencia de las mujeres en ciertos espacios reviste características diferentes a la de los varones en situaciones análogas (Álvarez Medina, 2021). En este contexto, las teorías jurídicas feministas permiten desnudar qué supuestos morales y políticos están ocultos por amplias estructuras de regulación legal o no regulación en áreas particulares. Un ejemplo clave de esto es el papel implícito de la distinción público/privado. Así como los derechos fueron diagramados bajo la inspiración de un pretendido sujeto neutral, también al momento de idear herramientas jurídicas para la protección de la vida privada y familiar, ha sido dicho modelo el que ha servido de medida para la construcción del traje jurídico destinado a proteger intereses importantes y dirimir conflictos sobre temas tales como el matrimonio, la relación con los hijos e hijas menores de edad, la sexualidad, la reproducción o la violencia en las relaciones íntimas. El ámbito privado se ha configurado entonces como un espacio de especial fragilidad para la autonomía de las mujeres. Como explica Hopp (2019) tomando las elaboraciones de MacKinnon, la abstención estatal de intervenir en el matrimonio y la familia permite la autonomía del más fuerte dejando intactas las relaciones desiguales de poder. Es en la esfera de lo privado donde las mujeres se encuentran más subordinadas.

En este punto conviene recordar que los estereotipos son generalizaciones que producen preconcepciones y prejuicios sobre las personas en virtud de determinadas características que conducen a categorizarlas como pertenecientes a un grupo determinado (Cook y Cusak, 2010). Siguiendo a Hopp (2019), el estudio de estas generalizaciones suele enfocarse en los efectos distributivos disímiles que producen en la sociedad. Así, se sostiene que los

estereotipos van edificando una realidad que se naturaliza de manera acrítica y sin detener la mirada en el impacto que tienen en distintas personas. Las preconcepciones muchas veces implican asignaciones de roles, espacios y expectativas, sin consideración de las características, capacidades y posibilidades de cada persona, en base a la percepción acerca de su pertenencia a cierto grupo. Esta pertenencia no suele ser elegida ni voluntaria, sino socialmente determinada.

En efecto, en ninguno de los casos observados en los que las mujeres son sujeto activo del delito lo son por el incumplimiento de prestaciones alimentarias, sino porque debieron evitar delitos contra la libertad sexual que sus parejas, familiar o persona al cuidado de sus hijas o hijos cometieron contra ellos, o bien se tuvo por probado que ellas conocían la situación y la permitían omisivamente. Se presenta de este modo un claro estereotipo vinculado con el modelo de familia tradicional heteronormativa que entiende al varón como proveedor del sustento material y a la mujer como cuidadora que debe preservar a sus hijos de cualquier daño o peligro sin importar el contexto en el cual se desarrolle el vínculo materno.

En la s. 271/2019 del Tribunal Apelaciones Penal de 4o Turno, por ejemplo, resulta paradigmático por cuanto, a pesar de que la condena respecto de la madre no es parte del objeto de la apelación, el Tribunal realiza un juicio moral sobre ella y señala que a las situaciones de abuso sufridas por la víctima “se agrega la desordenada vida de la madre de las niñas y su falta de controles y cuidados que le valió el procesamiento por omisión a los deberes inherentes a la patria potestad”.

Lo que es más, en ese caso surge de la propia sentencia que, cuando la madre tomó conocimiento de la situación que estaban viviendo las niñas, lo denunció

para ejecutar el delito como cuidador solícito y confiable para ellas y para su madre que las dejaba a cargo (más allá de la prescindencia de esta en los sus cuidados que le valió una condena como omisa en los deberes de la patria potestad), lo que le permitía al encausado tratarlas frecuente e íntimamente a las dos niñas. Las víctimas, superadas por las obscenidades a las que las sometía el encausado con violencias y amenazas que además se presumen por la edad, develaron la situación a la madre que lo denunció. Las niñas quisieron salir de un círculo perverso que les imponía el victimario, contándole a su madre.

A pesar de no tener a la vista la sentencia de primera instancia, resulta configurado el estereotipo de la madre que todo lo sabe y que supone la obligación de la madres de estar al tanto de todo lo que les sucede a sus hijos, al margen de que estos se lo cuenten o no. Esta expectativa implica que se presume el conocimiento acerca de cualquier peligro o dolencia, al punto de que si la mujer no lo sabía, debía haberlo sabido. Esta presunción, como explica Hopp (2019) permite imponer en ocasiones responsabilidad objetiva, sin realizar análisis alguno respecto del conocimiento o previsibilidad del peligro.

El estereotipo recién mencionado se vincula además con otra expectativa respecto del modelo de la buena madre: se espera que la mujer sea la encargada primaria e indelegable del cuidado de sus hijos y que postergue cualquier otra actividad u ocupación, incluso cuando esa otra actividad es el trabajo como único sustento de sus hijos. Así, “una madre que delega el cuidado en el padre, su concubino u otra persona para ir a trabajar, defrauda esa expectativa y

se sale del rol socialmente asignado” (Hopp, 2019, p. 128).

Dicha expectativa surge sin más del caso en análisis si se toma en cuenta que del relato de los hechos se desprende que el condenado por reiterados delitos de atentado violento al pudor

recibía en su casa y en varias oportunidades quedó a cargo en horas del día y a veces de la noche de las menores CC y DD de 11 y 10 años, respectivamente (al momento de la develación de los hechos), hijas de su vecina BB. Las niñas eran amigas de los hijos del imputado por lo que visitaban frecuentemente su casa; sirviéndose de ello y de que su esposa por razones laborales no estaba, ejecutó con violencia y amenazas actos obscenos diversos a la conjunción carnal, consistentes en manoseos en vagina, ano, pecho y seno de las menores, tirándoseles arriba.

En la s. 356/2019 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno, es posible identificar varios estereotipos vinculados a la “buena madre” o lo que se espera de ella. Así, el Tribunal planteó

operan las particulares características de la dinámica familiar (con una madre notoriamente prescindente); la presencia de circunstancias que propiciaron la ocurrencia de los eventos, como la cohabitación y frecuentes salidas de la mujer del domicilio (que claramente propiciaron los abusos); el evidente estado de angustia y temor en el que quedó sumida la joven, que habla de una importante conflictiva interna y una reacción emocional intensa; su reacción de rechazo cuando advertía la presencia de su padrastro en otros sitios; y que nadie haya puesto en tela de juicio la seriedad de su conducta en ese aspecto.

En cuanto a los casos en los que los tribunales tuvieron por probada la conexión entre el delito contra la libertad sexual sufrido por las víctimas y la actitud de la madre corresponde señalar que surgen debilidades en el razonamiento probatorio presentado en las sentencias. De este modo, en la s. 22/2020 del Tribunal Apelaciones Penal 4o Turno se observa que, a pesar de la declaración de la mujer que relata haber sido víctima de hechos compatibles con la categoría de la violencia de género, el Tribunal prioriza otro medio probatorio para imputar el delito sin justificar la decisión. Así, surge que la mujer confesó que vio a su pareja pegar al hijo, pero aclara

él me tenía amenazada, me quise ir pero no podía, me tenía amenazada y no me dejaba salir de la casa, los golpes hacia mi hijo empezaron hace tres meses más o menos, no salía sola, siempre con él. El trabajaba de madrugada pero siempre se llevaba la llave. No me dejaba hablar con nadie... cuando vino la policía me enteré que estaba quebrado. Se había quebrado antes, pero yo lo llevaba al médico. Cada tres meses tenía control, hace dos meses fue la última vez que fui a control con mi hijo. Y en ese momento no tenía nada porque hace tres meses que lo empezó a golpear... lo curaba pero él lo golpeaba todos los días, todas las noches, cuando lo bañaba veía los golpes diarios...

Luego, omitiendo el fenómeno de la violencia intrafamiliar y las dificultades que este implica para las mujeres, el Tribunal afirma

De acuerdo a la pericia psiquiátrica realizada a AA (fs. 103 a 104) se informa “... no enfermedad alienante que menoscabe su capacidad para reconocer un hecho como ilícito. O se despistan elementos psiquiátricos agudos que ameriten la intervención psiquiátrica...”. A su vez de acuerdo a la pericia psicológica que se le practicó (fs. 106 a 108) “... evidencia una afectividad fría y distante. A la pericia tiende a la búsqueda de control emocional, procurando mostrar aquellos aspectos que la puedan favorecer. Del material proyectivo se vislumbra un déficit en el manejo de control impulsivo que en ocasiones podría traducirse en pasajes a la acción. Desde el punto de vista dinámico, se infieren

dificultades en su capacidad de autocontrol cuidado, así como en establecer herramientas personales para el cuidado de terceros sin apoyo externo....”.

Estos hallazgos no son del todo sorprendentes si se tiene en cuenta que la creación del tipo penal en análisis se enmarca en un texto constitucional como el uruguayo en el que ya en la Constitución de 1934 se introdujo una norma programática encargando al Estado velar por el “fomento social de la familia”. La familia como subsistema de comportamiento complejo se integra y forma parte de un sistema más amplio que es la sociedad, con la que tiene una relación no lineal, y donde se produce un intercambio constante de información y de sentido (Gazmuri Núñez, 2006). Históricamente la familia se asoció a lo íntimo, la esfera de lo privado que, precisamente, es el ámbito asignado a la mujer y las tareas de cuidado que se les encarga.

A su vez, en el entonces artículo 41 de la Constitución se dispuso que “la maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo” y en el artículo 42 se expresa que “la Ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer.”. Estas disposiciones siguen vigentes en contenido hasta el día de hoy, con lo cual resulta necesario analizarlas a la luz del rol de cuidado que le es asignado a las mujeres, así como la maternidad entendida desde un determinado paradigma. Por su parte, el artículo 41 vigente de la Constitución nacional establece que “el cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres”. Sin embargo, luego del estudio del universo de análisis de la presente investigación se confirma una de las hipótesis iniciales de trabajo: los operadores jurídicos interpretan dicho deber en base a los estereotipos de género imperantes en la sociedad, tomando a los varones como meros proveedores materiales y a las mujeres como las cuidadoras naturales de la esfera doméstica y familiar.

IV. Discusión

Como se ha podido observar, las figuras delictivas analizadas demuestran cierta complejidad tanto desde el punto de vista dogmático como fenomenológico. Por lo pronto, el hecho de que estos delitos sean omisivos y además de peligro, plantea una dificultad extra a la hora de realizar la imputación. En abstracto, los principales problemas al momento de la aplicación de este delito deberían estar asociados a las dificultades probatorias de la situación de peligro grave. Sin embargo, del análisis de las sentencias este aspecto aparece apenas mencionado por los redactores.

La estructura del delito y las interpretaciones dogmáticas que ha presentado la doctrina han afirmado que el delito no se configuraría por meros incumplimientos al deber de cuidado, ya que las situaciones fácticas que admiten su aplicación presentan una importante diversidad. Con esto queremos decir que la omisión de cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad se da por alguna razón, incluso por otras circunstancias que son penalmente relevantes.

En el relevamiento hemos podido observar algunas, como la omisión que se produce por cometer o no evitar cometer actos de naturaleza sexual, como la violación, el atentado violento al pudor, e incluso la explotación sexual de menores; también haber cometido actos que dañen la integridad física de los niños, niñas y adolescentes; incluso situaciones como la de cometer con o encubrir delitos de adolescentes sometidos a la patria potestad en conjunto con sus padres; o, directamente, por los hechos infraccionales cometidos por los adolescentes bajo el régimen penal juvenil. En este sentido, parecería que el solo descuido de los deberes de cuidado no es el único que amerita la imposición del delito omisivo en análisis. Estas constataciones permiten abrir líneas concretas de indagación sobre cada tipo de circunstancia en específico.

A nivel dogmático, las referencias bibliográficas utilizadas por los tribunales refieren a destacados penalistas nacionales, aunque se trata de doctrina formulada varias décadas atrás, incluso aparecen sentencias en las que el apoyo dogmático son de formulaciones realizadas hace más de medio siglo. Este extremo coincide con algunas de las indagaciones realizadas oportunamente por equipos de investigación de esta facultad³.

Pero además de la identificación de hechos que dan lugar a la imputación del delito omisivo y de las consideraciones dogmáticas, las sentencias también presentan algunos estereotipos de género, como el estereotipo de la “buena madre” que todo lo sabe y que supone su obligación de poder evitar cualquier conducta que afecte a sus hijos; o el de varón proveedor, que subyace de alguna manera en las imputaciones del delito del art. 279 A, cuyos sujetos activos han sido todos varones. En breve, es un reflejo de la concepción histórica de la familia, asociada a la esfera de lo privado que, precisamente, es el ámbito asignado a la mujer y las tareas que se les encarga.

Sin lugar a duda, la presente investigación es un insumo para ahondar en aspectos de gran relevancia en la medida que del universo relevado surge con claridad que este delito es utilizado para castigar situaciones de penuria económica en donde cobran un rol clave las valoraciones culturales que se realizan sobre los obligados a cumplir los deberes atribuidos a la patria potestad.

V. Referencias bibliográficas

Álvarez Medina, S. (2021). *La protección de la vida privada y familiar*. Madrid: Marcial Pons.

Cairolí Martínez, M. (2004). *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. Parte Especial.*, T.III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Cook, R., & Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales tradicionales*. Profamilia.

³ Bardazano, G., Uriarte C. (2019). *Dogmática penal y jurisprudencia: la constitución de la práctica*. Montevideo: CSIC.

- Hopp, C. (2019). Criminalización de las madres por delitos de omisión: ¿Política de protección de la niñez o re-privatización del conflicto?, en *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, ed. Quicios Molina, S y Álvarez Medina, S. Madrid: Aranzadi.
- Langón Cuñarro, M. (2010). *Código penal comentado*. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Reta Sosa Dias, A. (1956). *Protección jurídico penal de la familia*. Montevideo: Facultad de Derecho.
- Reta Sosa Dias, A. (1982). Omisión punible de los deberes inherentes a la patria potestad. *Revista de Derecho penal* (4). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 55-71.
- Spangenberg Bolívar, M. (2013). Responsabilidad penal en la patria potestad. Una historia de promesas incumplidas. *Anuario uruguayo crítico de Derecho de Familia y Sucesiones. Doctrina, Jurisprudencia, temas procesales y registrales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Terradillos Basoco, Juan María (2001). Peligro abstracto y garantías penales. *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Madrid: Aranzadi.