

Suma: se interponen recursos de reposición y apelación en subsidio.

**SR. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE EN LO PENAL DE MONTEVIDEO DE 23º TURNO..**

**La Fiscal Letrado Penal de Montevideo de 1er turno**, Gabriela Fossati, en autos caratulados "SL, L. Su fallecimiento. Ficha 98-615/2016", ante el Sr. Juez se presenta y **expone**:

Que viene a vine a **interponer recursos de reposición y apelación en subsidio contra la sentencia interlocutoria No. 3686/2018** de fecha 06/11/18, por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

### **I – DENEGATORIA AL PEDIDO DE PROCESAMIENTO.**

Si bien la recurrida habilitó el inicio de juicio respecto de JPCDL PP, MCSM y de MCDLPP, haciendo así lugar al pedido de esta Fiscalía, lo que genera plena conformidad, no lo hizo respecto de SCP y JLL, padres del niño homenajeado el día de los hechos, por argumentos que no se comparten, lo que genera agravios en ese aspecto.

Veamos.

La Sede sostiene que no les estaba permitido a los padres

adoptar una actitud egoísta y prescindente respecto de sus invitados y que al aprestarse a festejar el cumpleaños de su pequeño hijo no hicieron otra cosa que transitar la huella que marca el *principio de confianza*, buscando una empresa que les ofreciera distintos niveles de ofertas en relación a la conmemoración de eventos

Refiere a que: *“no es posible exigirseles la adopción de un cuidado distinto al desplegado pues ello no sería posible. Un standard de cuidado y vigilancia de un orden superior al aplicado tornaría imposible la realización de cualquier evento de cualquier orden. No podría realizarse ninguna actividad de ninguna índole si a cada interactuante social se le exigiese el control de todos y cada uno de los eventuales riesgos”*.

Afirma no advertir en la actitud de L y C una actitud prescindente y descuidada en el transcurso del evento que empero terminó en forma trágica.

## **II – AGRAVIOS POR LOS FUNDAMENTOS DENEGATORIOS.**

**Como bien se señala en la recurrida, no les estaba permitido a los padres adoptar una actitud egoísta y prescindente, lo que hicieron.** El padre se mantuvo junto a los adultos, ingirió cerveza y disfrutó el evento. La madre dedicó su atención al cuidado de su hijo quien tenía un problema de salud (estaba enyesado). Prescindieron de manera absoluta del cuidado y atención de sus invitados, delegando completamente dicha actividad, lo que excede considerablemente el marco del

*principio de confianza* citado por la Sede.

La argumentación de que aceptar un estándar de cuidado y vigilancia de un orden superior al aplicado tornaría imposible la realización de cualquier evento, de cualquier orden, y que no podría realizarse ninguna actividad de ninguna índole, no puede ser válida para el caso que nos ocupa, porque carece de sustento fáctico y no se ajusta a pautas de razonabilidad ni a reglas de la experiencia, conformando meras consideraciones de carácter subjetivo del sentenciante.

Más aún, la aceptación de esta máxima podría llevarnos a concluir que los padres de niños de cinco años, cuyos hijos son invitados a un cumpleaños, deberán realizar una actividad de pesquisa para obtener información sobre las credenciales de los empresarios organizadores del evento, sobre su experticia en la atención y cuidado de niños pequeños, lo que además de ser absurdo podría derivar en la imposibilidad de realizar tales festejos por falta de concurrencia. **La realidad indica que los padres hacen confianza en sus anfitriones para decidirse a entregar a sus hijos bajo su cuidado durante el lapso del horario indicado en la invitación.** Es a esos a quienes conocen.

Además, se ignora cuál sería el estándar al que se hace referencia porque no surge de la prueba incorporada hasta el momento, ni ha sido suficientemente explicitado.

Existen contradicciones entre los propios implicados. De acuerdo al organizador del evento, el **“Combo 0 estrés” ofrecido no incluía el cuidado de los niños**, ya que son los padres anfitriones quienes conocen las características de sus invitados. Este es un aspecto de suma trascendencia que deberá ser dilucidado a lo largo del proceso cuyo inicio se pretende.

Las reglas de la experiencia nos dicen que **la ingesta de alcohol debilita las “alertas” necesarias**, por lo que se puede apreciar que el padre, voluntariamente, se puso en una situación inadecuada para cumplir con su deber de cuidado. Tratándose de un hecho aceptado por el propio involucrado, resulta imprescindible habilitar la instancia del juicio para valorar en forma si dicho accionar era determinante de generar consecuencias jurídico-penales -o no., si dicho comportamiento conformaba un riesgo permitido -o no-, analizando su contexto.

Como se señala en el cuerpo de la resolución, los padres al contratar a una empresa para el festejo del cumpleaños no hicieron otra cosa que asumir un riesgo al confiar en la estructura organizacional de la contratada y en el rol que la misma desarrollaría, depositando sus expectativas en el correcto y cuidadoso desempeño de dicho rol y su no quebrantamiento. Se trata pues de habilitar el juicio para el debate de esta circunstancia: ¿si la asunción de dicho riesgo les estaba permitido? ¿Si adoptaron las cautelas necesarias al momento de decidir su contratación?. **Esta parte estima y sostiene que no, que no estaban habilitados para despojarse por decisión**

**unilateral de su deber de cuidado. En todo caso, debieron informar expresamente a los padres de sus invitados de dicha situación, para que estos pudieran decidir si deseaban o no asumir el riesgo de delegar el cuidado de sus niños en terceros extraños.**

### **III – EL PRINCIPIO DE CONFIANZA.**

Si bien se entiende que se han incorporado elementos al debate que deberían ser propios del plenario del juicio que se inicia (por ahora no respecto de todos los presuntos responsables), se hace necesario realizar algunas consideraciones sobre el *principio de confianza* que ha sostenido la decisión de desestimar el procesamiento requerido respecto de C. y L.

En el marco del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, la doctrina ha abierto las puertas para estos nuevos debates, que **solo reflejan una mirada doctrinaria**, no una verdad indiscutible.

En este novedoso plano dogmático, el ilustre profesor de la Universidad de Bonn Günther Jakobs, citado por el Sr. Juez, ha incorporado juicios sociológicos al momento de resolver la imputación de una conducta a una persona, abriendo espacios académicos para incorporar la política criminal al momento de decidir una imputación penal, partiendo de juicios éticos consecuencialistas o utilitaristas que permiten priorizar los fines del Estado frente a los derechos individuales, diseñando teorías de contenido normativo con criterios valorativos.

La mirada funcionalista de este autor, difiere en algunos aspectos de la sustentada por el Prof. Claus Roxin, fundamentalmente en lo que refiere al punto de partida para atribuir una conducta a una persona. Mientras Jakobs parte de tomar solamente la acción como criterio inicial de imputación, Roxin parte de imputar un resultando.

Ahora bien, aun si se compartiera que toda sociedad requiere de la aceptación de ciertos riesgos en el comportamiento de sus integrantes, cuando los mismos son pasibles de lesionar bienes jurídicos especialmente protegidos por el Derecho Penal, solo serán aceptables si cumplan ciertos cuidados (riesgo permitido).

Todas y cada uno de los integrantes de la sociedad deben velar porque su rol de cuidado respecto de los niños sea satisfecho a plenitud, sobre todo porque se trata de derechos fundamentales prioritarios los que están en juego, como lo son su seguridad, su integridad física y su vida. En la ponderación de admisibilidad de los riesgos no puede dejar de valorarse la circunstancia de que los derechos de Luciano eran prioritarios en el marco de las normas internas e internacionales suscriptas por nuestro país.

Un comportamiento descuidado vulnera cualquier pretensión de “confianza”. Hay un criterio de “responsabilidad” que debe ser apreciado a la hora de procurar aplicar este principio. Por esa misma razón, algunos autores invierten al principio y refieren al *principio de desconfianza*, en el entendido de que no se puede confiar en que terceros se comportarán respetando las normas. En una u otra posición, surge claro que **no se puede tolerar una**

**confianza desmedida**, otro aspecto que solo podrá ser correctamente valorado a lo largo de un juicio. Omitir el ámbito de razonable ponderación de los intereses en conflicto no parece razonable.

Entonces, aún siguiendo la línea de pensamiento Jakobsiano que sigue el proveyente, se debería abrir la instancia de debate (el juicio) para analizar en forma sobre si el riesgo asumido por los padres en su elección de los responsables y en su desvinculación del cuidado directo de sus invitados puede ser considerado como “permitido”, ello para no defraudar las legítimas expectativas no solo de los padres de Luciano.

#### **IV - RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN.**

Se entiende que el matrimonio L-C se encontraba en posición de garantes respecto de la seguridad en el cuidado de L y de los demás invitados; y que se ha reunido la semiplena prueba de la conexión entre su comportamiento y el de sus contratados con el resultado (fallecimiento).

Como se sostiene en el cuerpo de la providencia que se impugna, **hubo omisión impropia pasible de reproche punitivo, por lo cual se hizo lugar a los enjuiciamientos que dieron inicio al proceso penal. Creemos que estas conclusiones son válidas también para los padres anfitriones.**

Como bien dice el Sr. Juez: ***“El hecho de que el niño haya sido hallado fallecido dentro del inflable no hace sino objetivar la omisión de cuidado imprudente, negligente e imperito de los mismos. No hubo en el decurso del evento ningún factor que extravasase y tornare inmanejable el aspecto de cuidado y control del cumpleaños por tanto el fallecimiento del niño pone de relieve la falencia en el desarrollo de los roles asumidos ex ante por los ahora encausados”***

Normativamente tenían un deber de actuar de determinada manera, de prevención, de evitación del resultado dañoso, lo que los ubicaba en lo que se conoce como *posición de garante*.

Resulta manifiestamente previsible que la falta de atención de niños tan pequeños (de cinco y seis años) puede derivar en consecuencias fatales. Resulta altamente probable que si se hubiere atendido el decaimiento de L no hubiera acontecido el resultado fatal.

**Surge de manifiesto de las propias palabras de L que no procuró de manera ninguna el cuidado de estos niños porque, en su opinión, no le correspondía hacerlo, ya que él estaba para disfrutar y los padres que llevaban a sus hijos asumieron en cierta forma el riesgo** (declaración del 20/4/2018). No estamos hablando de una situación de “confianza” sino de omisión voluntaria. Se deberá pues habilitar la instancia del juicio para poder interrogar a todos los padres de esos niños presentes respecto de estas afirmaciones, sobre si tenían conciencia de la postura del padre que los invitó, y sobre



si de saberlo hubieran llevado igualmente a sus queridos hijos.

Claramente eligió “descuidar” y tuvo la posibilidad de actuar de otra manera. Nada le impedía atender la seguridad de los niños pero prefirió permanecer sentado ingiriendo alcohol con sus amigos y/o familiares adultos.

La madre también eligió delegar en los organizadores la supervisión y el cuidado debido, sin siquiera verificar si estos asumían dicha obligación (lo que no hicieron si se tiene presente que C declaró que eran los padres los responsables de la vigilancia por ser quienes conocían a sus invitados).

**Correspondía la suma de los esfuerzos y la dedicación de todos en el cuidado, algo que ninguno pareció tener en cuenta. Se invitaron alrededor de treinta niños de cinco años y nadie se sentía obligado a cuidarlos.**

Luego de apreciar el caos y desorden de la maniobra de desinflado del castillo (filmación, imágenes de carpeta técnica de fojas 538 y 539) se puede alcanzar el convencimiento de que cualquiera de los invitados pudo ser otra víctima. Los niños ingresaban al interior del material libremente. Bastaba observar lo que sucedía para poder apreciar los riesgos.

Sea por “*no haber hecho nada*”, sea por “*no haber hecho lo posible*”, sea por “*no haber realizado la acción indicada*”, es factible prima-facie vincular a todos los adultos con el resultado. Se trata de padres de niños de la edad etaria comprometida, por

lo que conocían y conocen las necesidades de atenciones especiales. No lo hicieron y les era posible hacerlo.

Finalmente, **se ha omitido valorar un elemento de suma relevancia y plenamente acreditado** que ilustra **sobre la plena conciencia de L de haber omitido el cumplimiento de su deber de cuidado**. Nos referimos a la falaz afirmación que este hiciera a lo largo de la indagatoria sobre que ignoraba quien había retirado el cuerpito de L del interior del inflable. A través de las filmaciones se percibe que fue él quien lo hizo. No se miente por nada, menos aún cuando se está ante una situación tan dolorosa para los padres y hermanita de un compañero de su hijo.

#### **V - OTRAS CONSIDERACIONES DE DERECHO**

Como ha destacado reiteradas veces nuestra jurisprudencia, el art. 125 del Código de Proceso Penal (Decreto-ley 15.032) requiere la existencia de un hecho delictivo y de elementos de convicción suficientes como para juzgar que determinado sujeto tuvo participación en él. Supone que determinados eventos son conformes a determinadas hipótesis legales (*T.A.P. 2º . S. 222/98. Revista de Derecho Penal. Tomo 12, pág. 435, caso 323*).

*“La esencial condición de “provisorio” del enjuiciamiento (art. 132 del C.P.P.), no supone más que las bases mínimas de la garantía para el “imputado”, en la traba de la relación procesal. De modo que los debates sobre la debilidad de la prueba para una*

***decisión de condena, la modalidad delictual o el grado de participación, no deben incidir en esta etapa del proceso”*** (T.A.P. 1, . 48/99. Revista de Derecho Penal; No. 12, pág. 336, caso 325).

**Uruguay ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño** adoptada en la ciudad de Nueva York el día 6 de diciembre de 1989, **a través de la ley 16.137 del 28 de setiembre de 1990, asumiendo el** compromiso de realizar todos los esfuerzos posibles para que se respeten los derechos de cada niño, niña y adolescente uruguayo, entre ellos: poder vivir sano, seguro, protegido y desarrolles al máximo tus aptitudes físicas y mentales. Esta norma de derecho internacional no puede ser desoída a través de construcciones doctrinarias como lo son el *principio de confianza*. Se trata de un acuerdo entre estados y fue ratificada por casi todos los países del mundo, cuyas normativas son claras.

## **VI - PETITORIO.**

Por lo expuesto y de conformidad con lo establecido en el arts. 5, 251, 252 y 292 y sig. del CPP, 325 y siguientes del CGP, este Ministerio **solicita:**

- 1-Que se tengan por presentados en tiempo y forma los recursos de reposición y apelación parcial contra la providencia impugnada.**
- 2- Que se confiera traslado a la defensa de L y C P por el término legal.**

**3- Que se revoque parcialmente por contrario imperio el Decreto 3686/2018 en cuanto no hizo lugar en su totalidad al pedido de procesamiento solicitado oportunamente por esta Fiscalía y, en su lugar, disponga el inicio de los procedimientos también respecto de los anfitriones que invitaran a Luciano a la fiesta de cumpleaños de su hijo.**

**4- Si no se acogiera lo solicitado en el numeral anterior, que se disponga la formación de pieza separada y se franquee la alzada con las formalidades de estilo, continuándose la causa respecto de los imputados sujetos a proceso.**

**5- En su caso, a los Sres. Ministros del Tribunal correspondiente, que revoquen la sentencia interlocutoria impugnada y dispongan el inicio de los procedimientos también respecto de L y CP.**

**Montevideo, 7 de noviembre del 2018.**

*Gabriela Fossati*