

Montevideo, 6 de Noviembre de 2018

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El pedido de procesamiento efectuado por el Ministerio Público y que de autos surgen elementos de convicción suficientes para imputarles “prima facie” a J. P. C. d. I. P. P. y a M. C. S. M. la comisión en calidad de autores de un (1) delito de Homicidio Culpable (arts. 60 y 314 del C.P.) y a M. C. d. I. P. P. la comisión en calidad de autor de un (1) delito de Encubrimiento (arts. 60 y 197 del C.P.)

1) En obrados se asiste al trágico y lamentable fallecimiento del niño L. S. L.. En autos -lo que no resulta sino el carácter propio de un presumario penal- corresponde al Oficio la difícil función de determinar si en su deceso obró algún factor atributivo de responsabilidad penal o, en otra síntesis, establecer si nos encontramos ante una tragedia no convocante de responsabilidad de ese carácter respecto de los circunstantes que hayan tenido algún género de cercanía con el niño L..

Ahora bien, como se dijo en el acápite, a juicio de la Sede, se han colectado probanzas de las que surge semiplenamente probado –con la provisoriedad inherente a la etapa procesal que se transita- que el día 9/12/16 próximo a las 19:30 horas el niño L. S. L., de 5 años de edad, fue llevado por su padre, J. S., al cumpleaños del niño M. L. –de quien era compañero de escuela- que se realizaba en el local de eventos “xxx” ubicado en xxx. Dicho local fue contratado por S. C. P. y J. L. L., padres del niño que cumplía años para la ocasión.

El niño L. padecía epilepsia que era tratada. Es un hecho probado que su cuerpo fue hallado al final del cumpleaños -en circunstancias en que su padre lo fue a retirar- encontrándosele dentro del inflable que se había ya arrollado, ya exánime.

Y bien, el Juzgado considera que a efectos de proceder al análisis de las requisitorias que refieren a un eventual reproche por homicidio culpable es preciso ver si es posible determinar el momento del deceso del niño. Si acaeció dentro del inflable o sucedió antes y luego su cuerpo ya exánime fue apretado por el inflable. Así las cosas de la instrucción desarrollada se han expedido tres connotados especialistas.

El Profesor Doctor Hugo Daniel Rodríguez Almada –en pericia realizada a solicitud de los padres del niño fallecido, fs. 900 a 915- concluyó que se trató de una muerte por

asfixia mecánica. Que las hipótesis de la muerte súbita por la epilepsia o la intoxicación aguda por clobazam no pueden sostenerse como la causa básica de la muerte. Y que las eventualidades no demostradas de una crisis epiléptica durante la fiesta de cumpleaños o la aparición de somnolencia inducida por el clobazam, de haber existido, podrían haber facilitado la muerte por asfixia mecánica. Asimismo precisó en la pericia que el mecanismo de la asfixia (oclusiva, compresiva o mixta) no se puede establecer con la información disponible. Así pues es concluyente en torno a que L. falleció por asfixia mecánica.

El Profesor Doctor Guido Berro Rovira –en pericia realizada a solicitud de la Defensa de J. P. C. d. I. P., M. C. d. I. P. y M. C. S. M., fs. 806 a 814, dictaminó deteniéndose en lo expuesto por la Dra. Jacqueline Cano a fs. 313 -quien tuviera en febrero de 2017 los resultados de los estudios anatómo patológicos y toxicológicos- “...Se refiere sin duda a signos histológicos (microscópicos) de asfixia, tal como lo hemos expresado antes (algunos signos, incluso compatibles histológicamente con asfixia), pero una asfixia que provoca una muerte no es de diagnóstico histopatológico sino macroscópico, a la simple inspección externa e interna durante la autopsia y esto no existió...”, fs. 811, y concluye “...que la hipótesis más probable es que el fallecimiento de L. fue debido a muerte inesperada en Epilepsia, favorecida por medicación depresora del SNC en dosis elevada. Prácticamente descartando la asfixia mecánica por sofocación facial, compresión tóraco-abdominal, confinamiento o postural, por la ausencia de sus características tan evidentes en esos casos. Igualmente prácticamente se descarta aspiración de contenido gástrico. Por la misma falta de signos asfícticos y por la falta de hallazgo al respecto en autopsia y estudio anatomopatológico. Se sabe que aun en dosis terapéutica o en dosis elevadas, puede sobrevenir una o más de una crisis epiléptica. No puede expedirse el suscrito sobre el momento de la muerte, si fue previo a desinflar y enrollar el inflable y quedar al hacerlo dentro del mismo o si ingresó con posterioridad al desinflado y le sobreviniera la muerte en su interior, pero no por asfixia...”, fs. 812 y siguiente.

La Profesora Doctora Jacqueline Cano, Médico Forense, realizó la Pericia Autopsica, fs. 11 y siguiente, estableciendo en ese momento como causa de muerte: En estudio anatómo patológico y toxicológico.

Luego en el informe del 15/2/17, fs. 313, dictamina causa de muerte: Asfixia. Sedación con psicofármacos Clobazam. Y en el informe obrante a fs. 876 y siguientes concluyendo expresó: “...De acuerdo a los datos que surgen de la historia clínica de L. y los hallazgos autopsicos anatómo patológicos y toxicológicos, sin elementos traumáticos externos ni

internos se ratifica la causa de muerte. Asfixia, sufrimiento hipoxico-anoxico de origen multifactorial, considerando como factores contribuyentes la patología de base epilepsia, TDAH y los niveles en sangre de Clobazam...”, fs. 883. Y al ampliar su pericia en Sede Judicial a fs. 1030 expresó: “...Sí descarto la asfixia mecánica...”. Y, previamente al ser preguntada sobre la causa final de acuerdo a su informe, fs. 1027, contestó: “...Lo que se encuentra microscópicamente y lo que se ve a nivel pulmonar y vía aérea es una asfixia hipoxica anoxica por una sumatoria de una crisis epiléptica y la dosificación de una Clobazam que tiene efecto en el centro respiratorio, es un sector del tronco encefálico...”.

Y bien, luego de este *excursus* en torno a las conclusiones de los facultativos surge de forma enfática la alta opinabilidad de la causa de muerte del niño así como la unanimidad de los pareceres de los peritos participantes en relación a la imposibilidad de establecer el momento de su fallecimiento. Vale decir si su deceso ocurrió tras el desinflado del inflable o si ya se encontraba entonces –al iniciar el procedimiento de desinflado– fallecido.

Jurídicamente, a juicio del Juzgado, ello no es una precisión sin relieve propio sino que por el contrario se torna en el análisis del caso esencial pues al no resultar posible establecerlo no resulta tampoco correcto razonar que su deceso acaeció por comisión imprudente al desinflar y enrollar el inflable, ingresando por el contrario en el área de orbitación de la omisión impropia. Pues el niño fallece durante el evento del cumpleaños, abriéndose pues el haz interpretativo de los factores atributivos de responsabilidad penal y su eventual concretización. Descartado así el hacer positivo (comisivo) estamos instalados en el área omisiva e imprudente.

Las sociedades modernas han incrementado en forma por demás exponencial las interacciones sociales en el mundo entero. El avance tecnológico ha conformado nuevas realidades que antes no existían o ahora se orientan con mayor incidencia y en cuyo contexto ha de vivir la persona que se ve inmersa en esa nueva realidad que incide y ha establecido un cambio social y cultural llegándose a lo que científicos de las diversas disciplinas han dado el nombre de la “sociedad de los riesgos”. A su vez ello ha sido uno de los vectores de expansión del derecho penal. Ahora bien, es claro que la sociedad moderna no podría existir sin la puesta en acto del principio de confianza. Cada uno de los actores sociales, sin exclusiones de orden alguno para subsistir necesita el apoyo jurídico que proyecta el principio referido y que viabiliza la posibilidad de las relaciones sociales en su sentido más propio y lato.

Para ser más claro se ha de acudir a lo expuesto por JESUS MARIA SILVA SANCHEZ en su obra "LA EXPANSION DEL DERECHO PENAL. ASPECTOS DE LA POLITICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES" Editorial BdeF, p. 13, donde expresa: "...Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como "sociedad del riesgo" o "sociedad de riesgos" (Risikogesellschaft)...".

Anotando a pie de página: "...Estos es, una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables; que afectan a todos los ciudadanos, y que surgen de decisiones humanas...".

Es pues en ese escenario factual que el magma que configuran los llamados delitos imprudentes son inexorablemente analizados por todos los operadores jurídicos.

Y bien, a juicio de la Sede, S. C. P. y J. L. L. al aprestarse a festejar el cumpleaños de su pequeño hijo no hicieron otra cosa que transitar la huella que marca el principio de confianza. Buscaron una empresa que les ofrecía distintos niveles de ofertas en relación a la conmemoración de eventos. Seguramente analizaron las alternativas, las referencias, y en definitiva lo contrataron para la organización del cumpleaños. Ahora bien ¿ello los pone a cubierto de cualquier conducta? ¿les permite adoptar una actitud egoísta y prescindente? El Juzgado cree que se responde de una única manera: no. ¿Entonces la conducta desplegada por ellos en el luctuoso cumpleaños es punible penalmente por omisión de cuidado? A juicio del Oficio no lo es y no lo es en aplicación del principio de confianza que se viene de referir. No es posible exigirles 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. No es, se entiende, una actitud antijurídica reprochable penalmente el contratar una organización a efectos de que organice y conduzca un evento familiar y con ello no resulta pretender eximirse de todo tipo de responsabilidad pero la misma debe ser considerada conforme a un rol y exigírsele el actuar con el grado de cuidado correspondiente. No se advierte en la actitud de L. y C. una actitud prescindente y descuidada en el transcurso del evento que empero terminó en forma trágica. A juicio de este decisor los institutos dogmáticos que permean la imputación objetiva excluyen de su orbitación normativa plataformas fácticas como la desplegada por los esposos L.-C..

GERMAN ALLER en su obra "CUESTIONES DOGMATICAS, POLITICO-CRIMINALES Y CRIMINOLOGICAS" Editor CARLOS ALVAREZ, al analizar los delitos imprudentes e imputación objetiva afirma: "...Todo tiene algo de cierto, pero ello no obsta que, allende la ubicación teórica que se le asigne a la imputación objetiva, hasta ahora nada en la historia del Derecho penal ha sido objeto de mayor discusión ni generado tanta literatura dogmática en el mundo como la imputación objetiva...", p. 91. Antes el autor citado ha dicho: "...La imputación objetiva, aunque llamándola diferente -pero imputación al fin- se puede concluir que existe desde la elaboración de una noción liberal del derecho penal...", p. 90. (...) "...Cuando hago referencia a la imputación objetiva, en realidad hay que acotar el campo de trabajo, pues estoy hablando de discusiones o criterios de imputación a los tipos penales objetivos. Esto es, imputación a la parte objetiva del tipo...", p. 90.

A juicio de la Sede es trasladable al *sublitem* expuesto por GÜNTER JAKOBS en su obra "MODERNA DOGMATICA PENAL. ESTUDIOS COMPILADOS" Editorial PORRUA (México), p. 226, donde expresa: "...Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, no porque en el caso concreto esté tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno...".

Asimismo se entiende trasladable al *subcausaelo* expuesto por GONZALO D. FERNANDEZ en su obra "DOGMATICA PENAL Y TEORIA DEL DELITO", Editorial LA LEY URUGUAY, p. 350, donde expresa: "...Los criterios de imputación objetiva se reconducen, por una parte, a la finalidad propia del derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas. De esta finalidad de la regulación se deriva que la conducta adecuada socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera aunque tenga efectos dañosos. Los criterios del riesgo permitido, el principio de confianza, la posición de garante y la prohibición de regreso no son sino desarrollos de la originaria teoría de la adecuación social...".

Asimismo se entiende trasladable al caso lo expuesto por GASTON CHAVES HONTOU en su obra "EL DERECHO PENAL DESDE LA CONSTITUCION", Universidad Católica del Uruguay, p. 193, expresa: "...La imputación también resulta excluida por el principio de confianza, según el cual, a pesar de la experiencia de que las personas cometen errores, se autorice a confiar -en una medida aún por determinar- en su comportamiento correcto. Esto tiene su fundamento en que a menudo sería imposible una división del

trabajo eficaz (equipos quirúrgicos, servicio y mantenimiento de un aeroplano, fabricación mediante división del trabajo, deporte, etc.) si cada uno debiera controlar la actividad ajena.

L. y C. al contratar a una empresa para el festejo del cumpleaños no hacen otra cosa que en base al principio de confianza asumir el riesgo de confiar en la estructura organizacional de la contratada y en el rol que la misma ha de desarrollar depositando sus expectativas en el correcto y cuidadoso desempeño de dicho rol y su no quebrantamiento. Fue lo que a juicio del Juzgado hicieron predicando para el caso concreto las alternativas que tornan posible la convivencia social en el marco de un principio de confianza.

Diametralmente distinto es la exigencia de cuidado que el Juzgado considera corresponde exigírseles al contratado J. P. C. d. I. P. P., contratante con los padres del niño que cumplía años asumiendo el rol de organizador del evento y de M. C. S. M. también integrante de la organización y participante como aquel en el control y desarrollo del cumpleaños. Ambos por omisión impropia quebrantaron el rol que habían asumido siendo pues, a juicio de la Sede, pasibles de reproche punitivo y por lo cual se les ha de iniciar a su respecto enjuiciamientos que dan inicio al proceso penal. En efecto, se mantiene que el hecho de que el niño L. 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 L. pone de relieve la falencia en el desarrollo de los roles asumidos *ex antepor* los ahora encausados. El hecho de que el padre de L. no haya comunicado al inicio del evento en relación a que su hijo padecía epilepsia no torna en Sede Penal, a juicio del suscrito, una situación que modifique el exigible cuidado a la organización y a los integrantes de esta.

Se extrínseca de tal modo la existencia del nexo causal entre el comportamiento culposamente omisivo de los encartados y la producción de las injurias que determinaron el deceso de la víctima.

2) En relación a la requisitoria de inicio de enjuiciamiento a M. C. d. I. P. P. por el delito de Encubrimiento el Juzgado ha de hacer lugar al mismo. El salón de eventos “xxx” contaba con cuatro cámaras fijas -que grababan las 24 horas del día todos los días del año siempre que hubiese corriente- adquiridas a la empresa “xxx cuyo nombre comercial

es “xxx”. La empresa tenía acceso remoto a las grabaciones pero no tenía un contrato por el cual se obligara a prestarle algún tipo de servicios y no monitoreaba el equipo. Y bien, al día siguiente del luctuoso hecho M. C. se comunicó con D. A. D. L., empleado de xxx y tras verificar de quien se trataba se procedió a resetear la clave para que el usuario (M. C.) tuviese acceso a la grabación, lo que llevó 2 minutos. M. C. le confirma al Técnico D. que pudo acceder y ahí se termina la llamada. Cuatro horas más tarde M. C. llama nuevamente y “...me pregunta cómo hace para bajar esa grabación que eran muchas horas, no me dice cuántas; se le recomienda que centralice el hecho ya que hacerlo todas las horas demora, lo cual él dice que precisa bajar todas las horas...”, fs. 474. El testigo D. expresó que se podía ver lo grabado en distintas velocidades: 4, 8, 16, 32, y que él lo vio en la forma 32. Ahora bien, es pues inconcuso que habían más imágenes grabadas que las que en definitiva se aportaron al proceso por M. C.. Es claro que hubo una comunicación enfática a D. por M. C. en relación a que le requería el acceso a la totalidad de las grabaciones. A juicio de la Sede no resultan consistentes las explicaciones que vierte M. C. en relación a que no existían más grabaciones que las que él aportó. Ello no significa otra cosa que entender esta Sede que existen elementos de convicción suficientes para considerar que se conjuga el verbo nuclear de “estorbar” las investigaciones de las autoridades que elenca el art. 197 del C.P. por lo que a su respecto se iniciará enjuiciamiento por el tipo penal referido.

3) En mérito a que es presumible que no habrá de recaer en definitiva pena de penitenciaría, que los encausados no intentarán sustraerse a la sujeción penal ni obstaculizar el desenvolvimiento del proceso, no siendo reincidentes ni teniendo causas anteriores en trámite serán procesados sin prisión, con medidas sustitutivas de presentarse una vez por semana en la Seccional Policial de sus respectivos domicilios por el lapso de tres meses (art. 3 lit. A) de la Ley 17.726).

4) La prueba de los hechos relacionados surge de Actuaciones Administrativas; Protocolo de autopsia; Diligencia de reconstrucción; Diligencia de exhibición de videos; Dictámenes Periciales; Carpetas de la Dirección Nacional de Policía Científica; Declaraciones testificales y declaraciones de los encausados en presencia de sus Defensas.

Por lo expuesto y lo edictado en los artículos 1, 3, 18, 60, 197 y 314 del Código Penal, artículos 113, 125 y 126 del Código de Proceso Penal, Ley 17.726, y artículos 15 y 16 de la Constitución de la República, **SE RESUELVE:**

I) DECRETASE EL PROCESAMIENTO SIN PRISION DE J. P. C. D. L. P. P. Y DE M. C. S. M. IMPUTÁNDOSELES “PRIMA FACIE” LA COMISIÓN EN CALIDAD DE AUTORES DE UN (1) DELITO DE HOMICIDIO CULPABLE E IMPONIÉNDOSELES EN CARÁCTER DE MEDIDA SUSTITUTIVA LA OBLIGACIÓN DE PRESENTARSE UNA VEZ A LA SEMANA EN LA SECCIONAL POLICIAL DE SUS RESPECTIVOS DOMICILIOS POR EL TÉRMINO DE TRES MESES.

II) DECRETASE EL PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN DE M. C. D. L. P. P. IMPUTÁNDOSELE “PRIMA FACIE” LA COMISIÓN EN CALIDAD DE AUTOR DE UN (1) DELITO DE ENCUBRIMIENTO E IMPONIÉNDOSELE EN CARÁCTER DE MEDIDA SUSTITUTIVA LA OBLIGACIÓN DE PRESENTARSE UNA VEZ A LA SEMANA EN LA SECCIONAL POLICIAL DE SU DOMICILIO POR EL TÉRMINO DE TRES MESES.

III) TENGANSE POR DESIGNADAS A LAS RESPECTIVAS DEFENSAS PROPUESTAS Y ACEPTANTES.

IV) TENGANSE POR INCORPORADAS AL PRESENTE SUMARIO LAS ACTUACIONES PRESUMARIALES QUE ANTECEDEN CON NOTICIA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LAS DEFENSAS.

V) PONGASE LA CONSTANCIA DE HALLARSE LOS PREVENIDOS A DISPOSICIÓN DE ESTA SEDE.

VI) SOLICITENSE PLANILLAS DE ANTECEDENTES JUDICIALES CORRESPONDIENTES, OFICIÁNDOSE.

VII) CONDUZCASE A LOS PREVENIDOS A LOS EFECTOS DE LA EXTENSIÓN DE LAS RESPECTIVAS CAUCIONES JURATORIAS.

**VIII) EXTRAIGASE TESTIMONIO DE OBRADOS Y REMÍTASE PARA ANTE EL JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ADOLESCENTES QUE POR TURNO CORRESPONDA CONFORME LO SOLICITADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO (NRAL. 7, FS. 767) Y CÚMPLASE CON LO DEMÁS QUE OBRE PENDIENTE EN AUTOS.
NOTIFIQUESE.**

Dr. Tabaré ERRAMUSPE

Juez Ldo. de la Capital