

DFA 0005-000591/2014 SEF 0005-000144/2014.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno

Ministro Redactor: Dr. John Pérez Brignani

Ministros Firmantes: Dr. Álvaro José França Nebot, Dr. Tabaré Sosa Aguirre, y Dr.

John Pérez Brignani., Dra. Alicia Castro Rivera

Ministro Discorde :Dr. Álvaro José França Nebot,

Montevideo, 13 de agosto de 2014

VISTOS, para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados: **“H. M., L. Y OTROS C/ I.N.A.U. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL” (IUE: 0002-023907/2012)** venidos a conocimiento de esta Sede en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia Nro. 79/2013 dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3º Turno, y

RESULTANDO:

I) Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la a-quo por ajustarse a las resultancias del presente expediente.

II) Que por sentencia Nro. 79/2013 desestima la demanda, sin sanciones especiales en el grado.

III) Contra el mencionado fallo la parte actora interpone recurso de apelación expresando en lo sustancial:

a) que existe nexo causal entre el fallecimiento (homicidio) del joven T. H. y la fuga del hogar Desafío (perteneciente al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay –en adelante, INAU-) de dónde éste escapara siendo uno de los matadores. Señala que la recurrida contraría los arts. 89 del Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante, CNA), 24 de la Constitución y 1324 del Código Civil.

Indica, de este modo, que el servicio no funcionó o funcionó mal, habiéndose traducido ello en un quebrantamiento de la diligencia media .

Discrepa con el *a quo* cuando éste dispone que desde el momento en que se pierde la custodia del menor en un prolongado tiempo no existe guarda por parte del INAU referente a éste. A criterio del recurrente, esto implica desconocer abiertamente el art. 1324 del Código Civil.

Surge de autos que el INAU incumplió su obligación de custodiar al menor de marras, así como de impedir su fuga, lo que nos ubica en sede de obligaciones de resultado, dado que producida, ya se constata su incumplimiento sea por culpa o dolo (art. 24 Constitución).

Finalmente, le agravia que en el pronunciamiento impugnado se haga especial hincapié para desestimar la demanda, en el hecho de la víctima. Se reconoce que la víctima corrió detrás de los rapiñeros luego de cometido el delito, pero ello no puede

evidencia hecho de la víctima pues de este modo se condena al ser humano a adoptar una actitud pasiva y de sometimiento ante la injusticia, de rendición ante los delincuentes. Lo que hizo el infortunado T. es lo que haría cualquier ser humano en su lugar, oponerse a la violencia de la ilicitud.

Cita doctrina en apoyo de su postura.

IV) Por auto MET-0465-002110/2013 se confiere traslado del recurso de apelación deducido.

V) A fs. 152/154 evacua el traslado conferido la demandada abogando por la confirmatoria.

VI) Por auto MET-0465-002441/2013 se concede el recurso de apelación deducido.

VII) Que recibidos los autos en la Sala se dispuso pasaran los autos a estudio sucesivo de los diferentes Ministros.

VIII) que existiendo discordia entre los miembros integrantes de la Sala se procedio a su integracion habiendo salido sorteada para integrar la Sala la Sra. Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno

IX) Realizado el estudio y acuerdo correspondiente se decidió dictar decisión anticipada en virtud de darse en la especie los supuestos del art. 200 CGP designándose Ministro redactor al Dr. John Pérez Brignani.

CONSIDERANDO:

I) Que el Tribunal debidamente integrado y contando con el número de voluntades exigidas legalmente , (art 61 de la ley 15750) habrá de revocar la sentencia objeto de impugnación en virtud de ser los agravios de recibo

II) En tal sentido tenemos que en autos se reclaman los daños y perjuicios producidos por el fallecimiento del menor T. S. H. M. como consecuencia de la rapiña que se cometiera a su respecto por parte de los menores A.G.V., N.G.y M.A.

La actora funda su pretensión indemnizatoria ,respecto de la demandada , en que sin la fuga del hogar Desafío (perteneciente al INAU) del menor M.A., el homicidio no se hubiera producido, al ser fundamental la presencia del mismo en la comisión del ilícito (fs. 17 v.).

En cuanto al criterio de atribución de responsabilidad , los miembros integrantes del presente pronunciamiento se inclinan por el criterio de atribución subjetiva emanada del art. 24 de la Constitución, admitida entre otros por Sayagués en Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pág. 660; Martins, La Responsabilidad de la Administración y los Funcionarios en la Constitución Uruguay, R.D.P.P. Tomo XXX Pág. 267; Deus, L.J.U. Tomo 94 Pág. 31,)”.

Y como ha expresado la Suprema Corte de Justicia (No. 167/98 en LJU c. 13670) adoptando el criterio de falta de servicio desarrollado por la jurisprudencia y doctrina francesas y seguido en el país por Sayagués Laso, en estos casos de acuerdo al art. 139 del CGP, el particular que invoca la responsabilidad de la administración debe probar la existencia de una falta de servicio, esto es, que el

servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente, para el éxito de la reclamación. Acepta la Corporación en ese pronunciamiento ,que de todo servicio se espera un determinado nivel medio o estándar, variable según su misión y las circunstancias del caso, apareciendo la falta cuando se sobrepasa ese nivel y el juez , para preguntarse si hay o no falta, debe preguntarse qué se podía esperar del servicio, teniendo en cuenta las dificultades más o menos importantes de su misión, las circunstancias de tiempo, lugar y recursos de que se disponían

Si el servicio no funcionó , si funcionó con demora o funcionó irregularmente , deriva responsabilidad. En el mal funcionamiento del servicio ,quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, o dolo ,porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido. (Cfm Sayagués , Enrique Tratado de Derecho Administrativo tomo I pág 663)”

Asimismo y en el orden civil , la mayoría que conforma el presente pronunciamiento entiende que la responsabilidad del ente demandado encuadra dentro de las previsiones del art 1324 inc 1 del CC y se deriva de la existencia no sólo de un poder efectivo de vigilancia sino también de un poder jurídico y teórico de organización del modo de vida del menor que le fue confiado por el Juez de Menores correspondiente

En ese orden como afirma el maestro Gamarra :. “...la imposición del deber de control está justificada por el estado físico o mental de la persona vigilada y el riesgo de daño que crea ese estado; son personas con insuficiencia que pueden ser la fuente de perjuicios para terceros: (...) delincuentes

mayores de edad reclusos en establecimientos de detención o en el Centro Nacional de Rehabilitación...” “...la noción de tercero damnificado comprende no sólo a los externos, sino también a los demás internados que podrían resultar víctimas (por ejemplo: violaciones, lesiones, y homicidio entre reclusos de un instituto penitenciario...)” “El Instituto Nacional del Menor (ahora INAU), el Estado, los Institutos Penitenciarios (Ministerio del Interior) y el Poder Judicial tendrán que responder cuando los menores adultos a su cargo o los delincuentes internados en institutos carcelarios o Centros de Rehabilitación, causen daños (dentro del lugar de reclusión, o fuera en oportunidad de permisos temporarios o salidas autorizadas o durante fugas) (Gamarra, TDCU XX, 2º edición, págs. 334/338).

Por consiguiente encontrándose regida la responsabilidad del caso de autos , por lo dispuesto por el art 1324 inc 1 del CC correspondía a la demandada destruir la presunción legal emergente de la norma , demostrando que actuó con la diligencia de un buen padre de familia

Ahora bien de un examen de las pruebas producidas no sólo no se destruyó la presunción referida sino que claramente puede extraerse de las mismas que el Estado no adoptó las mínimas medidas para dar cabal cumplimiento a sus deberes.

En efecto el menor A. a la fecha en que acontecieron los hechos , contaba con dos antecedentes y se encontraba recluso en dependencias de la demandada como consecuencia de haber cometido una rapiña . No obstante lo expresado la demandada ante un corte autoinflingido lo envió al Hospital sin la

custodia debida y con una funcionaria de dicha institución que no estaba capacitada para efectuar la custodia y no tomó las medidas adecuadas para evitar la fuga .
Adviértase que la funcionaria O., custodia del menor , afirma que se alejó un metro y medio del menor , el cual se encontraba sin esposas y sin vigilancia de ningún tipo, aprovechando dicha oportunidad el menor para salir corriendo . En su declaración dicha funcionaria reconoce que el menor podía haber estado esposado de un solo brazo (fs 113 -114)

No debemos perder de vista que el Inau , debía , como autoridad encargada de la guarda del menor , adoptar las medidas pertinentes en relación al mismo , medidas tales como no haber dejado al menor sin esposas y sin vigilancia adecuada . Nada de ello hizo y tal omisión permitió que el menor M.A. se fugara del establecimiento y delinquiera con el resultado muerte de T. S. H. M.

Si bien es verdad que el delito fue cometido conjuntamente con otros menores no es menos cierto que el menor M.A. fue enjuiciado y condenado como coautor del homicidio que motiva los presentes obrados . Y como señala el Fiscal en su demanda acusación " no fue por casualidad que entraron al lugar donde no había ninguna luz (fs 62) y desde el exterior quienes estaban fuera no podían advertir lo que sucedía . Apurados por la insistencia de H. en perseguirlos optaron por usar el arma que G. llevaba consigo . "el ataque a la víctima de una rapiña fracasada fue para lograr la impunidad de los tres , consumándose el homicidio cuando ya no podían ser vistos desde fuera de la cancha en un acuerdo rápido como suelen tener al cometer las infracciones y el propio G. confirmara (fs 75 - 75 vta del expediente penal)

En este orden no debemos perder de vista que el aludido menor pasó a ser atendido por heridas (presuntamente autoinflingidas) pero no fue solo allí sino con personal del INAU que lo acompañara, lo que revela claramente que estaba bajo la guarda del Instituto de referencia. Véase que la compañía por funcionario del INAU es expresamente comentada por la accionada en su contestación de demanda, donde se manifiesta que el menor estaba siendo asistido por una nurse “en presencia de una funcionaria del INAU” y debió procederse a la apertura de las esposas porque así lo ameritaba el acto médico que debía practicarse, quien repentinamente y sin que fuese previsible su comportamiento ,salió corriendo velozmente sin que pudiera ser alcanzado no obstante haber sido perseguido (fs. 35).

Ahora bien, no es relevante a efectos de determinar la responsabilidad de la demandada de dónde se fugó el menor (si del Pereyra Rossell o de un hogar del INAU), lo que interesa es que en el momento de la fuga estaba bajo la guarda del INAU y con la custodia de una funcionaria.

En cuanto a la inexistencia de nexo causal ,que cuestiona el Inau en sus contestaciones de la demanda y del recurso, al entender que no ha existido causa adecuada en lo que hace a su respecto , cabe señalar que tal extremo no es de recibo.

En efecto surge plenamente probado de autos que M.A. cumpliendo internacion por rapiña a disposición del juzgado de menores , se fugó del establecimiento como consecuencia de una clara falta de vigilancia adecuada. . Era perfectamente previsible y no fortuito o imprevisible que el mencionado menor,

en las circunstancias temporoespaciales en que se desarrollaron los hechos , se escapara y volviera a delinquir, en tanto ya tenia antecedentes por el mismo delito

No debemos perder de vista que en la hipótesis de omisión debe examinarse, a la vista de toda la cadena causal, si la conducta omitida, habría interrumpido la producción del evento dañoso

Ello por cuanto , la relación de causalidad por omisión es de tipo lógico y no naturalístico , y por tanto se debe imaginar : de acuerdo con un juicio hipotético cómo el cumplimiento de la conducta debida logra el fracaso de la producción del evento Asimismo , es necesario examinar si dicho comportamiento constituyó un deber legal y si ese derecho violado tenía la intención de prevenir la ocurrencia de daño real provocado en concreto: Finalmente ,a través de un juicio probabilístico, debemos determinar si la conducta que se omite, si se hubiere realizado , habría evitado el evento, y por lo tanto si se detenía la prueba de la cadena causal adecuada para la producción de los daños. (Cfm Berti , Ludovico *Il nesso di causalità in responsabilità civile* Giuffre Editore 2013 pag 67)

Lo punible en la categoría que nos ocupa es la omisión misma ,no hacer lo que la norma exige . En estas situaciones , manifiesta Soler se invierte la relación causal y en vez del acto cometido se juzga el acto esperado

Lo que en definitiva debe juzgarse es si un determinado efecto puede ser causalmente referido al comportamiento positivo (la ejecución de un acto) o negativo (la no realización de un acto de una persona) . En ambos casos nos hallamos frente a una conducta causal productora de un suceso reprobado por el

ordenamiento jurídico (Cfm Goldenberg Isidro La relación de causalidad en la responsabilidad civil Astrea 1989 Pág. 203)

En cuanto a la existencia de causa adecuada, cabe señalar que como expresara la SCJ en Sentencia No. 125/95: "...siempre es imprescindible que entre la actividad del agente y el daño exista un nexo de causalidad, como correctamente lo ha entendido el Tribunal actuante. Nunca, ni aún postulando la aplicación de un criterio objetivo, es posible prescindir de la existencia de una ligazón entre actividad y daño".

"Sin duda alguna, el daño debe aparecer como consecuencia clara y directa del funcionamiento del servicio...". Indicando más adelante: "... la condición que asume la calidad de causa es aquélla que adquiere relevancia como para vincular el accionar del agente con el daño, es la 'adecuada' para concretarlo...". Para concluir: "Será causa, aquella condición que produce 'adecuadamente' un determinado efecto. Aquélla que un hombre normal, razonable, el prototipo del 'buen padre de familia', ha considerado como consecuencia natural de un cierto comportamiento.

Esto es, la causa 'eficiente', en el sentido de ser 'el principio productivo del efecto, o la que hace o por quien se hace alguna cosa' (Diccionario de la Lengua Española, voz causa eficiente, pág. 285), y que se puede prever como resultado común o propio de una acción. El resultado que siempre y en iguales condiciones, se ha de producir" (Cf. Sentencia No. 26/2010 S.C.J.).

En la especie, a juicio del Tribunal, si la demandada hubiera tomado los recaudos correspondientes, el menor no se hubiere fugado y el desenlace no se

hubiera producido, ya que como se desprende del acordonado sin la coautoría del menor no habría acontecido el homicidio. No debemos perder de vista que el coautor es un autor inmediato no mediato y conforme a la demanda acusación referida anteriormente sin su participación no se habría cometido el homicidio. En efecto la sentencia de fs. 84-89 del acordonado tuvo a Álvarez (junto con G. y G.) por partícipe en el homicidio (cons I) y lo declaró autor de la infracción gravísima de homicidio, sentencia que quedó ejecutoriada (ver a fs. 141-143) ya que se abrió la alzada sólo por G.; hubo unificación de penas con la rapiñas cometidas anteriormente (fs 164-166 y 172-174).

Por otra parte no debemos perder de vista que el menor fue partícipe en un delito y la responsabilidad civil por delitos está prevista en la ley civil (1319 inc.2) y en virtud de lo preceptuado por el art 1320 del mencionado cuerpo normativo, si es mayor de 10 años, hay plena responsabilidad y como claramente lo dispone el art 1331 CC la responsabilidad civil en caso de delito, es solidaria.

Por consiguiente, aún en el caso de que no se compartiere la posición de que sin la colaboración del menor no habría acontecido el homicidio, es claro que de conformidad a lo dispuesto por los arts anteriormente citados y a lo dispuesto por el art 1324 inc 1, la demandada debería responder por los daños producidos como consecuencia del homicidio perpetrado.

Con relación al hecho de la víctima, en que se funda el pronunciamiento objeto de estudio, cabe señalar que el comportamiento de la víctima posterior a haber sufrido la rapiña, no puede ser asimilado a un hecho de la víctima

que determine como estima el a-quo que la demandada de no deba responder por el delito cometido . *En* efecto la victima tuvo un comportamiento normal, conforme a las circunstancias temporoespaciales en que se desarrollaron los hechos y no puede ser impuesta a la victima una " obligación de gestión de la situación creada" , esto es a no defender sus pertenencias. Esto seria obligarla a contribuir a disminuir un indemnidad que le es debida y sobre todo una indemnidad que fue vulnerada por el comportamiento de los menores que cometieron la rapiña (Cfm *CFM Dumery Alexandre La faute de la victime en droit de la responsabilite Edit L'harmatta 2011 pag 363*)

III) Determinada la responsabilidad de la parte demandada en el evento dañoso que motiva los presentes obrados , corresponde determinar la procedencia de los daños reclamados

En tal sentido emerge de la demanda instaurada los reclamantes fundaron la pretensión indemnizatoria en la existencia de un daño moral propio como consecuencia del fallecimiento , del hijo y hermano de los reclamantes .-

En ese orden como afirma el maestro Gamarra: " Como medir el perjuicio al afecto. Sin duda se trata de valorar la intensidad del dolor y la única forma de apreciarla es ponderando el carácter que asume la relación afectiva existente entre el reclamante y el fallecido . Para calibrar la intensidad , naturaleza y existencias misma del afecto no hay mejor indicador que la relación conyugal o de parentesco, y

por ello cuanto mas cercano sea este ultimo habrá de presumirse un mayor dolor. " (Cfm Gamarra, Jorge Tratado de Derecho Civil Tomo XXV pag 267)

Ahora bien cuando se trata de la muerte de un hijo no es necesario traer la prueba de que los padres han sufrido un agravio moral , porque en el orden natural de las cosas esta que la muerte de un ser querido de tan estrecha vinculación biológica y espiritual ,ha de herir en lo mas intimo el sentimiento y las afección de quien se dice damnificado por encontrarse en esa situación

Por consiguiente teniendo en cuenta la edad de la victima , las circunstancias en que se produce el fallecimiento , el grado de parentesco y el vinculo afectivo que surge de la prueba testimonial producida se habra de fijar la indemnizacion por el rubro objeto de estudio en U\$\$ 40.000 para el padre y U\$\$ 12000 para cada uno de los hermanos

IV) Que la conducta procesal de las partes no amerita sancion procesal especial en el grado.

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los arts 24 de la Constitución , de la República 688, 1319, 1320, 1324 del CC, 139, 140 y ss del CGP

EL TRIBUNAL FALLA :

Revocase la sentencia objeto de impugnación y en su merito condenase a la parte demandada a abonar al Sr. L. H. H. la suma de U\$\$ 40000 (cuarenta mil dólares estadounidenses) , al Sr. T. J. H. M. la suma de U\$\$ 12000 (doce mil dólares estadounidenses) T. J. H. M. la suma de de U\$\$ 12000 (doce mil dólares estadounidenses) mas los intereses legales correspondientes

Sin especial condenación en el grado

DR. TABARE SOSA AGUIRRE

MINISTRO

DR. JOHN PEREZ BRIGNANI

MINISTRO

DR. ALICIA CASTRO RIVERA

MINISTRO

DR. ALVARO JOSÉ FRANÇA NEBOT

MINISTRO DISCORDE

DISCORDE: En el marco de la responsabilidad subjetiva del Estado , era carga de los actores acreditar los extremos fundantes de ésta. En el caso , a mi juicio no ha sido debidamente realizado. Se alegó en la demanda que si el menor Á. no se hubiera fugado el homicidio no se hubiera producido. Primero , no surge debidamente acreditado que régimen de medidas era el que se aplicaba al menor que se fugó y ello no era un tema menor ya que , a mi juicio , no se puede trasladar el régimen de reclusión de mayores a los menores puesto que son distintos y apuntan a motivación diferente. La carga de la prueba de que tipo de medidas tenía que adoptar el INAU con el menor

era del actor y no parece como debidamente acreditado. Segundo , tampoco se acreditó que este menor haya matado al joven S. o haya incitado a que ello sucediera o haya tenido una participación decisiva en el Homicidio . No se ha podido acreditar que el menor A. fue el matador o participara en el homicidio siquiera instigando (no se sabe si fue él quien le gritó a su compañero de correrías G., “dásela”). Queda claro que A. rapiñó, pero no mató. El homicida fue el menor de apellido G. (servirse ver resultancias del testimonio acordonado, fs. 84/90, 99/101), tanto A. como G. (el otro menor que integraba el terceto) fueron calificados y penados como co-autores. El tema , resulta opinable y de difícil solución , en la recurrida se considera que no se probó el nexo causal puesto que la conducta del menor en el hecho de autos no está vinculada necesariamente a la fuga dado que pasó más de tres días de ocurrida. La co autoría que consideró probada el Tribunal de Apelaciones interviniente hace a la conducta del menor en el homicidio con fundamento en el artículo 63 CP (fs. 192 vto y 193 acordonado) pero el punto necesariamente se vincula con la aplicación de la medida (“pena”) del menor . Entiendo que no se podría aplicar la norma a los efectos de vincular causalmente su conducta con el ilícito civil y en el caso , no existe prueba de la autoría o participación necesaria del menor en el homicidio. La versión que recoge el Tribunal (“dásela ”) no se encuentra a mi juicio acreditada, por tanto, no hay nexo causal. Sin perjuicio de lo dicho , el tema también pasa por determinar sin el menor continuaba bajo la guarda del INAU y en ello es

discutible. El traslado del menor al centro asistencial habría sido realizado con la compañía de una educadora , conforme se establecería en la normativa aplicable a los menores , a partir de ello no se configuraría la omisión en el servicio. En suma , **confirmando sin condenas.**