

//tencia No. 144

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ

Montevideo, veinte de mayo de dos mil quince

**VISTOS:**

Para sentencia estos autos caratulados: **"H.M., L. Y OTROS C/ INSTITUTO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DEL URUGUAY - RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL - CASACIÓN"**, IUE: 2-23907/2012.

**RESULTANDO QUE:**

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia DFA-0465-001496/2013 SEF-0465-000099/2013 del 4/X/2013, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er. Turno, se desestimó la demanda sin especial condenación (fs. 134-141 vto.).

II) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia DFA-0005-000591/2014 SEF-0005-000144/2014 dictada el 13 de agosto de 2014 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, obrante de fs. 173 a 188, se falló:

*"Revócase la sentencia objeto de impugnación y en su mérito condénase a la parte demandada a abonar al Sr. L.H.H. la suma de U\$S40.000 (cuarenta mil dólares estadounidenses), al Sr. T.J.H.M. la suma de U\$S12.000 (doce mil dólares estadounidenses) T.J.H.M. la suma de U\$S12.000 (doce mil*

*dólares estadounidenses) más los intereses legales correspondientes. Sin especial condenación en el grado...".*

III) El representante del co-demandado Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay interpuso recurso de casación a fs. 191 y siguientes, y luego de fundar la procedencia del medio impugnativo ejercitado, invoca la infracción de la Sala de los arts. 12 de la Constitución, 1.319 y 1.324 del C.C., arts. 2 y 5 literal C de la Ley No. 18.315 de Procedimiento Policial, arts. 72 numeral 5 y 89 del Código de la Niñez y de la Adolescencia; y las Reglas Nos. 17 y 49 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad aprobadas por la Resolución No. 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, expresando en síntesis:

Los errores de derecho en que ha incurrido el Tribunal, y que obran de insalvable obstáculo para legitimar la condena civil que en la especie se ha decretado contra el INAU son los siguientes:

Inexistencia absoluta del elemento nexa causal que ligue al INAU con el resultado dañoso fallecimiento del menor T.S.H.M. .

La sentencia que se impugna incurre en error jurídico al no advertir que el

nexo causal no pudo reunirse jamás como elemento de la convocatoria de responsabilidad civil del INAU porque esta entidad no ejercía en absoluto la custodia ni la guarda sobre el adolescente al que se le atribuyó la comisión de un crimen que no cometió.

Ya no se trata, como equivocadamente aborda la cuestión litigiosa el Tribunal de Apelaciones, de un ejercicio negligente de un deber de custodiar (inexistente en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno a título de garantía y no a título de negligencia culpable por la falta del debido cuidado o diligencia), sino de la inexistencia de guarda sobre el adolescente M.S.Á.R. como rigurosa consecuencia jurídica. Ante la inexistencia de guarda, no habrá en absoluto existencia de responsabilidad objetiva porque esa solamente opera respecto de las personas que están bajo el cuidado o guarda de quien es imputado a título objetivo de garantía.

Es ese el verdadero encuadre de la cuestión litigiosa, ausente en la decisión que se impugna, decidida sobre una base jurídica errónea al mezclar ingredientes de culpa en territorio vedado por la inserción de variables basadas en ese factor subjetivo de atribución y decidida sobre una base jurídica errónea. Desconsideró, en perjuicio del INAU, la legitimidad (por su condición de obligada o

debida) de la transferencia de la guarda que ejercía sobre el adolescente Á.R. al derivarlo con fundamento irreprochable al nosocomio público Pereira Rossell. Ello, en ejecución plena de los deberes que al INAU le impone la totalidad sistemática de los plexos normativos en el específico ámbito de la adolescencia que rigen desde el derecho internacional público y al derecho nacional interno que le impone imperativamente la conducta que en concreto desarrolló en relación a la curación de las heridas por las cuales el adolescente fue precisamente transferido al Hospital Público.

Por consiguiente, no constituye en absoluto una base jurídica sobre la cual pueda erigirse con legalidad un vínculo casual ni con el acto de fuga ni con el fallecimiento de T.S.H.M. que, tiempo significativo después del escape de Á.R., fue el resultado de una conducta comportada por un sujeto distinto a este último.

Inexistencia absoluta del elemento nexos causal que ligue la conducta del adolescente M.S.Á.R. con la muerte de T.S.H.M., provocada de manera directa y personal por la conducta de un tercero.

El Tribunal de Apelaciones incurre en error de derecho también cuando condena al INAU por un acto que no cometió un adolescente recluso

en un establecimiento bajo su égida sino por un individuo en pleno goce de su libertad ambulatoria.

Debe casarse la sentencia del Tribunal porque se condujo sobre una conjetura ni siquiera aceptada por la jurisprudencia nacional y que la propia realidad de los hechos pública y notoriamente constatados por detección empírica suficiente: no es en absoluto cierto que a partir de una fuga (que en el caso de autos no fue de ninguna instalación de incumbencia del INAU) sea aguardable la muerte de alguien a manos del fugado (que en el caso de autos además de no fugarse del INAU no fue quien ultimó a T.S.H.M. ).

Y ello porque las reglas de la experiencia, que el Tribunal no tomó en jurídica, sana y crítica consideración, no avalan la presunta cadena causal de que la fuga de un detenido derivará necesariamente en una muerte.

El Tribunal incurre en error jurídico que amerita la casación al estructurar su decisión erigiéndola sobre una serie encadenada de equivocaciones de derecho que se inician con asignarle calidad de guardián al INAU respecto de un adolescente que no estaba bajo su guarda y terminar con considerar civilmente autor del evento muerte a quien no empuñó en ningún momento el arma homicida y por lo tanto no fue el autor del ilícito.

Debe señalarse además que el hecho dañoso que no comportó el adolescente por el cual se imputa responsabilidad al INAU, se produjo varios días después de la fuga de dicho menor de las instalaciones médicas del Hospital Pereyra Rossell.

Solicita que se case la sentencia definitiva dictada en autos por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno y en su lugar se dicte pronunciamiento desestimando por completo la demanda incoada en obrados (fs. 201).

IV) Conferido traslado del recurso fue evacuado por el representante de la parte actora quien, por los fundamentos que expuso, solicitó su rechazo (fs. 205 y siguientes).

V) Elevados y recibidos los autos, se confirió vista de las actuaciones al Sr. Fiscal de Corte quien, por los fundamentos que expuso en Dictamen No. 04398 de fecha 24/X/2014 (fs. 218 y vto.), entendió corresponde desestimar el recurso de casación movilizado.

**CONSIDERANDO:**

I) La Corporación, por mayoría de sus integrantes naturales, acogerá parcialmente el recurso de casación interpuesto.

II) Con carácter previo, y a fin de determinar si se padeció o no error por parte del

órgano de segundo grado de mérito en cuanto a la calificación jurídica de la responsabilidad atribuida a la demandada, corresponde tener presente que:

- El adolescente M. S. Á. estaba privado de libertad en el hogar Desafío del INAU y se produce una lesión por la cual es visto por el SUAT que diagnostica auto agresión en miembro superior izquierdo (fs. 118). Como consecuencia se le traslada al Pereira Rossell en una camilla esposado para ser intervenido en el block quirúrgico. Ahí se le retiran las esposas y luego que le terminan de suturar solicita ir al baño, oportunidad que aprovecha para escabullirse del lugar el 26 de marzo en horas de la tarde, transcurriendo tres días en que permanece fugado, hasta que acontecen los hechos de autos.

- El 29 de marzo de 2009 al volver el adolescente T.S.H.M. de 17 años de edad del trabajo y del estudio es interceptado por 3 adolescentes entre los que se encontraba M.S.Á.R. fugado del INAU desde el 26 de marzo de 2009, quienes intentan rapiñarlo a lo que se resiste, luego persigue a los autores y es herido de muerte por uno de ellos.

El órgano de primer grado por Sentencia No. 53 del 22/5/2009 señala que en relación a tales hechos un testigo, el Sr. E. les grita y los agresores se dan a la fuga, siendo perseguidos por

la víctima y más atrás por el propio testigo hasta una cancha carente de iluminación y es ahí que se le provoca una herida de arma blanca produciéndose su fallecimiento en el Sanatorio Casa de Galicia.

Surge de la decisión que cuando se inició el procedimiento infraccional, la autoría material se la adjudicó A.D.G.V. y la co-autoría a los otros dos adolescentes. Luego fue apelada y se resolvió en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno que A.D.G.V. es el autor de un delito de homicidio especialmente agravado, y M.Á. co-autor (fs. 99 a 101 vto. del agregado).

III) El recurso de casación ejercitado por el representante del INAU hace hincapié básicamente en la falta de configuración de nexo causal que ligue al INAU, y al adolescente recluido en un establecimiento bajo su égida, con el resultado dañoso del fallecimiento de T.S.H.M. .

Al efecto cabe recordar que como se expusiera en Sentencia No. 162/04 constituye "*quaestio iuris*", "... esto es, la calificación de si esa situación fáctica tiene con el resultado dañoso la relación requerible para ser considerada jurídicamente como causa del daño en cuestión. Y ello porque para determinar jurídicamente la configuración del nexo causal no basta establecer la efectiva ocurrencia de

*determinados hechos sino que éstos deben examinarse conforme con las pautas legales correspondientes (daño que es consecuencia directa e inmediata del hecho u omisión imputable al demandado: arts. 1.319, 1.323 y 1.346 C.C.) y asimismo doctrinarias (teorías de la equivalencia de las condiciones, de la causalidad adecuada, de la causalidad eficiente, etc.) para concluir si un hecho, acto, omisión o un conjunto o combinaciones de ellos, puede ser tenido legalmente como causante del daño sufrido por los accionantes (S.C.J., en sent. No. 323/1997)”.*

En tal aspecto del análisis, cabe entender que si bien se comparten las consideraciones efectuadas por el órgano de segundo grado de mérito en cuanto a las deficiencias en la atención del adolescente que se encontraba bajo la égida del INAU, así como respecto de la calificación del comportamiento de la víctima, se entiende que no corresponde atribuirle la totalidad de la responsabilidad como se decidiera por parte del Tribunal.

Se coincide con la Sala en cuanto a que el INAU debía, como autoridad encargada de la guarda del adolescente, adoptar las medidas pertinentes en relación al mismo, tales como no haberlo dejado sin esposas y vigilancia adecuada, omisión que

permitió que M.Á. se fugara del establecimiento.

También se comparte cuando señala que el comportamiento de T.S.H.M. posterior a haber sufrido la rapiña, no puede ser asimilado a un hecho de la víctima que determine que la demandada no deba responder por el delito cometido. Ello por cuanto, como enseña Gamarra, el hecho de la víctima, para que opere como eximente, no debe haber sido provocado por el ofensor, puesto que, cuando así sucede, el comportamiento de la víctima deja de ser la causa del daño, ya que la acción de ésta no es sino la consecuencia del acto del ofensor, y este último es la verdadera causa del evento dañoso (Cfme. Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, 2ª Edición, reimpresión inalterada, F.C.U., Montevideo, junio de 2000, págs. 336 y 337).

Ahora bien, sin perjuicio de que luego de la fuga M.Á. cometió el delito respecto de T.S.H.M. , no puede dejar de tenerse presente que, como lo indica la Sala el ilícito fue cometido conjuntamente con otros adolescentes, habiendo sido condenado no como autor sino como co-autor del homicidio.

Lo que determina que no obstante ser cierto que el adolescente participó en el hecho delictivo de la rapiña con resultado muerte y deba

responder la demandada como consecuencia de la aplicación del art. 1.324 inc. 1º del C.C., así como del art. 24 de la Constitución por no haber funcionado el servicio como corresponde, no puede atribuírsele la totalidad de la responsabilidad en la producción del mismo.

Gamarra, al profundizar en el análisis de la primer disposición invocada, afirma: *"Los nuevos métodos liberales de tratamiento, basados en la reinserción y la libertad, con sus inevitables concesiones en materia de custodia, llevan a preguntarse si también estaría justificada la condena cuando el evento dañoso ocurre fuera de la vigilancia del guardián y sin la culpa de éste (p. ej. durante un permiso provisorio de libertad otorgado a un delincuente). La respuesta en cuanto a la culpa es fácil, puesto que no es requisito de la responsabilidad del garante; además, si resulta aconsejable acordar permisos de salida a penados y procesados, o es muy frecuente la fuga de menores adultos internados en los hogares del INAME, no por ello la sociedad debe quedar desprotegida, ya que siempre rige el principio general (art. 1.319) que establece la reparación del daño ilícito padecido por las víctimas..."*.

Puntualizando más adelante: *"El Instituto Nacional del Menor, 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). Respecto del INAME habrá que decidir si le corresponde el inc. 1º, o el 3º por lo que dispone el art. 338; pero esto no altera el régimen” (Cfme. autor citado, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XX, Vol. 2, 2da. Edición ampliada actualizada con modificaciones, págs. 335 a 338).*

Es decir, se coincide con la decisión del órgano de segundo grado respecto de las medidas que no fueron adoptadas por parte del INAC, Institución en la que se encontraba recluido el adolescente como consecuencia de haber cometido una rapiña y que, frente a un corte autoinfligido lo traslada al Hospital Pereira Rossell con la custodia de una funcionaria que no tomó las medidas adecuadas para evitar la fuga, esto es, sin esposas y sin la vigilancia adecuada.

Cabe señalar que conforme reiteradamente ha señalado la Corte la responsabilidad del Estado es subjetiva. Responde cuando el servicio no ha funcionado, ha funcionado mal o tardíamente, e

indirectamente cuando se configura falta personal de sus funcionarios, ya sea por la violación de una regla de derecho o por culpa, siendo menester constatar la ocurrencia del daño reclamado y el nexo causal existente entre éste y la supuesta falta de servicio o su mal funcionamiento. El daño debe estar vinculado al comportamiento del obligado. La conducta de una acción u omisión-, debe ser la causa eficiente o productora del evento dañoso que sufre el otro. El daño debe ser consecuencia directa del hecho del ofensor (Cf. Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, Vol. 1, págs. 309-310) (Sentencia No. 125/95, entre otras).

Cabe precisar que conforme a la pretensión ejercitada se reclamó contra el INAU con sustento en el art. 24 de la Carta al no haber cumplido la referida Institución con la obligación de que el adolescente permaneciera en el establecimiento que destinó a su internación, a la vez que por el art. 1.324 del C.C. por el incumplimiento de la referida obligación que determinó el resultado de la muerte de T.S.H.M. (fs. 17 y ss.).

A su vez, el objeto del proceso quedó determinado en: *"...si corresponde acoger la demanda por daños y perjuicios, producto de los hechos acaecidos el 29 de marzo de 2009 en la intersección de Avda. De las Instrucciones y Caminos*

*Santos en horas de la noche que derivó en el homicidio del menor T.S.H.M. de 17 años de edad" (fs. 48).*

Al surgir de autos que el Estado no adoptó las medidas para dar cumplimiento a su deber de custodia del adolescente que se encontraba recluido en sus dependencias, es responsable de la fuga del establecimiento hospitalario por no haber actuado debidamente en la ejecución del servicio a su cargo para impedirla.

Así es como en ocasión del traslado al Hospital Pereira Rossell lo hace acompañado de una funcionaria de la referida Institución quien afirma que el adolescente se encontraba sin esposas y sin vigilancia de ningún tipo, aprovechando la oportunidad en que su custodia se alejó metro y medio del mismo para salir corriendo, admitiendo la funcionaria que en tales circunstancias el menor podía haber estado esposado de un solo brazo.

En función de ello cabe concluir que el INAC, Institución encargada de la guarda del adolescente, no adoptó las medidas pertinentes en relación al mismo lo que permitió su fuga del establecimiento.

Ahora bien. Cabe hacer especial énfasis en los hechos posteriores, siendo ilustrativas las actuaciones lucientes en el expediente

agregado conforme al cual surgen como probados en la causa los siguientes hechos: "... el 28.IX.2009, en horas de la noche, en Avda. Instrucciones y Camino Máximo Santos, el joven T.H.M. descendió de un ómnibus. Se le apersonaron los adolescentes A.D.G.V., N.E.G. y M.Á.R. , quienes lo rodearon y bajo amenazas le revisaron los bolsillos e intentaron sustraerle la mochila, produciéndose un forcejeo. En esas circunstancias el testigo R. E. les grita que lo dejen, por lo que -sin lograr su propósito- se dan a la fuga siendo perseguidos por la víctima y más atrás por el propio testigo. Posteriormente los indagados de autos ingresan a una cancha carente de iluminación y es en esas circunstancias que el testigo oyó que uno de ellos gritó 'dásela' siendo A.G. quien -para lograr su impunidad- le provocó al joven T.H.M. una herida con un arma blanca, produciéndose su fallecimiento".

En el referido expediente el órgano de segundo grado en Sentencia No. 292/2009 comparte la tipificación de autos por tratarse de un delito complejo, y respecto de Á. se entiende que su participación es en calidad de co-autor conforme el art. 61 Números 1º y 3º del Código Penal, no siendo de aplicación tratándose los partícipes de adolescentes del art. 60 Nral. 2º del mismo Código (fs. 101 del expediente agregado).

Lo que determina que corresponda hacer lugar parcialmente a los agravios ejercitados por el INAU por la participación que le correspondió al adolescente en los hechos de autos de acuerdo a las circunstancias acreditadas en el hecho infraccional, no resultando que su participación haya sido principal, lo que atento a su incidencia causal en el resultado muerte, corresponde sea determinada su incidencia causal en un 30% como incumplimiento del deber de seguridad a cargo de la referida institución.

En lo relativo al nexo causal, el Sr. Ministro Dr. Jorge Chediak destaca que no tiene el honor de compartir la opinión de los Sres. Ministros que, en esta ocasión, componen la minoría.

A su juicio, no puede considerarse que la fuga del adolescente M.Á. fue un hecho irrelevante en la secuencia de acontecimientos que terminó segándole la vida al joven T.H.M., de 17 años de edad.

En primer lugar, el Sr. Ministro Dr. Chediak señala que corresponde hacer hincapié en que entre la fuga y el homicidio transcurrieron tan sólo dos días (la huida se produjo el 26 de marzo de 2009 y la agresión mortal se perpetró el 28 de marzo de dicho año).

En este sentido entiende

que, sus características personales y sus antecedentes, hacían prever, en un elevado grado de verosimilitud, que M.Á. podría cometer algún delito grave estando fugado. En este sentido, advierte que, a la fecha del homicidio, dicho adolescente registraba diez anotaciones, siendo la última por rapiña a un transeúnte el 27 de febrero de 2009 (cfme. parte policial, en especial fs. 7 vto. "in fine" del expediente incorporado por cordón proveniente del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Adolescentes de 2do. Turno, IUE: 438-64/2009). Como consignó la Sra. Fiscal Letrada Nacional de Adolescentes de 2do. Turno en su dictamen, M.Á. cuenta con dos causas anteriores, una de ellas por rapiña (fs. 75 vto. y 13-13 vto. del referido expediente).

Asimismo, destaca que, por dicha infracción a la ley penal, mediante sentencia del 25 de marzo de 2009 (el día anterior a la fuga), se le impuso a Á. una medida de internación de seis meses (fs. 13 vto. del expediente acordonado).

Entonces, el Sr. Ministro Dr. Chediak entiende que de no haber sido por la negligencia del INAU, el adolescente habría permanecido internado hasta setiembre de 2009 y, obviamente, no habría tenido participación activa como co-autor en el homicidio del joven H.M. .

En tales coordenadas,

sostiene que la situación en examen se diferencia de la resuelta por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno en su Sentencia No. 86/2014, en la cual el homicidio fue cometido por el adolescente un año después de que éste se fugó y muchos meses después de la fecha en que se habría cumplido efectivamente la medida privativa de libertad por la comisión de la infracción por la cual había sido internado en dependencias del INAU.

En este sentido, el Sr. Ministro Dr. Chediak, partiendo de la teoría de la causalidad adecuada para analizar el nexo causal, entiende que se deben atender a criterios de regularidad, probabilidad y previsibilidad, para determinar que la causa es adecuada cuando se presenta como probable y, por lo tanto, regular y razonablemente previsible. Así, se incluyen las consecuencias normales y se excluyen las inverosímiles (Cfme. Gamarra, Jorge, ob. cit., págs. 319 y 320).

Si bien Á. no fue el autor material del golpe mortal, tuvo una participación decisiva en el delito, a tal punto que fue condenado como co-autor.

En función de estas premisas, tomando en consideración las características personales y los antecedentes del adolescente fugado, y

a la luz de las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece (art. 141 del C.G.P.), el Sr. Ministro Dr. Chediak sostiene que no puede decirse, con mediana razonabilidad, que era absolutamente inverosímil que, una vez evadido de la acción del Estado, M.Á. participara en la comisión de una infracción grave o gravísima a la ley penal, como la que, infelizmente, protagonizó y le costó la vida a T. H.M. .

Por último, el Sr. Ministro Dr. Chediak señala que, aunque es válido decir que sería una conjetura sostener que el homicidio no se habría cometido si el adolescente no se hubiese fugado de la custodia del INAU, lo que está fuera de discusión es que, de haber permanecido cumpliendo la medida socioeducativa de privación de libertad que se le había impuesto, no habría participado en el homicidio del hijo y hermano, respectivamente, de los accionantes.

IV) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

**FALLA:**

**ANÚLASE PARCIALMENTE LA IMPUGNADA Y, EN SU LUGAR, ESTÍMASE LA RESPONSABILIDAD DEL**

INAU EN UN 30%, CORRESPONDIENDO EL ABATIMIENTO EN CONSECUENCIA DE LA SUMA OBJETO DE CONDENA EN SEGUNDA INSTANCIA.

SIN ESPECIAL SANCIÓN PROCESAL.

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE,

DEVUÉLVASE.

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ**  
PRESIDENTE DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: por cuanto entiendo que corresponde acoger el recurso de casación interpuesto por el representante del INAU y,

**DR. JORGE RUIBAL PINO**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

en su mérito, anular la atacada, confirmando el pronunciamiento de primera instancia que desestimó la pretensión de autos, en tanto resulta de recibo el agravio principal del impugnante, esto es, que no existe

nexo causal que ligue al INAU con el resultado dañoso, fallecimiento de T.H.M. .

Si bien no resulta compartible la consideración del decisor de primer grado en cuanto a la incidencia causal de la actitud de la víctima en el hecho, entiendo que como fuera dispuesto en su sentencia, corresponde desestimar la pretensión indemnizatoria de autos, en tanto no resultó acreditado el nexo causal entre la omisión del Estado respecto al deber de seguridad -que habilitara la fuga de M. Á.- y la muerte del joven T.H.M. .

Como se señalara por esta Corporación en Sentencia No. 323/1997, "...si bien el establecimiento de la situación fáctica que se aduce como causa, origen o elemento productor del daño invocado por el accionante es una cuestión de hecho (ajena en principio al ámbito casatorio), es en cambio 'quaestio iuris' la determinación del llamado nexo causal, esto es, la calificación de si esa situación fáctica tiene con el resultado dañoso la relación requerible para ser considerada jurídicamente como causa del daño en cuestión. Y ello porque para determinar jurídicamente la configuración del nexo causal no basta establecer la efectiva ocurrencia de determinados hechos sino que éstos deben examinarse conforme con las pautas legales correspondientes (daño que es consecuencia

directa e inmediata del hecho u omisión imputable al demandado: arts. 1.319, 1.323 y 1.346 C. Civil) y aun mismo doctrinarias (teorías de la equivalencia de las condiciones, de la causalidad adecuada, de la causalidad eficiente, etc.) para concluir si un hecho, acto, omisión, o un conjunto o combinaciones de ellos, puede ser tenido legalmente como causante del daño sufrido por el accionante".

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad del Estado, esta Corporación ha señalado, que "... debe privar la inteligencia que exige -como regla- se contemple la voluntariedad del sujeto interviniente, lo que conduce a que en el subexamine se analice cómo se desarrolló la actividad estatal, a fin de determinar si el servicio funcionó o no correctamente y, en su caso, si su funcionamiento irregular pudo haber originado los perjuicios invocados y que resultan el sustento de la reclamación ejercitada".

"La responsabilidad del Estado es, por regla general, subjetiva. Responde cuando el servicio no ha funcionado, ha funcionado mal o tardíamente, e indirectamente cuando se configura falta personal de sus funcionarios, ya sea por la violación de una regla de derecho o por culpa...". Indicando más adelante: 'Además de los elementos anotados, debe constatarse la ocurrencia del daño reclamado y el nexo

causal existente entre éste y la supuesta falta de servicio o su mal funcionamiento. El daño debe estar vinculado al comportamiento del obligado. La conducta de uno -acción u omisión-, debe ser la causa eficiente o productora del evento dañoso que sufre el otro. El daño debe ser consecuencia directa del hecho del ofensor (Cf. Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, Vol. 1, págs. 309-310)" (cfr. Sentencia No. 26/2010).

Así las cosas, entiendo que en el subexamine, corresponde reiterar las consideraciones vertidas por esta Corporación en la Sentencia No. 323/1997, previamente citada, en cuanto, "... (el art. 1.319 C. Civil) individualiza nítidamente el supuesto que origina la responsabilidad extracontractual -el hecho ilícito que causa un daño- imponiendo al que cause éste la obligación de repararlo si actuó con dolo, culpa o negligencia (Conf. Peirano Facio: Responsabilidad extracontractual, 1954, pág. 230; Gamarra, Tratado, t. 19, 1981, pág. 195).

'La referencia al daño 'causado' por el agente se reitera insistentemente en los artículos siguientes del Código (arts. 1.320, 1.322, 1.324, 1.326, 1.328, 1.329, 1.330, 1.331); no existe entonces duda de que para la Ley patria no hay civilmente responsabilidad cuando el daño sufrido por la víctima no está causalmente ligado al comportamiento del

demandado (Peirano Facio, ob. cit., pág. 401; Gamarra, ob. y t. cit. pág. 309).

'La doctrina internacional es concordante en la solución expuesta.

'Así por ejemplo Mazeaud - Tunc en la página inicial del tomo 2, vol. 2, de su clásico Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, establecen que no es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil que haya sufrido un perjuicio el demandante ni que se haya cometido una culpa por el demandado: debe concurrir un tercer y último requisito: la existencia de un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño (la 'faute' comprende, como es sabido, en la doctrina francesa ilicitud y culpa). Y varias páginas más adelante señalan los tratadistas que se puede comprobar la existencia de una culpa y de la de un daño que no se habría producido sin la culpa y que, sin embargo, ningún vínculo causal relacione el daño con la culpa, ejemplificando su aserto con el caso (muchas veces planteado en nuestra jurisprudencia) de que un automovilista sin permiso de conducir pero que, de hecho, sabe guiar, participe de un accidente de tránsito al que no da causa y del cual no puede ser por tanto responsabilizado ni filosófica, ni moral, ni jurídicamente (ob. cit. págs. 7-8).

'También Orgaz indica expresamente en difundido estudio que puede existir culpabilidad sin nexo causal con el daño y, por ende, sin responsabilidad civil, citando el caso, repetido por los tratadistas, de la persona que da a beber a otra un veneno, ocurriendo la circunstancia de que antes de que el veneno llegue a producir resultado la presunta víctima muere en un accidente cualquiera o a raíz del disparo efectuado por un tercero (El daño resarcible (Actos ilícitos), 1968, pág. 37)' (Sent. No. 553/94)".

"Ciertamente, la impugnante alega que en la especie el resultado fatal no se hubiera producido de no mediar los actos y omisiones funcionales antes mencionados; más dicha alegación deja de lado indebidamente, a juicio de la Corte, la distinción que efectuara la Corporación en las sents. No. 553/94 cit. y No. 125/95 entre los antecedentes o condiciones del evento dañoso y la causa o condición adecuada del mismo.

En la sent. No. 125/95 (publicada como caso No. c-12.929 de La Justicia Uruguay) expresó la Corte:

'Desde luego, podría decirse que toda condición o todo factor que ha intervenido en la producción del evento, es su causa. Con lo cual, entonces, la serie causal sería ilimitada,

no habría criterio para excluir alguna de ellas por más alejada que esté en el tiempo, por cuanto '...a cada causa preceden otras causas, hasta lo infinito, y más allá de cada efecto se suceden siempre otros efectos ulteriores' (Hartmann, citado por Karl Larenz, Derecho de las obligaciones, t. 1, pág. 199; Cf. sentencia de la Corporación, No. 553/94).

'Para hacer ese descarte, se tiene que partir de un criterio de probabilidad o de regularidad. Así para Von Kries, '...un acontecimiento no puede ser considerado como la causa de un daño por el sólo hecho de que se haya comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se habría producido. Entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño, que son condiciones de él, todos no son 'su causa' desde el punto de vista de la responsabilidad: no todos le obligan a su autor a reparación. Sólo pueden ser considerados como causas de un perjuicio los acontecimientos que deberían producirlo normalmente: se precisa que la relación entre acontecimiento y el daño que resulte de él sea 'adecuada', y no simplemente 'fortuita'. En otros términos, el que haya cometido una culpa debe reparar todo el perjuicio que era propio que produjera según el curso natural de las cosas y que ha producido efectivamente...' (teoría referida por Henri y León

Mazeaud - André Tunc. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, t. 2, vol. 2, pág. 18).

'Esto es, la condición que asume la calidad de causa, aquélla que adquiere relevancia como para vincular el accionar del agente con el daño, es la 'adecuada' para concretarlo. Con lo que no es desdeñable, entonces, el recurrir -como lo hace el civilista citado- a lo que dispone el propio Código Penal, el que, en su art. 4 '...explícitamente incluye la noción de previsión en el campo de la relación de causalidad, exonerando de responsabilidad por la concausa que no se puede prever, y la reduce cuando la concausa pudo ser prevista y no lo fue' (ob. cit., Gamarra, Tratado, t. 19, pág. 322).

'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'".

"Dice el Dr. Peirano Facio que 'de este modo, la determinación del fenómeno causal

desde el punto de vista del derecho penal (o civil) no es sino resultado de un proceso de generalización que da relevancia a una de las 'condictios' del caso concreto. Así, aún reconociendo la exactitud filosófica del principio de la equivalencia de las condiciones, la tesis de la causalidad adecuada llega a desentrañar, desde el punto de vista jurídico, una causa por la vía de la generalización y de la apreciación de la situación in abstracto' (ob. cit., págs. 418-419).

"Interesa señalar especialmente que el Código Civil patrio contiene una disposición original del Dr. Narvaja, el inc. 2 del art. 1.331, según el cual cada agente responde en proporción a su intervención en la producción del evento dañoso, rechazándose de esta manera -implícita pero claramente- la equiparación de las condiciones concurrentes en la producción del daño. Así lo destacó la Corte en la sent. No. 553/94 antes mencionada, invocando al efecto las opiniones conformes de los Profesores Peirano Facio (ob. cit., pág. 415) y Gamarra (ob. y t. cit., pág. 318).

"Ahora bien. El delito cometido en la especie por el detenido fugado ¿puede considerarse una consecuencia normal o regular de la conducta negligente de los funcionarios intervinientes? ¿era acaso previsible que el detenido -que, como señala la Sala, había deambulado toda la tarde del día

anterior, a solas, con la niña y avisado a la madre de ésta que se dirigía a la ciudad de Soca- se propusiera matarla?

"La respuesta a estas interrogantes, a juicio de la Corte, debe ser negativa; ciertamente la fuga del detenido puede considerarse causada por el comportamiento de los funcionarios, en tanto es una consecuencia normal o previsible del mismo, pero jurídicamente la exclusiva causa de la muerte de la niña, según lo expuesto anteriormente, fue el designio criminal de su padre, como decidiera la sentencia en recurso".

En mi criterio, en el caso, debe tenerse presente -además- no sólo que el hecho aconteció tres días después de la fuga, sino que el menor M.Á. ni siquiera fue considerado autor del homicidio y, por lo tanto, no habiéndose demostrado la existencia de nexo causal entre la omisión del INAU y el hecho dañoso, no corresponde acoger la pretensión movilizada en autos.

**DR. FELIPE HOUNIE**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

el pronunciamiento de primera instancia.

**DISCORDE:** porque entiendo que corresponde casar la sentencia recurrida y, en su lugar, mantener firme

En el caso, estimo que no existe nexo causal entre el incumplimiento del deber de cuidado del INAU y el daño derivado del posterior homicidio del menor H . Lo que determina el homicidio no es la fuga del adolescente M.Á. del establecimiento del INAU, sino el concierto criminal de los agentes del delito y en dicho concierto, el INAU no tiene ninguna responsabilidad (cf. sentencia N° 323/1997 de la Suprema Corte de Justicia).

En un caso similar, he sostenido que si de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, la causa es adecuada cuando se presenta como probable y, por tanto, regular y razonablemente previsible (cf. Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. 19, Vol. 1, edición 1981, p. 319), la fuga del menor, por incumplimiento del deber de cuidado del INAU, es un hecho que no formó parte del curso regular o normal de los acontecimientos y que, por ende, no puede considerarse para fundar la responsabilidad del INAU por el hecho dañoso (sentencia N° 006-000086/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno).

Es así que, en la especie, no puede soslayarse que el homicidio se verificó tres días después de la fuga y que quien lo perpetró en forma directa (autor material del hecho) no fue el adolescente

fugado (fs. 84/90 y 99/101). Estos extremos están demostrando que la fuga no tiene ni tuvo relación causal con el hecho dañoso, de acuerdo con los criterios de previsibilidad, probabilidad y regularidad que están en la base de la causalidad adecuada (cf. Gamarra, obra citada, T. 19, p. 320).

Distinto hubiera sido el caso si, por ejemplo, en oportunidad de fugarse, el menor hubiera dado muerte a un peatón embistiéndolo con un vehículo utilizado para huir. O, en otro supuesto, si hubiera disparado contra su custodia. En estos casos, sí es posible encontrar, en principio, un nexo que vincule el incumplimiento del INAU en el ejercicio de la guarda con el resultado muerte.

Estos simples ejemplos nos están demostrando la ausencia de nexo causal entre la falta de servicio por negligencia de los funcionarios del INAU y la muerte de H., que se produjo en un contexto totalmente diverso y tres días después de la fuga protagonizada por el adolescente M.Á., lapso que si bien no es de la extensión del caso fallado por la Sala Civil de 6° Turno, no por ello deja de tener trascendencia para concluir que la única causa del daño debe ubicarse en el concierto criminal de los agentes del delito y no en la falta de servicio en la que incurrió la custodia del adolescente fugado.

Tampoco considero relevante, para dilucidar el caso, el hecho de que M.Á. posea diez "anotaciones" (la última por rapiña, fs. 81).

Es claro que el delito que cometió M.Á. no fue para asegurar la fuga ni para nada que se le parezca, lo cual constituye una razón más para determinar que la falta de servicio imputada al INAU no fue la causa "adecuada" del resultado dañoso.

**DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO**  
**SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**