

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 5º TURNO

SENTENCIA N° 124 /2012

Ministro Redactor: Dr. Luis María Simón

Ministros Firmantes: Dra. María Esther Gradín

Dra. Beatriz Fiorentino

Dr. Luis María Simón

IUE N° 2-6294/2006

Montevideo, 29 de agosto de 2012

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: **"M, S c/ Estado- Poder Ejecutivo - Ministerio de Defensa Nacional – Responsabilidad del Estado"**; individualizados con la **IUE N° 2-6294/2006**; en once piezas, con un acordonado IUE N° 45-56/1990 rotulado. "M,S c/ V, J y otros – Nulidad de legitimación adoptiva"; venidos a conocimiento de la Sala en mérito al recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 3000/3007, contra la sentencia definitiva n° 73/2011, dictada a fs. 2983/2998 por la anterior titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 2º Turno, Dra. Loreley Pera.

RESULTANDO:

I

Por el referido pronunciamiento de primer grado se desestimó la demanda de autos; sin especial condena procesal.

II

Contra el mismo se alzó en tiempo y forma la parte actora, se agravió en síntesis por entender que se exoneró erróneamente de responsabilidad al Estado por cuanto colaboró en la desaparición forzada del menor hijo de la pretensora, cuando ésta fue detenida e incumplió el deber de investigar, generando la indemnización y condena a hacer que reclama. Solicitó en definitiva revocatoria y amparo de la demanda.

III

Al evacuar el traslado de rigor a fs. 3011/3015, el demandado abogó por la confirmatoria, por compartir los fundamentos de la impugnada y considerar que carece de legitimación causal pasiva al haberse interrumpido el nexo causal en virtud de la actuación de autoridades argentinas. También entendió que cumplió con su obligación de medios de investigar.

IV

Franqueada la alzada con efecto suspensivo y recibidos los autos en el Tribunal el 11/10/2011, pasaron a estudio sucesivo, luego del cual se convocó a la audiencia de precepto en alzada y se dispuso el diligenciamiento de prueba. La audiencia se llevó a cabo en dos sesiones separadas por lapso de suspensión del proceso a fin de analizar posibilidades conciliatorias que finalmente no prosperaron; se dio por concluida la causa en el grado y se acordó el dictado de sentencia el 1º/8/2012; resultan de autos los períodos de desintegración de la Sala.

CONSIDERANDO:

I

A juicio del Tribunal, los agravios de la accionante resultan de parcial recibo, de manera que se revocará la sentencia apelada para condenar al Estado a pagar a la demandante la indemnización que se indicará; en virtud de las razones que se expondrán seguidamente.

II

Cabe en primer término destacar que en este proceso la actora únicamente pretendió responsabilizar al Estado por separarla de su hijo a

pocos días de nacido, por contribuir luego con su silencio a que no pudiese ubicar al niño sino muchos años después y por no investigar las circunstancias de la desaparición.

En segundo término, corresponde tener presente que tanto al contestar la demanda como la apelación, el Estado admitió expresamente los hechos vinculados con la actuación de personal militar y policial uruguayo y argentino, en el marco del conocido “Plan Cóndor” que se tradujo en la ilegítima detención de la actora en la finca de Buenos Aires donde se encontraba con su hijo de días y con la Sra. A M, separación de madre-hijo, secuestro de la primera en “Automotora Orletti” y posterior vuelo a Uruguay para su reclusión en distintos centros.

Por lo demás, los hechos relativos a la privación de libertad de la actora, separación del menor, traslado de aquélla al Uruguay, su vida en cautiverio y libertad desde entonces, final ubicación del hijo y contacto con él, resultan ampliamente de la prueba testimonial recogida, sin contradicciones de relevancia entre las distintas declaraciones recabadas, que se complementan. También la declaración de la parte actora, en ambas instancias, aportó ilustración sobre los hechos de la causa.

A criterio del Tribunal, la calificación jurídica de esa plataforma fáctica esencial, diseñada por las partes, determina responsabilidad del Estado uruguayo por la separación, desaparición del niño y su ulterior entrega ilegítima a la familia de adopción encabezada por un Comisario argentino.

En efecto, por más que los funcionarios uruguayos actuantes hayan tratado de minimizar su participación, que los hechos hayan ocurrido en la

Argentina y que el procedimiento fuere conducido por el personal argentino (como era natural, dada la localización) no puede soslayarse que como consecuencia directa e inmediata de una ilegítima detención y privación de libertad de la actora, quienes actuaron por el Estado uruguayo se desentendieron completamente del bebé de días que estaba junto a ella y otra adulta que también fue detenida.

Parece obvio que si el procedimiento hubiere transcurrido por vías legítimas, el lactante habría sido conducido con su madre o se habría consultado a ésta sobre su eventual permanencia al cuidado de persona de su familia o confianza o se habría dado intervención a autoridades encargadas de la atención de menores, sin perder rastro del destino del niño.

Nada de ello ocurrió según la prueba de autos. Aunque existen algunas discrepancias menores acerca de la exacta secuela de lo sucedido con el bebé, aparentemente fue llevado a una clínica y/o comisaría a mitad de camino entre el lugar de detención y su destino final claramente ubicado en el hogar del Comisario P ese mismo día, con ocultación por muchos años de su verdadera identidad y origen.

El personal uruguayo actuó ilegítimamente con la madre y de esa conducta derivaron consecuencias para el menor y para la separación de madre e hijo, que también fueron ilegítimas, y que cabe imputar a los funcionarios actuantes, a título de comisión por acción y por omisión, pues civilmente puede ubicarse nexo directo de causalidad entre la privación de libertad y la separación.

No se discute que participó el personal argentino y que éste dispuso del menor, pero no puede obviarse que todo el procedimiento fue realizado en interés de las autoridades de facto del Uruguay, supuestamente para la ubicación de la bandera de los Treinta y Tres Orientales, y que el Estado uruguayo, a través del personal presente en el lugar, ni siquiera intentó ocuparse de la situación del menor o lograr que la conducta con respecto al mismo fuera legítima, ante el hecho de la detención de la madre, quien permaneció en poder de los agentes uruguayos.

En tales circunstancias, resulta viable responsabilizar al Estado uruguayo, por la conducta activa de separar y abandonar al niño y también por el comportamiento omisivo de sus agentes, al despreocuparse de su destino.

El Derecho puede reprochar la inactividad cuando ella implica desatender mandatos jurídicos de tutela de los derechos de los individuos y no impedir un resultado antijurídico, como lo es la desaparición de un bebé de pocos días y su ilegítima entrega a una persona vinculada al aparato represivo de la dictadura que entonces imperaba en ambos países.

Se vulneró el deber de (intentar) impedir el advenimiento de un resultado calificable incluso como penalmente relevante, precisamente por funcionarios militares y policiales, legalmente encargados de prevenir y evitar ilícitos, no de cometerlos ni de favorecerlos.

En situaciones como la relatada, se produce una equiparación entre la causación y la no evitación de un resultado prohibido.

Y no cabe dudar que tanto en el orden jurídico nacional uruguayo y argentino, como en el internacional, la desaparición de un menor y la ilegítima

separación de su madre, la sustracción del ámbito de disponibilidad de ésta (al menos inmaterial) constituye un resultado no avalado por el Derecho (v.g.: artículos. 7, 24, 25, 40, 41, 42 inciso 2º, 72 y 332 de la Constitución; 1319 del Código Civil) derivado de un hecho ilícito que por ello puede generar responsabilidad civil, independientemente de la penal.

Con razonamiento corroborante, cabe indicar que en la esfera penal, el artículo 3 del Código Penal prevé la comisión por omisión al disponer que *“no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo”*, realizando una equivalencia valorativa entre lo ontológico y lo normativo. A su vez, el artículo 10 numeral 4º *eiusdem* establece la extraterritorialidad de la ley penal por delitos cometidos por *“funcionarios al servicio de la República, con abuso de sus funciones o mediante violación de los deberes inherentes al cargo”*. Y los artículos 283 y 258 del mismo cuerpo legal castigan la sustracción o retención de menor y la supresión de estado civil. Se precisa que no se acude en la fundamentación a la normativa actualmente vigente sobre desaparición forzada de personas, porque no se hallaba en vigor en la época de los hechos (Leyes Nos. 18.026 y 17.510, Estatuto de Roma).

En suma, el factor de atribución de responsabilidad y el nexo causal se verifican por comisión de la separación y por omisión (no en grado de causación natural o material) relativa a la suerte del niño, por no haberla impedido en presencia del deber jurídico y de la posibilidad concreta de hacerlo.

En términos jurídico-valorativos, resultan equivalentes la causación material de la desaparición y su no evitación, pues el estatuto de los agentes

actuantes por el Estado les imponía el deber de no causar ni tolerar ilícitos, de intentar prevenirlos, evitarlos y reprimirlos.

Pese a ello, fueron los mismos agentes quienes separaron al bebé de su madre, le impidieron toda disposición sobre él y en definitiva, lo dejaron abandonado al proceder a la detención de la progenitora y de la otra persona adulta que se hallaba en el lugar, se despreocuparon desde ese momento de la suerte del niño, prestaron tácito consentimiento a que los efectivos argentinos le dieran cualquier trato o destino, agregando a la privación de libertad de una madre reciente el castigo de sustraerle el hijo.

El comportamiento ilícito de los funcionarios uruguayos no solamente no evitó un resultado antijurídico sino que creó la fuente de peligro psico-físico y de desaparición y ocultamiento en que el menor quedó inmerso.

Con su conducta activa y omisiva, los funcionarios uruguayos comprometieron la posición de garante del Estado uruguayo, al violar el deber que le imponía la protección de los bienes jurídicos involucrados, causaron de esa manera el resultado dañoso.

La privación de libertad de la madre por orden y acción del propio Estado, con la consecuente separación del niño y conducta de dejarlo librado a cualquier destino, carente de protección legítima, provoca, según la concepción doctrinaria penal, la colocación del agente, como garante contra determinados peligros, en una condición negativa tendiente a impedir el resultado lesivo, y también en una condición positiva para el resultado dañoso de desamparo del menor sin adoptarse medidas de prevención y cuidado para que otras personas no lo tomaren ilegítimamente a su cargo. Se configura omisión impropia, o sea,

comisión por omisión (Cf. **Hans Welzel** en: *Derecho Penal*, 8ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1956, págs. 281-282 y **Enrique Bacigalupo** en: *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1984, págs. 231-232). Al respecto, es pacífica en doctrina la recepción del principio de injerencia, según el cual [...] *quien, con un hecho propio, ha creado una situación de riesgo para determinado bien jurídico, está en la obligación de impedir que se produzca el resultado implicado en ese riesgo* (Cf. **J F C** en: *Derecho Penal Fundamental*, reimpresión de la segunda edición, Temis, Bogotá, 1989, Vol. I, págs. 347-348).

III

El Estado uruguayo no puede eludir la configuración de hecho ilícito y nexo de causalidad a su respecto, a través de la eximente del hecho de tercero (autoridades argentinas) porque el procedimiento del cual derivó la separación y desaparición del menor fue coordinado por nacionales de ambos Estados y llevado a cabo en forma conjunta, principalmente en interés del gobierno de facto uruguayo.

No resulta seriamente postulable sostener que los agentes uruguayos nada podían hacer para impedir lo que ocurrió con el menor o que su conducta, por acción y omisión, no contribuyó causalmente a ese resultado.

En el marco de la operación represiva ilícita desarrollada, resultan imputables a todos los agentes todos los sucesos ilícitos sobrevenidos, así como sus directas consecuencias en la vida del niño y de su madre, tanto

porque la participación directa en grupo no permite descartar la actuación intencional, como también porque- al menos por negligencia y desatención de deberes jurídicos, con culpa y violación normativa - se produjo un resultado lesivo, previsible y evitable aunque no hubiere sido inicialmente concertado.

También puede conceptualizarse el comportamiento a título de dolo eventual, aún en la omisión, por el obrar de partícipes concertados para cometer delitos que previeron un resultado y en forma “egoísta lo asintieron” (teoría del asentimiento) vulnerando la integridad del vínculo materno-filial que debían haber preservado.

En cualquiera de las modalidades, los artículos 3, 4 y 63 del Código Penal; 1319, 1322 in fine, 1323, 1331, 1346 y concordantes del Código Civil brindan fundamento a la tipificación de ilicitud relevante en el plano civil, ya como delito, ya como culpa, así como a la atribución del resultado lesivo a su comportamiento, en relación causa-efecto.

Se comprueba entonces nexo directo de causalidad adecuada entre la conducta de los funcionarios uruguayos y la situación de abandono y posterior desaparición del bebé, pues ese era precisamente el resultado de previsible producción según el curso natural de las cosas, que fue decisivamente provocado por el comportamiento del personal policial y militar uruguayo interviniente en la operación, que en modo alguno puede ser considerado ajeno al mismo, ya que con acciones y omisiones contribuyó al desenlace, que no solamente pudo prever sino que debía evitar y sin embargo no impidió, violando los deberes esenciales de todo agente policial o militar.

IV

Al comportamiento ilícito ya reseñado, iniciado el 13 de julio de 1976, agregó el Estado, a través de diversos agentes, otras conductas que en el curso de los años siguientes contribuyeron a que el menor continuara desaparecido, privando a su madre de todo vínculo con él, pues, por ejemplo, las autoridades requeridas no brindaron información, la aportaron falsa o no desarrollaron investigación exhaustiva de los hechos (véanse por ejemplo testimonios de fs. 2891, 2897, 2924). Ninguna investigación cabal se practicó tampoco al reinstalarse la democracia en el país, pese a alguna indagatoria que pudieren haber realizado algunos Comandantes en Jefe, ya que ni aun la vigencia de la llamada ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Ley Nº 15.848) impedía la investigación, al contrario, su artículo 4 la preveía.

Incumbía al Estado el deber de investigar los hechos y en su caso, ubicar al hijo de la actora e intentar recuperarlo, y por mucho tiempo nada hizo al respecto.

Ahora bien, con respecto al incumplimiento de los deberes de investigar y sus consecuencias, coincide el Tribunal con dos aspectos comentados en el fallo apelado, y disiente en parte con la postura mantenida por la actora.

Desde el punto de vista temporal, el primer aspecto aludido refiere al hecho de que, aun sin culpa o ilicitud, la conducta de la actora de considerar que otro joven era su hijo, con el consecuente proceso judicial que llevó a cabo y en el cual finalmente fracasó, según se desprende del acordonado, contribuyó de algún modo a desatender otras posibles líneas de investigación,

fueren o no desarrolladas por las autoridades responsables. Esa conducta puede también ser considerada causa, no imputable al Estado, concurrente para que durante gran parte del lapso inmediatamente anterior a la promoción del proceso en sede de Familia y hasta su finalización, el paradero real del verdadero hijo de la actora permaneciera desconocido para ella. Obviamente, no se trató de la causa de mayor incidencia en el daño ni tuvo relevancia durante la totalidad del período lesivo, pero ello no significa que resulte incorrecto tenerla en cuenta, como se imputa al fallo apelado. Y ese hecho de la víctima contribuyó también, durante parte del lapso de daño, a la permanencia de éste.

El segundo aspecto relevante en el cual se comparten los desarrollos de la decisión apelada, radica en la evaluación de la labor de la Comisión para la Paz instalada en el año 2000 en el seno del Estado uruguayo considerado como persona pública mayor (Poder Ejecutivo, Presidencia de la República).

A juicio del Tribunal, diferente al sostenido por la actora, la tarea de esa Comisión implicó el desarrollo de una investigación oficial, en el plano administrativo, de la desaparición del menor, y por tanto, asunción por el Estado de su deber de investigar.

Que se tratara de una Comisión especial, designada ad hoc, con particulares potestades, cometidos y objetivos, no quita que implicó poner medios estatales al servicio de la investigación, que inicialmente permitió confirmar la desaparición aunque no la ubicación del menor, pero que siguió en el país y en la Argentina trazos que recogidos luego por labor periodística y de un Senador en forma no oficial, fructificaron en definitiva en la aparición del

verdadero S R, por confesión de su padre de adopción, lo cual llevó al final reencuentro entre madre e hijo en el año 2002.

Si a la tarea de esa Comisión se agrega la gestión exitosa que la Presidencia de la República había realizado para que el otro joven que la actora creía que era su hijo se sometiera al examen genético que confirmó la cosa juzgada negativa del vínculo filial que la demandante le atribuía, puede concluirse que años después del ilícito, el Estado uruguayo, a través de sus agentes y autoridades democráticas, efectivamente asumió su deber de investigar los hechos e intentar ubicar al hijo desaparecido.

No ha de confundirse deber de investigar con obtención de resultados concretos, ni de soslayarse que dada la índole de los hechos investigados, casi era previsible una mejor suerte de las tareas no oficiales, factibles de generar quizá un mayor grado de colaboración de personas involucradas en los sucesos o con conocimiento de los mismos.

No debe catalogarse la obligación como de resultado, sino de medios, y estima la Sala que dadas las circunstancias históricas, políticas y sociales de Argentina y Uruguay, el mecanismo finalmente adoptado para la investigación y comunicación de sus resultados puede calificarse de razonablemente adecuado para el cumplimiento del deber en juego, cesando con su implantación e informe final el quehacer ilícito susceptible de generar reparación.

Asimismo, resulta de la prueba diligenciada por el Tribunal que la actora finalmente conoció lo esencial acerca de lo que había ocurrido con su hijo,

pudo restablecer el vínculo con él, supo qué personas participaron de los hechos ilícitos y el contenido principal de éstos.

Por consiguiente, las conclusiones a las cuales se arribó sobre el deber de investigar, y el estado actual de ubicación del joven y conocimiento suficiente de lo ocurrido, privan de objeto a la condena a hacer peticionada por la pretensora, pues no parece viable a esta altura de los hechos arribar a conclusiones diferentes a las ya conocidas por la damnificada.

En este sentido, resultan compartibles los desarrollos de la sentencia atacada para desestimar ese sector de la demanda, a los cuales cabe remitirse, en aras de la brevedad.

La insistencia de la actora no parece perseguir el móvil reparatorio propio de un proceso de responsabilidad civil y más allá de la discutible posibilidad de la imposición por sentencia de un hacer infungible o de una ejecución in natura, estima la Sala que tal sector de la demanda reparatoria carece actualmente de objeto que pueda sustentar la condena peticionada sobre el tema.

Resta finalmente analizar el elemento daño con relación a la pretensión reparatoria por equivalente, tarea que se emprenderá en el apartado siguiente.

V

No requiere de mayores desarrollos el examen del daño extrapatrimonial que padeció desde 1976 una madre al ser separada de su bebé de pocos y días y desconocer desde ese momento el destino del hijo, hasta que ya adulto,

en el año 2002, fue ubicado merced a la investigación y gestiones de un periodista y de un Senador de la República.

Se trata de un perjuicio factible de prueba *in re ipsa*, evidenciado además por la multiplicidad de gestiones que tanto en cautiverio como luego en libertad llevaron a cabo la actora y personas o entidades vinculadas a ella, con el objetivo de conocer qué había sucedido con el menor y en su caso ubicarlo.

En la conceptualización del perjuicio, ha de considerarse especialmente la prolongada extensión del período lesivo, la magnitud de la afectación de la vida de una madre que permaneció durante largo tiempo en la ignorancia, que perdió años de vínculo con su hijo aunque finalmente haya logrado volver a establecerlo; y la aflicción y penosa incertidumbre que la inacción oficial investigativa le provocó también durante años, causante de que ignorase incluso si el niño vivía o no.

Naturalmente, la final asunción del deber de investigar en que se concluye en esta sentencia, y la circunstancia de que actualmente las consecuencias dañosas de la separación y no investigación hayan cesado, constituyen elementos de reparación *in natura* de parte del perjuicio, pero no excluyen todo el período anterior de padecimiento, ni pueden modificar el muy doloroso pasado.

En función de la probanza diligenciada en segunda instancia, cabe destacar que no corresponde considerar, en la estimación del daño por la separación de la actora de su hijo, la desaparición por años del mismo y la no investigación, la compensación que por otro concepto de daño extrapatrimonial (privación de libertad) la actora percibió del Estado argentino ni la pensión

recibida del Estado uruguayo también por concepto distinto al reclamado en este juicio.

En la siempre opinable e imperfecta tarea de evaluar la indemnización de perjuicio extrapatrimonial, teniendo en cuenta parámetros jurisprudenciales propios y de otros Tribunales, la Sala considerará que el muy grave daño padecido por la actora se acerca al de pérdida definitiva de un hijo que sobreviene por ejemplo con la muerte, aunque se trató de una pérdida temporal que no puede equivaler exactamente a aquélla.

Sobre las bases y factores expuestos, se cuantificará la condena en la suma de U\$\$ 28.000, aceptándose desde ya su carácter de mero paliativo de un perjuicio cuyas consecuencias se intenta evitar a través de la asignación de elementos que permitan brindar a la víctima elementos concurrentes para afrontar el infortunio.

El capital de condena se incrementará con intereses legales, a la tasa del 6% anual, desde la presentación de la demanda, siguiéndose por la Sala la conocida directiva doctrinaria y jurisprudencial de actualidad en la individualización de la cuantía indemnizatoria de esta clase de daño.

No se aplicará reajuste del Decreto-Ley N° 14.500 en virtud de realizarse la condena en expresión monetaria extranjera, dotada de su propio sistema de actualización.

VI

Se distribuirán costas y costos por su orden entre los litigantes (artículos 56 del Código General del Proceso y 688 inciso 2º del Código Civil).

Por los fundamentos y textos normativos precedentemente expuestos; de conformidad con lo establecido por los arts. 24 de la Constitución de la República; 1319 y ss. del Código Civil; 137 y ss., 195 y ss., 248 y ss. del Código General del Proceso; y demás disposiciones complementarias, el Tribunal

FALLA:

I) Revócase la sentencia apelada, ampárase parcialmente la demanda y condénase al Estado a pagar a la actora la suma de U\$S 28.000 (veintiocho mil dólares estadounidenses) más intereses a la tasa del 6 (seis) por ciento anual desde la presentación de la demanda de autos; como indemnización de daño extrapatrimonial derivado de los hechos objeto del presente proceso; sin especial condena en costas ni costos.

II) Establécese en la suma de \$ 20.000 los honorarios por el patrocinio letrado de la parte actora en el segundo grado, a los solos efectos fiscales.

**III) Devuélvase oportunamente estos obrados a la Sede de origen,
con copia para la Sra. Jueza actuante.**

Dra. Beatriz Fiorentino	Dr. Luis María Simón	Dra. María Esther Gradín
Ministra	Ministro	Ministra

LECTURA DE SENTENCIA – En Montevideo, a los 29 días del mes de agosto del año 2012 siendo la hora 16, en autos caratulados: "**M., S. c/ Estado- Poder Ejecutivo - Ministerio de Defensa Nacional – Responsabilidad del Estado**" individualizados con la **IUE N° 2-6294/2006**, ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno integrado por las Dras. María Esther Gradín, Beatriz Fiorentino y el Dr. Luis María Simón. Abierto el acto se procede a celebrar audiencia de lectura de sentencia, no habiendo comparecido las partes se dicta la sentencia definitiva de segunda instancia que se incorpora a la presente acta y forma parte de la misma.

Para constancia de lo actuado se labra la presente que firman los Señores Ministros.

<i>Dra. Beatriz Fiorentino</i>	<i>Dr. Luis María Simón</i>	<i>Dra. María Esther Gradín</i>
<i>Ministra</i>	<i>Ministro</i>	<i>Ministra</i>