

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA y otros c/ MINISTERIO DEL INTERIOR y otro. Daños y perjuicios. Casación"**, IUE 2-36855/2013, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio del Interior contra la sentencia identificada como SEF 0006-000074/2016, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6o. Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia, identificada como SEF 0109-000036/2015, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1^{er} Turno, Dra. María Isabel Vaccaro, acogió parcialmente la demanda y condenó al demandado a pagar a FF y a EE la suma de \$300.000 para cada una por concepto de daño moral "iure proprio", así como a pagar la suma de \$100.000 para cada uno de los herederos por concepto de daño moral "iure hereditatis", más los reajustes desde la fecha del evento dañoso y los intereses desde la demanda, sin especial condenación procesal (fs. 251-268).

II) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6o. Turno, integrado por las Sras. Ministras, Dras. Selva Klett, Martha Alves de Simas y Marta Gómez Haedo, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0006-000074/2016, dictada el 20 de abril de 2016, falló: *Confírmase la sentencia de primera instancia, salvo: 1o.) en tanto amparó la falta de representación de DD y la falta de legitimación de AA, en lo que se revoca; 2o.) en tanto excluyó de la indemnización por daño moral iure hereditatis a los mencionados, condenándose en este grado a abonar por tal concepto, la suma de \$ 100.000 para cada uno; 3o.) en tanto desestimó la indemnización por daño moral propio de los Sres. AA, BB, CC, DD y los hermanos de las víctimas, condenándose en este grado a abonar por este concepto a los padres de las víctimas, Sres. AA, EE, BB e CC, así como [al] hijo, DD, la suma de U\$S40.000 para cada uno; en el caso de la esposa, Sra. FF, la suma de U\$S30.000, y para los hermanos de*

las víctimas, la suma de U\$S8.000 para cada uno, sumas a las que se deberán adicionar los intereses legales.

Los montos precedentes deberán ser reducidos en un 50%, en virtud de la incidencia causal por el hecho de las víctimas.

Costas y costos en el orden causado (...), (fs. 320-334).

III) El representante del Ministerio del Interior interpuso recurso de casación (fs. 337-345).

Sostuvo, en lo medular, que:

1) El Tribunal aplicó erróneamente el art. 24 de la Constitución; los arts. 4, 140, 141, 198, 215, 216 y 222 del C.G.P.; y los arts. 1235 y 1324 del C. Civil.

2) La Sala valoró erróneamente la prueba producida en autos, puesto que se probó que fueron los propios reclusos quienes provocaron, intencionalmente, el incendio, por lo que fueron ellos los únicos responsables del siniestro. No puede atribuírsele responsabilidad a su representado por el hecho de no haber realizado requisas de encendedores. Las víctimas asumieron su propio riesgo al haber desplegado una conducta tan temeraria como riesgosa. No existió falta de servicio, ya que la Policía cumplió con su deber y actuó con la prudencia que los hechos requerían.

3) La sentencia interlocutoria por la cual la jueza "a quo" no les reconoció legitimación activa a AA y a DD de los Santos no fue recurrida por la parte actora, razón por la cual el tribunal "ad quem" no estaba habilitado para modificar esa resolución. De esta manera, la Sala ignoró la existencia de la cosa juzgada en ese punto y violó el principio de congruencia.

4) Ambos tribunales de mérito fallaron más allá de lo pedido al condenar a indemnizar el daño moral "iure hereditatis", ya que dicho punto no integró el objeto de la litis.

5) Los actores no acreditaron que sus vínculos con los occisos se hubiesen mantenido en el tiempo, por lo que la condena impuesta en segunda instancia por concepto de daño moral "iure proprio" resulta absurda y arbitraria.

6) En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se desestimara la demanda.

IV) La representante de la parte actora evacuó el traslado del recurso de casación abogando por su rechazo (fs. 349-355vto.).

V) Por providencia del 27 de junio de 2016, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6o. Turno resolvió conceder el recurso para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 362).

VI) El expediente se recibió en la Corte el 19 de julio de 2016 (fs. 364).

VII) Por providencia No. 1110/2016 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 365vto.).

VIII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y, en su mérito, casará la sentencia recurrida en los siguientes puntos: 1) en cuanto admitió la legitimación activa de AA y la representación de DD de los Santos, en lo que se revocará; 2) en cuanto al porcentaje de incidencia causal que le atribuyó a la participación de las víctimas y a la del Ministerio del Interior, que se fijará en un 80% para las primeras y en un 20% para el segundo, con la natural adecuación a estos porcentajes de los montos objeto de la condena; 3) en cuanto al daño moral de los hermanos de las víctimas, que se desestimaré.

II) El caso de autos.

En el caso, resultaron hechos no controvertidos y, además, probados que, aproximadamente a las 21:30 horas del 24 de agosto de 2009, mientras se encontraban recluidos en uno de los boxes del módulo 6 del Complejo Carcelario Santiago Vázquez a la espera de ser trasladados al Penal de Libertad, los prisioneros GG, HH, DD, II y JJ, en señal de protesta, prendieron fuego uno de los colchones que estaban dentro de su celda. Su intención fue arrojarlo hacia afuera, pero no pudieron, por lo que, inmediatamente, se incendió todo el material que estaba dentro de la celda (prendas de vestir, colchones y frazadas).

A raíz de este suceso, los cinco reclusos fallecieron en el lugar por calcinación e intoxicación por inhalación de humo y de gases tóxicos.

En función de esta plataforma fáctica descripta sucintamente, la madre, el hermano y la esposa de GG; los padres y los hermanos de HH; y el padre, los hermanos y el hijo de DD demandaron al Ministerio del Interior con el fin de que les indemnizara el daño moral y el lucro cesante que sufrieron en virtud del fallecimiento de sus familiares.

III) En cuanto a la legitimación activa de AA y a la representación de DD.

La mayoría de la Corte, conformada por los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Jorge Chediak, así como también por el redactor, estima que el agravio es de recibo.

El recurrente se agravio porque, como la decisión que rechazó la legitimación activa de AA y la representación de DD de los Santos no fue recurrida por los afectados, el tribunal "ad quem" no estaba habilitado para modificar esa resolución.

Le asiste razón al recurrente.

Efectivamente, la Sede "a quo", por sentencia interlocutoria No. 37 del 30 de junio de 2014, acogió la excepción de falta de legitimación activa de AA y la de falta de representación del adolescente DD de los Santos (en especial, a fs. 142-144). Y, como correctamente puso de relieve el Ministerio del Interior, esta resolución no fue recurrida por los interesados.

La mayoría de la Corte que conforma este fallo no comparte los argumentos que utilizó el tribunal "ad quem" para volver a analizar la excepción de falta de legitimación activa de AA y la de falta de representación del adolescente DD.

La Sala indicó que podía examinar nuevamente esas cuestiones por dos órdenes de razones: en primer lugar, porque la decisora de primera instancia, al dictar la sentencia definitiva, volvió a pronunciarse sobre tales aspectos, manteniendo lo resuelto en la audiencia preliminar; y, en segundo término, porque la representación y la legitimación son relevantes de oficio, aun sin expresa invocación de las partes (fs. 325).

El primer argumento esgrimido por el tribunal "ad quem" no basta para autorizar al órgano de segundo grado a reeditar una cuestión que ya había sido resuelta sin que mediara impugnación de la parte interesada. Justamente, la lacónica frase de la jueza "a quo" de que (...) *se comparten los fundamentos y la resolución de la sentencia interlocutoria dictada en la audiencia preliminar por el anterior titular de la Sede (fs. 135 y ss., SEI 109-37/2014)*, (fs. 258 *in fine*-259) no es idónea para hacer revivir una facultad ya fenecida por la preclusión. En otros términos, esa referencia realizada por la proveyente de primera instancia (que, dicho sea de paso, no aporta nada) no puede servir para mejorar la situación de los actores en cuestión, situación que ellos mismos perjudicaron al no haber im-

pugnado la sentencia interlocutoria que les resultó desfavorable.

En este marco, debido a que no aprovecharon la oportunidad procesal que tuvieron para impugnar la sentencia interlocutoria que les fue adversa (interposición de los recursos de reposición y de apelación en la audiencia preliminar), no puede avallarse el tardío intento de recurrir esa decisión por la vía oblicua de expresar un agravio al adherir a la apelación principal interpuesta por su contraparte (fs. 286-287).

El segundo argumento empleado por la Sala tampoco es de recibo.

Precisamente, el hecho de que la representación y la legitimación sean cuestiones que pueden y deben ser relevadas de oficio no significa que el juez pueda subsanar los errores o las estrategias técnicas equivocadas de las partes o de sus abogados, ni supone que pueda retrotraerse el procedimiento pasando por alto lo decidido mediante resoluciones firmes.

Aunque no lo manifestó expresamente, parecería que la Sala modificó lo resuelto por la sentencia interlocutoria No. 37/2014 de la Sede "a quo", al amparo de lo previsto en el art. 216 del C.-G.P.

Según esta norma, lo resuelto por sentencias interlocutorias firmes que no pongan fin al proceso puede ser modificado al dictarse la sentencia definitiva, siempre que ello no importe retrotraer el procedimiento.

En el caso en examen, la decisión de la Sala supuso, precisamente, retrotraer el procedimiento, en el bien entendido de que el reconocimiento de la representación y de la legitimación de los actores en cuestión implicó, en puridad, una ampliación del objeto del proceso y del objeto de la prueba. La ampliación del objeto de la prueba para ponderar si resultó acreditada o no la existencia de los rubros reclamados por parte de estos accionantes no está habilitada por el art. 216 del C.G.P., que claramente preceptúa que la modificación, en la sentencia definitiva, de lo resuelto mediante sentencia interlocutoria firme no puede suponer que se retrotraiga el procedimiento.

En síntesis, aunque se trate de presupuestos procesales, no podemos soslayar que estamos ante un proceso dispositivo, por lo que el órgano jurisdiccional no puede subsanar el error de la parte que no recurrió en tiempo y forma una resolución que le resultó adversa.

IV) En cuanto a la atribución de responsabilidad en los hechos de autos.

1) El error en la valoración probatoria como causal de casación.

El recurrente sostuvo que la Sala aplicó erróneamente los arts. 140 y 141 del C.-G.P. ya que, a su juicio, "no se dieron los hechos ilícitos y culposos" (fs. 340vto.) y se probó que "(...) el servicio funcionó adecuadamente. O, lo que es lo mismo, [que] no funcionó irregularmente como para generar responsabilidad del Ente. La policía actuó acorde con las circunstancias en el cumplimiento de su deber y con la prudencia que los hechos imponía (...)", (fs. 341).

El agravio no es de recibo.

En este punto, la Corte, en mayoría, ha sostenido, con base en el artículo 270 del C.G.P.:

A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, al ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado.

Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador (...).

A mayor abundamiento: El ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible (...), (cf. sentencias N^{os} 829/2012, 508/2013, 484/2014, entre otras).

A su vez, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, si bien comparte tales consideraciones, destaca que no solo se requiere la existencia de una contradicción grosera de las reglas legales de valoración de la prueba, sino que, además, ello debe surgir de la forma en que se estructuraron los agravios,

aun cuando el impugnante no hubiese utilizado, concretamente, las expresiones de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta. Es necesario que del contenido de sus agravios surja, cualesquiera sean los términos que utilice, que lo que se denuncia es la existencia de una valoración absurda o arbitraria.

Por tratarse, entonces, de un extremo que no surge de la expresión de agravios, la Corporación no puede ingresar a su análisis, a riesgo de incurrir en un vicio de incongruencia. Y en apoyo de su posición, estima del caso citar la sentencia No. 522/2014 de esta Corte, en la que se expresó: *La trascendencia de la demanda de casación es inusitada, pues la Corte está limitada por ella, o sea que, siguiendo el principio dispositivo, sólo está en capacidad de examinar las causales presentadas por el recurrente dentro de los aspectos planteados por el mismo. Si existe una causal viable, pero que el recurrente no aduce, la Corte no puede actuar de oficio aun cuando observe objetivamente su conducencia. La Corte no puede inmiscuirse en la parte no tachada de la sentencia, ni en motivos no invocados expresamente, aunque fueran pertinentes...* (cf. *Hernando Morales Molina: "Técnica de Casación Civil", pág. 98*), (Sentencias Nos 648/2006, 770/2008, 135/2009, 357/2009, 414/2009, 110/2010 y 520/2013, entre otras).

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrieux, en una línea similar a la sustentada por la Dra. Elena Martínez, entiende que si bien no es preciso utilizar los términos de "absurdo", "irracionalidad" o "arbitrariedad" -que, sin duda, señalan el apartamiento de la discrecionalidad ínsita en la sana crítica-, sí lo es que el recurrente lo explique o fundamente, por cuanto no puede limitarse a señalarlo, sino que, además, debe demostrar la incidencia del vicio denunciado sobre el dispositivo (cf. *Fernando de la Rúa, "El recurso de casación en el derecho positivo argentino", edición Zavallía, 1968, pág. 469*).

Sobre esa base, el Dr. Larrieux, señala: "No procede en el ámbito casatorio la revisión de los criterios de valoración del órgano de mérito, cuando se trate de pruebas libradas a los poderes discrecionales, bajo reglas de sana crítica.

Ello, por cuanto, implicaría una eventual alteración del material de hecho del fallo que es inmodificable y, sobre el cual debe, eventualmente, dictarse sentencia anulatoria, reemplazando los fundamentos jurídicamente erróneos".

A su vez, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, considera que, tal como ha reiteradamente sostenido, la valoración probatoria realizada por el tribunal "ad quem" no resulta excluida de

control en casación, en la medida en que, toda vez que se invoca como causal la infracción o la errónea aplicación del artículo 140 del C.G.P., es posible ingresar al análisis de la eventual vulneración de las reglas de la sana crítica, sin que sea necesario, para que proceda la referida causal, acreditar la existencia de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta, habida cuenta de que la Corte se encuentra habilitada para analizar la adecuación lógica de la decisión adoptada.

Ahora bien, sin perjuicio de los diferentes matices que en torno a este tema sustentan los integrantes de la Corporación, todos coinciden en que el razonamiento probatorio de la Sala no supuso apartamiento alguno de las reglas legales de valoración de la prueba en cuanto a la concurrencia causal de la conducta de las víctimas y del Ministerio del Interior.

Por el contrario, en cuanto a ese punto, se advierte que la valoración probatoria se ajusta estrictamente al sistema legal consagrado en el artículo 140 del C.G.P. Ello, sin perjuicio de que la mayoría de la Corte, conformada por los Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y el redactor, considera que el porcentaje de incidencia causal no fue correctamente distribuido en las respectivas instancias de mérito.

2) En cuanto al nexo causal como "quaestio iuris".

En este tema, la Corte tiene jurisprudencia firme en el sentido de que tanto el nexo causal como el grado de participación de los protagonistas en el evento dañoso constituyen "quaestio iuris", lo que determina que sean pasibles de ser examinados en casación.

En reciente sentencia, No. 518/2016, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que:

1) *Para la mayoría conformada por los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y Elena Martínez, así como también por el redactor, si bien la tarea de determinar la existencia del nexo causal es "quaestio iuris" en cuanto construcción jurídica que enlaza o vincula acontecimientos, lo cual habilita a que la Corte en casación pueda revisar la calificación realizada en segunda instancia, ello siempre procederá con base en los hechos tenidos por probados por la Sala.*

En este caso, al haberse descartado que la valoración de la prueba realizada por el tribunal "ad quem" fuera absurda o arbitraria, punto que fue objeto de agravio en esta etapa, la plataforma fáctica deviene inmutable.

Tal concepto es expresado con claridad meridiana en la sentencia No. 137/1997 de la Corte, oportunidad en la que, analizando un caso laboral, pero perfectamente trasladable a esta causa, afirmó: (...) calificar a una determinada vinculación como de naturaleza laboral o, por el contrario, como de naturaleza diversa a ese carácter, no es una "quaestio facti" sino una "quaestio iuris". Esto es, en litigios como el de obrados, el juzgador de mérito examina una determinada "materialidad" -características y circunstancias con que se exterioriza esa vinculación- y luego, a partir de esa base histórica o fáctica, realiza su calificación o subsunción en una cierta tipicidad normativa. Si bien lo segundo -la tipificación o subsunción- por su carácter de "quaestio iuris" es revisable en grado de casación, lo primero, es decir, el establecimiento de la plataforma fáctica o, de otro modo, los hechos y circunstancias que se tuvieron por probados en el grado de mérito y en cuya función se efectúa la tipificación o subsunción, al constituir "quaestio facti", es, en principio y salvo hipótesis de excepción, intangible en sede casatoria (Cf. sentencias N^{os} 15/81, 60/81, 83/81, 24/82, 32/87, 90/89, 40/90, etc.). No puede ser modificado y a esos hechos dados por probados, debe estarse.

Por otra parte, estos conceptos son absolutamente coherentes con la posición que la mayoría de la Corte tiene con respecto al alcance de la errónea valoración de la prueba como causal de casación.

En efecto, si por la vía de calificar cierto tópico jurídico como "quaestio iuris" la Corte prescindiera de los hechos tenidos por probados en segunda instancia o los valorara en sentido diverso, incurriría en una contradicción con la posición tantas veces sostenida, en mayoría, respecto al alcance del art. 270 del C.G.P.

En definitiva, la Corte en casación no puede, por la vía de invocar que cierto tópico es "quaestio iuris", realizar una revalorización de los hechos tenidos por probados en la sentencia recurrida ("quaestio facti"), hechos que, de regla, son inmodificables en casación.

2) Por su parte, en cuanto a la determinación del nexo causal en materia de casación, el Dr. Ricardo Pérez Manrique considera que, tratándose de "quaestio iuris", la Corte puede, en esta etapa, analizar el punto sin restricciones.

En tal sentido, cabe reiterar lo expresado por este Colegiado en la sentencia No. 867/2012, donde se señaló: (...) el juicio de responsabilidad atribuido involucra la base misma del sus-

tento jurídico, la configuración del nexo causal constituye uno de los tres elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual, tal atribución de responsabilidad es "quaestio iuris" e integra una categoría jurídica de orden normativo a la que corresponde subsumir los presupuestos fácticos allegados a la causa.

La Corte ha expresado al respecto en Sentencia No. 162/2004, que "(...) si bien el establecimiento de la situación fáctica que se aduce como causa, origen o elemento productor del daño invocado por los accionantes 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 al daño que es consecuencia directa e inmediata del hecho u omisión imputable al demandado (...)".

Ahora bien, como es sabido, el hecho de la víctima actúa como eximente de responsabilidad de la parte demandada toda vez que el perjuicio haya sido materialmente causado por la propia víctima, entre cuyo comportamiento y el daño existe una perfecta relación de causalidad que borra la relación atribuida al sujeto que se pretendía responsabilizar (cf. sentencias N^{os} 35/2008 y 394/2013 de la Corporación).

Refiriéndose a la trascendencia de esta eximente, Gamarra explica, en términos sumamente claros, que cuando el comportamiento de la víctima participa en la producción del daño, el ofensor queda exonerado totalmente de responsabilidad (si el hecho de la víctima es la única causa del daño) o parcialmente (si concurren en la producción del evento dañoso, participando por igual o en diversas proporciones tanto el hecho del ofensor como el de la víctima). La figura queda circunscripta, exclusivamente, al ámbito de la relación de causalidad, que, por sí sola, le otorga relevancia al comportamiento de la víctima y determina la exoneración completa o parcial del ofensor. En puridad, en cuanto a la parte del daño que es efecto o consecuencia del comportamiento del damnificado, no hay ni siquiera daño en sentido jurídico, porque no lo es, como escribe De Cupis, aquel que el individuo se causa a sí mismo (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, 2a. edición, F.C.U., págs. 332 a 334).

Aplicando estas nociones al caso en estudio, la Corte, por unanimidad, coincide con ambos tribunales de mérito en punto a que la conducta observada por los reclusos se enmarca en la eximente del hecho de la víctima, ostentando una relevancia que, en la especie, enerva parcialmente la participación causal del Ministerio del Interior.

Ahora bien, como se anunció, la mayoría de la Corte, conformada por los Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y el redactor, no comparte el porcentaje de incidencia causal que se distribuyó en las instancias de mérito.

En el informe elaborado por la Dirección Nacional de Policía Científica se arribó a las siguientes conclusiones:

(...) 3. *Se pudo constatar los efectos de la existencia de un foco ígneo (al momento extinguido), ocurrido y concentrado exclusivamente en el interior del box en donde se hallaban recluidas las cinco víctimas fatales, el cual tuvo una rápida propagación con gran emisión de energía calórica, agregando la producción de humo y gases que invadieron todo el módulo.*

4. *El foco ígneo habría sido iniciado por los propios reclusos, perdiendo el control del mismo. El combustible del fuego fue variado, consistente en prendas de vestir, colchones y frazadas. En ninguna de las celdas o boxes se registró la existencia de mobiliario de madera o similar.*

5. *Se pudo documentar gráficamente la existencia de cuatro extintores contra todo tipo de fuego, que fueran utilizados como primera respuesta al siniestro por parte del personal policial, para sofocar el fuego producido.*

6. *Dada la profusión de indicios y evidencias constatadas, se puede establecer que la etiología del hecho podría responder a un accidente (...), (fs. 191vto.).*

Con respecto a la falta de servicio de la entidad estatal demandada, consideramos que el mayor reproche que se le puede formular radica en que no contaba con un protocolo claro de actuación para enfrentar situaciones como la de autos, en que no tenía la habilitación de la Dirección Nacional de Bomberos, en que solamente había cuatro extintores en el lugar (alguno fue traído desde otro sector) y en que las celdas no disponen de baños, por lo que los internos no tenían acceso al agua corriente.

Además, como relevó la Sala a la luz de las pruebas recabadas tanto en Sede penal como en este proceso, las víctimas se encontraban

alojadas en un box situado a unos 20 o 25 metros de la Jefatura de Servicio, cuyo acceso se encontraba bloqueado por tres puertas de reja que estaban a cargo de una sola persona ("el llavero").

Se trata de un sector que se utiliza con los internos que van a ser trasladados o que fueron sancionados, por lo que era previsible que estuvieran alterados o, en palabras del tribunal "ad quem", que estuvieran con "un estado de ánimo especialmente beligerante" (fs. 329).

Es así que a las 21:00 horas, los reclusos comenzaron a gritar y arrojaron al pasillo un trozo de colchón prendido fuego, sin que ningún guardia acudiera a controlar la situación. En ese momento, eran solo dos los funcionarios que se encontraban en la Jefatura de Servicio (LL y MM), ya que el Jefe de Servicio estaba recorriendo el predio.

Recién a las 21:30 horas se hizo presente un guardia (LL) y constató la situación, que se había agravado.

Si bien tales omisiones configuran una clara falta de servicio, consideramos que fue el inusual y anormal comportamiento de las víctimas lo que mayor incidencia causal tuvo en el evento.

En tal sentido, para morigerar la participación causal que los órganos de mérito le atribuyeron al demandado, debe tenerse particularmente en cuenta la rápida propagación del fuego, debido a las reducidas dimensiones de la celda y al material combustible existente en ella, según lo que se consignó en el informe de la Dirección Nacional de Bomberos.

Ello nos lleva a concluir que no puede atribuirse el mismo porcentaje de participación causal a las víctimas y a la parte demandada, por la sencilla razón de que los reclusos, con su accionar plenamente voluntario, negligente, beligerante y temerario, fueron los que ocasionaron el incendio que, a la postre, les costó la vida.

En efecto, prender fuego un colchón en una celda de reducidas dimensiones (véanse, especialmente, las fotografías que lucen incorporadas a fs. 199vto.-200) en la que estaban recluidos cinco hombres y en la que había material fácilmente combustible (otros colchones, frazadas y prendas de vestir), contando con escasas posibilidades de refugiarse frente a la eventualidad (muy cierta) de que no lograsen tirar el colchón hacia el exterior de la celda, demostró una temeridad y un desprecio por su propia integridad física y por su propia vida realmente inusitados.

Por ello, en la convicción de que si los reclusos no hubiesen incendiado volunta-

riamente uno de los colchones de su celda el trágico desenlace no se habría producido, consideramos prudente, razonable y acorde con las particularidades del caso fijar en un 80% la incidencia causal de las víctimas y en un 20% la participación de la Administración pública demandada por la falta de servicio comprobada.

V) En cuanto al daño moral "iure hereditatis".

El agravio no es de recibo.

Es verdad que tanto la jueza "a quo" como la Sala, al condenar a pagar la indemnización correspondiente al daño moral sufrido por los reclusos antes de su muerte (transmitido "iure hereditatis"), violaron el principio de congruencia.

Ello, por cuanto, como se puede apreciar sin ninguna dificultad al leer la demanda, la parte actora no reclamó la reparación del daño moral "iure hereditatis", sino que cada uno de los accionantes reclamó el daño moral experimentado por derecho propio (en particular, fs. 93-93vto. y petitorio 3, que remite al Capítulo 16 de estimación de montos, fs. 94vto.).

Los actores reclamaron el pago de U\$S60.000 para cada padre, madre, hijo y esposa de los occisos, así como el pago de U\$S45.000 para cada uno de sus hermanos, pero no formularon reclamo alguno en carácter de daño moral premuerte.

Ahora bien, la parte demandada, al apelar la sentencia de primer grado, se agravió por considerar improcedente la condena a indemnizar el daño moral "iure hereditatis", pero no se agravió porque la juzgadora hubiese condenado a pagar un rubro no solicitado. En tal sentido, citó jurisprudencia contraria a la transmisión del daño moral premuerte y sostuvo que la condena impuesta en primer grado resultaba exagerada, mas no se agravió expresando que esa condena era incongruente (fs. 276vto.-277).

Entonces, aun cuando invocó la transgresión del principio de congruencia al recurrir en casación (en particular, a fs. 339-339vto.), la falta de expresión de un agravio sobre este punto en el recurso de apelación hizo precluir la facultad de hacer valer el error en que incurrió la jueza "a quo" y que, ante la falta de agravio específico, no advirtió ni pudo corregir el tribunal "ad quem".

En definitiva, la falta de agravio sobre esta cuestión en la apelación convalidó el vicio de incongruencia que se aprecia en la sentencia de primera instancia.

VI) En cuanto a la existencia y a los montos de la indemnización del daño moral "iure proprio".

En cuanto a los padres y a los hijos de los difuntos, la Corte, por unanimidad, coincide con la Sala en que el hecho de que parientes tan próximos no hubiesen visitado a sus familiares privados de libertad no constituye razón suficiente para descartar el natural sufrimiento que deben haber experimentado ante la trágica muerte de sus seres queridos (prueba "in re ipsa"). Para descartar la indemnización correspondiente, se hubiese requerido una prueba concluyente que corroborara la pretendida ruptura del vínculo afectivo (que invocó la demandada y que recogió la juzgadora de primer grado), prueba que no se incorporó al proceso.

Sin embargo, con relación al daño moral invocado por los hermanos de las víctimas, la mayoría de la Corte, conformada por los Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y el redactor, coincide con la decisión adoptada por la jueza "a quo", desde que, en principio, la intensidad del vínculo familiar no es la misma que la de un padre o un hijo.

En tal sentido, cabe precisar que la Corte ha sostenido que el daño moral padecido por la muerte de un hermano se prueba "in re ipsa" (sentencia No. 364/2016) y que (...) *puede sostenerse que las reglas de la experiencia (art. 141 C.G.P.) dan cuenta de la aflicción que padece toda persona por la muerte de un hermano, de modo que la afirmación de que —en estos casos— la prueba del daño moral no opera "in re ipsa" resulta "(...) reñida con lo que es por todos esperable que ocurra en estos casos: el dolor que, naturalmente, se siente por la pérdida de un hermano"* (sentencia No. 318/2015 de la Suprema Corte de Justicia).

No obstante, en ese fallo también se indicó que la circunstancia de que (...) *la muerte de un hermano no provoque dolor relevante e indemnizable en sus hermanos es un hecho infrecuente, que, por su excepcionalidad, requiere prueba que lo confirme.*

Y en el caso, entendemos que se configura la excepción a la regla. Ello porque, como bien lo relevó la jueza "a quo", el hecho de que los hermanos de las víctimas no las visitaran en el centro de reclusión resulta demostrativo de que su vínculo "se había desvanecido" (fs. 266), lo que implica que no corresponda hacer lugar a la indemnización por daño moral pretendida por ellos.

VII) El contenido de este fallo obsta a imponer en esta etapa especiales condenaciones en gastos causídicos (art. 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

Acógrese parcialmente el recurso de casación y, en su mérito, cásase la sentencia recurrida en los siguientes puntos: 1) en cuanto admitió la legitimación activa de AA y la representación de DD, en lo que se revoca; 2) en cuanto al porcentaje de incidencia causal que le atribuyó a la participación de las víctimas y a la del Ministerio del Interior, que se establece en un 80% para las primeras y en un 20% para el segundo, con la natural adecuación a estos porcentajes de los montos objeto de la condena; 3) en cuanto al daño moral de los hermanos de las víctimas, que se desestima. Sin especial condenación procesal.

Publíquese y devuélvase.

DR. RICARDO PEREZ MANRIQUE DISCORDE PARCIALMENTE: POR CUANTO ENTIENDO CORRESPONDE DESESTIMAR EL RECURSO, SIN ESPECIAL CONDENACION, POR LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS.

I) En primer lugar el recurrente alega que la Sala infringió lo dispuesto por los arts. 215 y 216 del C.G.P. al considerar que KK y el adolescente DD tienen legitimación activa.

Expresa que la Sentencia Interlocutoria No. 37/2014 que rechazó la legitimación de ambos comparecientes no fue recurrida por la parte actora, y al quedar firme dicha resolución, no puede el Tribunal modificarla, en tanto estaría infringiendo la cosa juzgada.

A mi criterio el agravio no resulta de recibo, comparto los fundamentos esgrimidos por del Tribunal, por los cuales se consideró habilitado para volver a analizar la legitimación activa de Martha Ramos y la representación de DD.

Acertadamente sostiene la Sala, que aplicando un criterio formalista, teniendo en cuenta que la parte actora no anunció oportunamente recurso alguno contra la mencionada resolución, podría sostenerse que devino firme, tal como lo sostiene el demandado.

Ahora bien. La representación y la legitimación son relevables de oficio, aún sin expresa invocación de las partes.

Sobre esta cuestión, la Corte en Sentencia No. 208/2016, citando la Sentencia No. 216/2006 de este Colegiado, expresó:

"(...) tal como lo ha sostenido en forma prácticamente invariable la Corporación, la referida ausencia de legitimación constituye un presupuesto (procesal o material según las distintas concepciones) de la sentencia de mérito que puede hacerse valer de oficio por el tribunal. Así, sostiene Gozaíni que: '... dado que la legitimación para obrar constituye una típica cuestión de derecho (tanto material como adjetivo), queda entre las potestades del juez apreciar de oficio el tema, de forma tal que aun sin que las partes lo pidan podrá declararse la inadmisión de una demanda, como la negativa a integrar la relación procesal con quien no sea la parte legítima de la relación que se pretende entablar. Dicho examen...es resorte exclusivo de la función juris-diccional, y si las partes no lo alegan, no existen limitaciones naturales que impidan investigar el derecho del titular o la resistencia hipotética del demandado, pues ambos supuestos son necesarios para dar validez absoluta al pronunciamiento definitivo...' ('La legitimación en el proceso civil', pág. 188, Ed. Ediar, año 1996). En la misma línea argumental, G. De Midón expresa sobre el punto que '... sea que hubiera mediado o no denuncia de parte... tratándose de la calidad o legitimación para obrar de un requisito esencial de la pretensión, el juez debe examinar el tema, que constituye una típica cuestión de derecho. Sólo después de acreditarse las 'justas partes' o las 'partes legítimas' -condición de admisibilidad intrínseca de la pretensión- se entra en el juzgamiento de mérito de lo pretendido...' ('Lecciones de Derecho Procesal Civil', pág. 312, Ed. Mave, año 1999) (cf. Vescovi y otros, op. cit., T. 3, pág. 395; Tarigo 'Lecciones de Derecho Procesal Civil', T. 1, pág. 279; Lino E. Palacio: 'Derecho Procesal Civil', T. 1, pág. 411)".

En el mismo sentido, este Alto Cuerpo se manifestó en su Sentencia No. 19/2015, oportunidad en la cual sostuvo:

"(...) corresponde recordar que Vescovi en 'Derecho Procesal Civil', tomo II, pág. 164, al analizar el presupuesto de la legitimación expresa que: 'La falta de capacidad o de personería, si no se opone como excepción dilatoria, no se podrá reclamar luego...; la falta de legitimación sí; el juez deberá en todo caso examinarla'. En igual línea de razonamiento, el autor argentino Lino Enrique Palacio, en 'Derecho Procesal Civil', tomo I, pág. 411, sostiene que 'El rechazo de la excepción, asimismo, que sólo puede fundarse en la falta de concurrencia de ese atributo, no

constituye obstáculo para que el juez, en la sentencia definitiva, declare la inexistencia de legitimación para obrar, aún en el caso de que el demandado no haya opuesto, al contestar la demanda, la llamada defensa de falta de acción'.

Posición coincidente con la sostenida en los pronunciamientos citados en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal No. 3/1995, donde se expresara en caso No. 473: 'La legitimación causal, que es un presupuesto de la decisión de mérito, pero que se examina en la época de dictar sentencia definitiva (salvo la expresa circunstancia de la audiencia preliminar, de aplicación restringida a ese único caso), es totalmente relevable de oficio aún por el Tribunal de alzada si éste lo advirtiera en esa etapa. Dicho presupuesto material resulta relevable de oficio, por lo que carece de trascendencia la circunstancia de que la defensa de falta de acción no haya sido articulada en la oposición a la pretensión' (Trib. 5to., Sent. No. 142/991, RUDP No. 1/992). Así como el fallo emanado del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno No. 152/994 donde se sostuviera: 'La legitimación ad causam puede y debe ser analizada de oficio; la falta de capacidad o de personería, si no se opone como excepción dilatoria no se podrá reclamar luego; la falta de legitimación sí, el Juez deberá en todo caso examinarla' (ob. cit. pág. 409)".

Con relación a la falta de legitimación activa de la Sra. AA, concuerdo con la Sala, en el sentido que no puede quedar supeditada a un aspecto formal.

La Corte en Sentencia No. 296/2015, sobre la legitimación para reclamar indemnización por daño moral expresó: "La legitimación del daño directo, no ofrece polémica y así lo reconoce la jurisprudencia. Ahora bien, corresponde aclarar que para determinar quién puede reclamar el daño que ha lesionado su esfera extrapatrimonial debemos poner el acento en la ilicitud, porque es ésta la que al decir de GAMARRA tiñe al daño en resarcible. (...) Como la legislación nada dispone será el pretorio el encargado de resolver cuando hay afectación de bienes protegidos por el sistema jurídico y en consecuencia, legitimación para ser titular de una pretensión de responsabilidad extracontractual, decisorios que deberán asumirse a la luz de criterios de razonabilidad y experiencia" (en "Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo - Daño Moral", No. 15, F.C.U., pág. 15).

Además, como expresara el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, para justificar el accionamiento reparatorio por daño moral

"...no se requiere la existencia de derechos subjetivos suficientes que lesionen intereses jurídicamente protegidos o una situación jurídicamente relevante (Cfm. Gamarra, Tratado..., T. XIX, p. 286; la familia no está restringida a quienes tienen derechos alimentarios estrictos sino comprende el concepto sociológico del artículo 40 de la Constitución de la República (Cfm. Gamarra, Tratado... citado, p. 288)" (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, Sentencia No. 171, del 25.7.2001, Señores Ministros Dres. Sosa Aguirre (REd.), Sassón, Chediak).

Recurriendo a la jurisprudencia de la Corte, también viene al caso recordar:

"Como señala Walter Howard en ocasión de analizar la legitimación activa en la responsabilidad extracontractual: 'El legislador uruguayo no dispuso quiénes se encuentran legitimados activamente para reclamar por los daños materiales y/o morales que suscita el fallecimiento de un sujeto a raíz del ilícito cometido por otro.

Es de principio que todo daño derivado de un hecho ilícito que lesiona un interés legítimamente protegido es resarcible (art. 1319).

(...)

Por esa razón es que si en el propio litigio de daños y perjuicios el afectado por la lesión infringida al otro consigue probar la presencia de una relación personal dotada de cierta estabilidad, que había una situación de dependencia o colaboración en la manutención y subsistencia y además el dolor y la consternación causados por la muerte o la afectación de otro derecho personalísimo, nada impide que se reclamen los daños materiales y morales que el evento antijurídico ocasionó, aun en ausencia de determinación legal de la filiación' (W. Howard, 'Filiación Natural de Hecho', Revista Uruguaya de Derecho de Familia, No. 17, pág. 112)" (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 107/2008).

En las coordenadas conceptuales que vienen de referirse, corresponde desestimar el agravio dado que conforme la documentación obrante a fs. 229 y 230 de las actuaciones penales y fs. 219 a 221 de las presentes, surge irrefutablemente que la Sra. AA es la madre biológica de GG por tanto se encuentra legitimada en la causa.

Por otro lado, a mi criterio considerar que el adolescente DD carece de legitimación y por ende de derecho a una reparación patrimonial por la muerte de su padre, pretendiendo aplicar las disposiciones relativas a la representación de los niños, niñas y adolescentes en juicio, exigiendo la comparecen-

cia de quien ejerce la patria potestad a su respecto, carece de razonabilidad.

El Tribunal sobre la falta de representación del adolescente expresó: "si bien nuestro sistema legal adoptó dicho mecanismo para la protección de los derechos de los entonces 'menores', remitiendo el artículo 32.1 del Código General del Proceso a las soluciones de fondo, en el caso, el artículo 258 del Código Civil, que establece la representación de los padres respecto de los hijos sometidos a patria potestad, se debió considerar que la finalidad del proceso es obtener la efectividad de los derechos sustanciales (artículo 14 del C.G.P.)" (fs. 325).

Como acertadamente lo expresa la Sala, nuestro sistema legal adoptó dicho mecanismo para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que establece la representación de los padres respecto de los hijos sometidos a patria potestad, pero teniendo en cuenta que la finalidad del proceso es obtener la efectividad de los derechos sustanciales, "se debieron adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de tal finalidad, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del joven (padre fallecido y madre de la que se desconoce su paradero), y la estricta aplicación del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño y el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia" (fs. 325/326).

En este sentido es pertinente reiterar las consideraciones expuestas en Sentencia No. 71/2012 por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno:

"El Tribunal debe dilucidar las cuestiones jurídicas relacionadas con los derechos de niños, niñas y adolescentes, teniendo como criterio de interpretación, el del interés superior de los mencionados. Se considera como tal 'el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana' (art. 6 C.N.A.). Tal interés ya había sido objeto de tutela prioritaria en el sistema procesal nacional, a través del art. 350.4 del C.G.P.

Como reiteradamente ha expresado la Sala ese interés superior del niño debe definirse en cada caso concreto, siendo un elemento fundamental la opinión del propio niño, como lo consagran los arts. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 8 del C.N.A. y especialmente Observación General No. 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el 'derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta'.

La primera de las normas mencionadas obliga a los Estado a garantizar 'al niño

que este en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten...'. Tal derecho puede ser ejercido en forma directa o por medio de un representante o de un órgano apropiado en consonancia con la legislación nacional (art. 12.2).

La segunda norma citada establece que los derechos de los niños serán ejercidos conforme a la evolución de sus facultades, habilitándose cuando fuere necesaria, la designación de curador para que lo represente y le asista en sus pretensiones. Como sujeto de derecho con adquisición progresiva de autonomía y del derecho de opinar sobre aspectos esenciales de su vida, las disposiciones en examen consagra paralelamente el derecho de los niños y adolescentes al disfrute de sus padres y de sus familias. Tal lo que establece el art. 40 numeral 2o.. en cuanto 'Se garantizara el derecho del niño o adolescente a ser oído, teniendo en cuenta su opinión, lo cual se recabara en un ámbito adecuado' (Sentencias Nos. 386/03; 214, 239/2010; 204/11, etc.)".

En función de este principio y a efectos de subsanar la omisión, la Sala con buen criterio procedió a designar curador, tomar declaración al adolescente, quien en audiencia ratificó lo actuado por su abuelo en el proceso (fs. 318), revocando la falta de representación que se dispuso a su respecto.

II) En el recurso en estudio el recurrente invoca la infracción de los arts. 1235, 1319 y 1324 del Código Civil y art. 24 de la Constitución, centrándose la impugnación en cuestionar la atribución de responsabilidad a la demandada.

Contrariamente a lo sostenido por el impugnante, en cuanto considera que no surge en autos elemento alguno para atribuirle responsabilidad, en la especie, tal como lo resolvieron ambos órganos de mérito, existió concurrencia causal de las víctimas y las autoridades carcelarias en los hechos ocurridos el día 24 de agosto de 2009 en el Módulo VI del Complejo Carcelario Santiago Vázquez.

En efecto, de la prueba rendida en la causa y analizada conforme las reglas de la lógica y la experiencia, surge acreditada que la conducta del Ministerio del Interior fue contraria al desarrollo normal de la ejecución del servicio confiado.

En autos se encuentra probada la omisión de la demandada del ejercicio de las funciones de custodia y protección de la integridad física de las víctimas que se encontraban recluidas en el establecimiento carcelario, lo que determinó la muerte por intoxicación y gases tóxicos y calcinación, de cinco

de los reclusos que se encontraban en uno de los boxes del mencionado módulo.

La Corte en Sentencia No. 162/2015 expresó: "Como lo sostuviera la impugnada: 'Sabido es que incumbe al Estado la obligación de preservar la integridad física de los reclusos bajo su custodia'.

"La Sala coincide con lo expuesto al respecto por el Homólogo de 2do. Turno, en Sentencia No. 90 de 29/5/2013, citada por el apelante".

"En dicho fallo se dijo que: '... en tal sentido cabe resaltar que respecto de las personas que se encuentran privadas de la libertad, el Estado asume la obligación, constitucional y legal, no solo de asegurar, reeducar y reinsertar a los mismos en la sociedad, sino también de brindarles la protección que requieran, para lo cual debe cumplir, con las obligaciones de custodia y vigilancia, que permiten garantizar su seguridad. Ello es así por cuanto los mismos no solo se encuentran limitados en el ejercicio de sus derechos y libertades sino, que también ven reducidas o eliminadas las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de que puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario'".

"La actividad protectora de la Autoridad Carcelaria debe tener como objetivo mantener al recluso en las mismas condiciones psicofísicas que presentaba al momento de la privación de la libertad".

"'No debemos perder de vista que el Estado, tiene la obligación de devolver al detenido, en el momento en que recupera su libertad, en el mismo estado de salud que tenía cuando lo recluyó, salvo los deterioros normales y explicables de ella, a la luz de la ciencia médica'".

"'Por consiguiente la autoridad carcelaria en tanto responsable legal de organizar y controlar, el modo de vida de los internos sometidos legalmente a su cuidado, deberá responder de cualquier daño ocasionado a los mismos o a terceros como consecuencia de la violación de los deberes referidos de conformidad a las previsiones del art. 1.324 inciso 1o. del C.C.'".

"'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 recluidos 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...' (Gamarra, T.D.C.U. XX, 2a. Edición, págs. 334/338)''.

A su vez, a efectos de dilucidar el caso, es pertinente señalar lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia de 14 de mayo de 2013, caso Mendoza y otros vs. Argentina, al referirse a los derechos a la integridad personal en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los mismos:

"... frente a personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia, más aún si se trata de niños. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde el recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna (fs. 66)".

"... el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Así, este Tribunal reitera que, como responsable de los establecimientos de detención y reclusión, el Estado tiene el deber de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención (fs. 70)".

"Asimismo, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que siempre que una persona es privada de libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones de salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados (fs. 71)" (Cfe. Discordia Sentencia No. 505/2013).

Acertadamente el "ad quem" entendió que se ha configurado la falta de servicio, en la medida que: a) las víctimas se encontraban alojadas en un box situado a unos 20 a 25 metros de la Jefatura de Servicio y para acceder a él se debía abrir tres

puertas rejas cargo de una sola persona (el "Llavero"); b) como surge de prueba testimonial que dicho sector era utilizado por los internos que iban a ser trasladados o se encontraban sancionados, de lo que es factible inferir un estado de ánimo especialmente beligerante en los mismos, que comenzó a gestarse alrededor de las 21 horas, cuando se tiró un trozo de colchón encendido hacia el pasillo y comenzaron los gritos, sin que nadie acudiera; c) en la jefatura de Servicio sólo se encontraban los funcionarios LL y MM ya que el Jefe de Servicio Sr. NN, se encontraba recorriendo el predio; d) las celdas no disponen de baño, por lo que los internos no tenían acceso al agua corriente; e) la guardia recién se hizo presente sobre las 21:30 cuando los gritos y golpes contra las rejas se hicieron más fuerte; f) el Sr. LL, según sus manifestaciones a fs. 160 y ss., recorrió los 25 metros de distancia de la jefatura de servicio a los boxes, abrió la primera reja, caminó unos 5 metros hacia la reja de entrada de los calabozos y al observar los colchones prendidos fuego, volvió sobre sus pasos e informó a MM de lo que ocurría y tomó un extintor, volviendo solo lugar donde se desarrollaron los hechos, comenzando a sacar a los reclusos de las celdas; g) el ex Comisionario Parlamentario Dr. Alvaro Garcé a fs. 208 y ss., declaró que el local carcelario no contaba con protocolo de actuación, ni habilitación de la Dirección Nacional de Bomberos y solo existían en el lugar 4 extintores en total, alguno que pertenecía a otro sector; asimismo informó que planteó recomendaciones al Ministerio del Interior con relación a hechos similares que ocurrieron en otros centros penitenciarios, sin que adoptara medida alguna.

Por consiguiente, en la medida que corresponde al Estado la obligación de preservar la integridad física de los reclusos bajo su custodia, y teniendo en cuenta la presencia de encendedores u otros implementos que permitieron quemar colchones, que obviamente debían haber sido requisadas, es ajustado a derecho la solución adoptada por la Sala en cuanto atribuye responsabilidad al Estado - Ministerio del Interior.

Coadyuva a la decisión adoptada, la ausencia de un protocolo de actuación, implementos de extinción de fuego y funcionarios suficientes que controlaran la situación.

En este marco, resulta pertinente reiterar las expresiones de Pablo Perrino, citadas por la Corte en No. 162/2015, con relación la valoración en concreto del comportamiento administrativo: "... para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en

concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva a ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles) como también los llamados estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño. Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas" (ob. cit. págs. 58/59).

Como lo señala la Sala: "Enseña Gamarra que "... lo que verdaderamente cuenta es que, cuando el ofensor pudo prever o evitar el comportamiento del tercero, o adoptar frente al mismo una decisión que hubiera impedido el daño a la víctima y no lo hizo al principio el daño le será imputable, porque incurrió en culpa..." (T.D.C.U., T. XIX, pág. 352) (fs. 395 vto.).

Aplicando los conceptos que vienen de señalarse, teniendo en cuenta las particularidades de autos -relevadas claramente en la impugnada- no puede sostener el demandado que era imposible prever la conducta que asumirían los reclusos cuando ocurrió el hecho.

Si bien, las víctimas iniciaron el foco ígneo, al incendiar un colchón y pretender tirarlo hacia el pasillo, sin haberlo logrado, determinando dicha conducta el lamentable suceso, considero razonable la solución adoptada en ambas instancias de mérito, que fijaron en un 50 % la incidencia causal de las víctimas y el demandado.

III) Con relación a la existencia y los montos de la indemnización del daño moral por derecho propio invocado por los actores, los agravios no resultan de recibo.

La recurrencia alega que el Tribunal incurre en arbitrariedad y cae en el absurdo al condenar al demandado a una suma elevadísima por concepto de daño moral e incluir en dicha indemnización a

personas que nunca visitaron a los reclusos, no existiendo ningún medio probatorio que avale la decisión adoptada.

Concuero con la Sala en cuanto corresponde la indemnización del daño moral reclamados por los padres, hermanos e hijos de los difuntos, pues al tratarse de parientes próximos, el daño moral se acredita "in re ipsa".

Es decir, el sufrimiento se reputa probado por la propia naturaleza de las cosas, por lo que normalmente acaece, sin que sea necesario exigir prueba concluyente de la existencia del daño para que se otorgue la indemnización reclamada.

Reconocido el derecho a su reparación cuando es causado por el hecho ilícito de un tercero, corresponde pronunciarse sobre su "quantum" en la medida que también fue objeto de agravio.

Como lo ha reiterado la Corte, el monto de la reparación del daño moral, es tarea eminentemente discrecional, no puede configurarse infracción a ninguna norma de derecho, salvo fijación de monto arbitrario o absurdo, por ínfimo o desmesurado, lo que no se verifica en autos (cf. Sentencias Nos. 309/2004, 83/2006, 137/2008 y 639/2012 entre muchas otras).

DRA. ELENA MARTINEZ DISCORDE: en cuanto entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación deducido, sin especial condena procesal, en mérito a los siguientes fundamentos:

I.- Agravios referidos a la transgresión de la cosa juzgada y de los principios "tantum devolutum, quantum appellatum" y "non reformatio in pejus" (arts. 215, 216 y 222 del C.G.P).

A criterio de la recurrente, el Tribunal vulneró lo dispuesto por las normas referidas al haber otorgado legitimación activa a AA y a DD, lo que había sido resuelto en sentido contrario por una sentencia interlocutoria que no fue oportunamente recurrida por la parte actora.

A mi criterio, ninguno de los agravios resulta de recibo.

En primer lugar, corresponde aclarar que el T.A.C. de 6to. Turno analizó cuestiones para las que estaba legalmente habilitado a proceder de oficio en su consideración. Por un lado, subsanó un defecto de representación respecto del co-actor (DD). Por otro lado, tuvo por acreditada la existencia de legitimación activa por parte de la co-actora AA.

En este aspecto, comparto los argumentos de la sentencia recurrida, en la que se expuso: "En primer lugar, porque al dictarse sentencia definitiva, la decisora del grado anterior, volvió a pronunciarse sobre tales aspectos, manteniendo lo resuelto en la audiencia preliminar.

En segundo lugar, porque la representación y la legitimación son relevantes de oficio, aun sin expresa invocación de las partes".

Ambas consideraciones resultan compartibles y ningún elemento en su contra fue introducido por el Ministerio del Interior al interponer el recurso de casación en estudio.

Nótese que ni siquiera se hace referencia a la distinta naturaleza de las cuestiones analizadas por el Tribunal en su sentencia. La recurrente manifestó que la sentencia se pronunció sobre la legitimación de ambos sujetos, cuando, en puridad, refirió a la legitimación de AA y a la representación de Robert Correa. Considero que el recurso presenta carencias que deben pesar sobre el interés de la recurrente.

Finalmente, no se aporta ningún elemento adicional de controversia sobre la cuestión de fondo, limitando sus agravios a meras consideraciones formales. No se analiza en ningún aspecto la legitimación de la Sra. AA ni el correcto procedimiento que el T.A.C. 6to. Turno desarrolló para subsanar el defecto de representación que presentaba la comparecencia del menor interviniente en estos autos (a quien se le designó defensora y ratificó lo actuado en presencia de esta última, fs. 318).

II.- Respecto del agravio referido a la violación del principio de congruencia (art. 198 del C.G.P.):

El agravio se funda en considerar que las sentencias dictadas en ambas instancias condenaron a reparar daño moral *iure hereditatis* cuando las actoras sólo solicitaron la reparación del daño moral propio.

Comparto con los Ministros que conforman la mayoría que el agravio debe ser desestimado en base a lo dispuesto por el art. 272 del C.-G.P., ya que la recurrente en casación no dedujo agravios en tal sentido contra la sentencia de primera instancia que tenía el mismo alcance.

Para arribar a esta conclusión basta la lectura del agravio deducido en apelación (fs. 276 vto.), en el que no se cuestiona lo referido a la congruencia.

III.- Agravio referido al factor de atribución.

La recurrente expresa que el servicio actuó adecuadamente.

El agravio debe ser desestimado por igual motivo que el anterior, ya que no se recurrió la sentencia de primera instancia con fundamento en la cuestión referida.

IV.- Respecto del nexo causal - la trascendencia del hecho de la víctima:

Si bien coincido con la mayoría en que el nexo causal es una *quaestio iuris* y, por tanto, pasible de ser revisada en casación, en el caso, entiendo que corresponde desestimar el agravio por la imposibilidad en etapa de casación de revalorar el material que el Tribunal consideró probado.

Considero que la conclusión a la que arribo se ve corroborada por la propia actitud de la recurrente, quien cuestiona en su recurso la valoración de la prueba practicada por la Sala de segunda instancia, fundándose en los arts. 140 y 141 del C.-G.P.

En referencia a la casación fundada en error en la valoración de la prueba, adhiero a la posición de la mayoría de los integrantes de la Corte en cuanto a que dicha causal se reduce a los supuestos en los que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, en el caso de que corresponda aplicar el sistema de la sana crítica, cuando se incurra en absurdo evidente, por lo grosero e infundado de la valoración realizada (criterio fue sostenido por la suscrita en oportunidad de integrar la Suprema Corte de Justicia en Sentencias Nos. 594/2013, 4248/2011, 408/2000 y a partir de su ingreso al Cuerpo en Sentencias Nos. 20/2016, 21/2016, entre otras).

A mi criterio, el recurso no resulta suficiente para modificar lo resuelto en las instancias de mérito. En el escrito de casación, luego de discurrir sobre consideraciones genéricas en materia de nexo causal (puntos 1 a 7 de fs. 341 a 342 vto.), en síntesis, se sostiene: no haber incurrido en culpa grave y que sí lo hicieron las víctimas, que la conducta de los reclusos no era previsible, que el Tribunal le exige una diligencia superior a la media.

La parte no cumple con alegar cuál es el concreto motivo de agravio y en qué sentido no comparte la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. No imputa a éste ningún proceder arbitrario o absurdo al reflejar el juicio de los hechos, lo que resulta suficiente para desestimar el agravio.

En mi opinión, no corresponde a la Corporación revalorizar todo el material probatorio para encontrar la valoración alternativa. Es

carga de la parte detallar en qué pruebas se funda la valoración que entiende adecuada y de qué forma el Tribunal se apartó de las pruebas y reglas de valoración aplicables.

Esta interpretación se funda en la lectura conjunta de los arts. 270 y 273 inc. 2 del C.G.P. La última de las normas citadas exige: "*La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos de manera clara y concisa*":

El "*motivo constitutivo de la casación*" debe ser una exposición circunstanciada de la transgresión de las referidas reglas de la sana crítica fundada en una lectura de la prueba de autos que atienda las referidas reglas y demuestre que la valoración atacada es absurda o arbitraria.

La exposición de la parte recurrente en su escrito de casación no resulta ser más que la manifestación de su discordancia o su desacuerdo con la valoración realizada, la que, en ningún sentido, puede calificarse como absurda o arbitraria. No realiza una exposición de los medios probatorios que entiende que el Tribunal debió haber considerado, lo que denota lo endeble de la calificación de arbitrariedad que atribuye a la valoración de las Sedes de mérito.

Más aún; aunque se considerara, tal como se hace la mayoría, que estamos ante una *quaestio iuris* y por esa circunstancia se habilitara su ingreso sin necesidad de referir a prueba, las insuficientes argumentaciones de la recurrente no alcanzan a la categoría prevista por el art. 273 del C.G.P.

Los mismos fundamentos resultan trasladables al agravio referido a la condena a reparar daño moral (letra G del escrito de recurso). Considero que el recurso no se encuentra suficientemente fundado como para arribar a una solución revisiva de lo resuelto por la Sede de mérito.

V.- No corresponde imponer especial condena procesal.