

MINISTRA REDACTORA: DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE
SÁNCHEZ

Montevideo, veinte de diciembre de dos mil diecisiete

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "AA C/ MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTRO - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN", IUE: 2-21099/2011.

RESULTANDO:

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia identificada como SEF 0476-000056/2016 del 4 de agosto de 2016, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4° Turno, se desestimó la demanda incoada en todos sus términos (fs. 471/489).

II) Por Sentencia Definitiva identificada como DFA 3-174/2017 SEF 33-38/2017 del 5 de abril de 2017 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, falló por unanimidad:

"Revócase la sentencia apelada en cuanto absolvió al INAU y en su lugar, se lo condena a pagar, por concepto de daño moral, a los Sres. AA y BB la suma de \$ 6000.000 a cada uno, y a los Sres. CC, DD, EE y FF la suma de \$ 200.000 a cada uno, todas ellas reajustadas y con más el interés legal desde el hecho ilícito (7/11/2010).

Sin especial condenación en la instancia" (fs. 536/539 vto.).

La Sala no logró unanimidad en un punto en concreto: el concerniente al

reclamo por concepto de daño mortal. Por tal razón, previa integración de precepto (art. 201 C.G.P.), emitió su resolución desestimando dicho rubro, con discordia de la Sra. Ministra Dra. Beatriz VENTURINI (fs. 540/543).

III) En tiempo y forma, el representante de la parte codemandada Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (en adelante: INAU), interpuso el recurso de casación en examen (fs. 551/556).

En su libelo impugnativo planteó, en concreto, los siguientes cuestionamientos:

(i) **Inexistencia de nexo causal.** Controvirtió la existencia de relación de causalidad entre la actuación del organismo y el luctuoso evento, que terminó con la muerte del joven JJ. Por esa razón, la decisión de responsabilizar al INAU no resulta jurídicamente justificada.

La Sala no consideró el previo conocimiento que existía entre la víctima y el ofensor. No existió vínculo entre la fuga del adolescente del centro de reclusión y el homicidio que origina el caso; el evento de la fuga es inoperante en relación al daño, por no ser la causa directa del mismo.

La situación debe juzgarse a la luz de la teoría de la causalidad adecuada; no resulta razonable concluir que la muerte de JJ tenga su causa generadora en la actuación (en las acciones u omisiones) del INAU. Debe de verse que existió un período de tres meses entre la fuga y el homicidio; por otra parte, existía un conocimiento entre los

involucrados y problemas personales entre ellos.

El tiempo transcurrido entre la fuga y el homicidio; la relación existente entre víctima y victimario, así como el motivo que llevó al homicida a cometer el crimen, son factores determinantes. Esos factores explican por qué la fuga no tuvo relación causal con el hecho dañoso, de acuerdo a los criterios de previsibilidad, regularidad y probabilidad, que están en la base de la causalidad adecuada.

Los accionantes realizaron un planteo que pretendió desviar la atención, puesto que señalaron que el Sr. JJ fue ultimado en una rapiña cometida por el adolescente MIRA. En realidad, discutieron por su relación personal; JJ se armó y, en ese contexto, se produjo el homicidio.

(ii) **Error en la aplicación del Derecho.** La recurrente planteó discrepancias con los fundamentos de Derecho empleados por la Sala en su sentencia. En tal sentido, dijo que no puede convocarse lo previsto en el art. 24 de la Constitución de la República, porque no existió falta de servicio o accionar incorrecto del Estado. Una vez producida la fuga, se accionaron todos los protocolos para la búsqueda del adolescente fugado.

Por otra parte, tampoco puede compartirse la aplicación que se ha hecho del art. 1324 del Código Civil. El adolescente no es un dependiente de los funcionarios del Hogar de donde fugó;

y ello por más flexible que se sea en la aplicación de dicho precepto, para abarcar supuestos como el de autos.

IV) Conferido el traslado de precepto, fue evacuado por la parte actora en los términos que surgen del escrito de 562/567 y por la codemandada Ministerio del Interior, en los términos que obran en el escrito de fs. 573/574.

La parte actora, además, movilizó recurso de casación por vía adhesiva, en el que cuestionó únicamente que se haya rechazado la pretensión de condena movilizada contra el Ministerio del Interior.

La liberación de responsabilidad a dicho codemandado no está debidamente justificada, porque se trata de un organismo estatal que cumple la función específica de suministrar la seguridad perimetral del predio del que el homicida se fugó. Por ende, no puede deslindar su responsabilidad, porque también es responsable de que el menor infractor se haya evadido del centro penitenciario.

La fuga se produjo a causa de las deficiencias del sistema de contención, tanto del INAU como de la Policía Nacional. Los hechos así determinados, debieron desencadenar, también, la responsabilidad del Ministerio del Interior.

V) El recurso de casación interpuesto por vía adhesiva fue debidamente sustanciado. Evacuaron el traslado conferido, por su orden, el Ministerio del Interior -en los términos que surgen del escrito de fs. 580/583 vto.- y el INAU (fs.

587/587 vuelto).

VI) Fueron franqueados los recursos de casación interpuestos (fs. 589). Los autos fueron recibidos en este Cuerpo el 27 de julio de 2017 (fs. 593).

VII) Por Decreto No. 1328 del 7 de agosto de 2017 (fs. 594 vto.) se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, al término del cual, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, amparará el recurso de casación movilizado por vía principal. En su mérito, anulará la sentencia hostilizada y desestimaré la demanda incoada en todos sus términos.

II) **El caso de autos.**

A efectos de encuadrar las cuestiones controversiales, corresponde recordar, brevemente, los extremos fundantes del reclamo promovido por el accionante.

El presente proceso, se origina en la demanda promovida por los padres y hermanos de JJ, quien fue asesinado el 7 de noviembre de 2010 por el adolescente II (alias "II").

El homicida se encontraba, al momento de dar muerte a su víctima, fugado del hogar "XX" desde hacía más de tres meses. En esa dependencia del INAU estaba cumpliendo una pena por distintos

delitos.

En su demanda, los accionantes indicaron que tanto el INAU como el Ministerio del Interior deben ser responsabilizados por la falta de servicio que les es imputable. Las deficiencias en el funcionamiento del servicio público posibilitaron que el adolescente, que estaba a su cuidado, se fugara y diera muerte a JJ.

Reclamaron la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, que discriminaron en los siguientes rubros: (i) daño moral; (ii) lucro cesante y (iii) daño moral derivado de la muerte de la víctima. Las sumas fueron reclamadas debidamente reajustadas, con más el interés legal desde el hecho ilícito.

III) De la responsabilidad civil del Estado y los elementos que corresponde acreditar.

Estando en juego la responsabilidad de entidades estatales, corresponde partir de la premisa mayoritariamente aceptada por nuestra jurisprudencia, de que el art. 24 de la Constitución de la República, no determina cuando surge la responsabilidad de la Administración, limitándose a establecer el principio general de la responsabilidad directa de los entes estatales -y no de los funcionarios- frente a terceros damnificados. Esto es: la Constitución establece quién responde y no en qué supuestos o condiciones se responde (Cfme. SAYAGUÉS

LASO, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo", T. I, FCU, Montevideo, 2002, pág. 644; en jurisprudencia TAC 6°, Sentencias Nos. 236/2007 y 99/2011 entre muchas otras de esa Sala).

Así -siguiendo la consolidada jurisprudencia de la Sala en lo Civil de 6° Turno- podemos afirmar con DE CORES que no surge de los arts. 24 y 25 de la Constitución ni de la doctrina y jurisprudencia que se refieren a ellos, un andamiaje conceptual que tenga la aptitud para resolver -por sí solo y con exclusión de la construcción jusprivatista, que, mal o bien, representa el resultado de siglos de crítica- los intrincados problemas que plantea cotidianamente la responsabilidad civil, sea quien sea el sujeto causante del daño (DE CORES, Carlos: "Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado", ADCU, T. XXII, pág. 403).

En la dogmática uruguaya se han enfrentado dos tesis sobre el criterio de atribución de la responsabilidad del Estado: la tesis de la responsabilidad subjetiva y la tesis de la responsabilidad objetiva.

La primera reclama que exista culpa imputable a la entidad estatal o acude al concepto francés de falta de servicio, reclamando que éste no haya funcionado, haya funcionado tarde o defectuosamente. Desde otra perspectiva, quienes enarbolan la tesis de la responsabilidad objetiva, afirman que la responsabilidad del Estado no se centra

en la existencia de un hecho ilícito culpable o doloso, sino en el daño causado (para una documentada síntesis de la cuestión véase, por todos: DELPIAZZO, Carlos E.: "Derecho administrativo general", Vol. 2, Amalio Fernández, Montevideo, 2017, págs. 532 y ss.).

Ahora bien, al margen de esta discusión, lo que resulta ineludible acreditar, ya sea que se siga una u otra tesis, es la existencia de relación de causalidad o nexo causal, entre el hecho del cual deriva el perjuicio y el daño causado (Cfme. PEIRANO FACIO, Jorge: "Responsabilidad del Estado", Anales del Foro, Año IX, Nos. 111-112 (1992/1993), págs. 71/73).

Como enseña GAMARRA, no hay responsabilidad sin nexo causal; este es un elemento ineludible. En palabras del autor, la relación de causalidad importa un ligamen que vincula el daño al comportamiento del demandado; la conducta (acción u omisión) del uno debe ser la causa (eficiente o productora) del evento dañoso que sufre el otro. El daño es consecuencia o efecto del hecho del ofensor. En palabras de nuestro autor: "*...la relación de causalidad es un puente entre el evento dañoso y su autor, este ligamen tiene la particularidad de que el primero es efecto o consecuencia del hecho del segundo, y este es causa de aquél*" (GAMARRA, Jorge: "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", T. XIX, FCU, Montevideo, 2004, págs. 309/310).

En el ocurrente, como se

verá seguidamente, falta ese elemento clave para que surja la responsabilidad de la entidad estatal codemandada INAU: la relación de causalidad o nexo causal. Ello determina, como se explicará en lo sucesivo, que a juicio de esta Corporación no pueda atribuírsele responsabilidad.

IV) El recurso de casación movilizado por vía principal y la responsabilidad del INAU.

La cuestión central radica en determinar si puede concluirse que existe, desde el punto de vista jurídico, una relación de causalidad entre la fuga del menor GG del hogar "XX" del INAU -acaecida el 18 de agosto de 2010- y el asesinato de JJ ocurrido el 7 de noviembre de 2010, como para mantener la condena impuesta a dicho organismo.

Es ese el elemento de la responsabilidad del Estado que ha sido puesto en tela de juicio por la recurrente por vía principal y, a juicio de la Corte, le asiste razón.

No es ocioso comenzar por recordar que, como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación, entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño, que son condiciones de él, no todos son su causa desde el punto de vista de la responsabilidad: no todos obligan al autor a su reparación (Cfme. Sentencia No. **91/2003**).

Como enseña Daniel GONZÁLEZ LAGIER:

“Normalmente, lo que hace que llamemos causa a uno de los factores presentes en el ‘contexto causal’ y no a otro es una comparación tácita con las circunstancias normales del contexto.

Por ejemplo, supongamos que producimos un incendio aplicando una cerilla a unas ramas secas. Para que el incendio tenga lugar son necesarias determinadas circunstancias adicionales, como la presencia de oxígeno en la atmósfera, etc. No obstante, no identificamos la presencia de oxígeno como la causa del incendio (porque es una circunstancia normal del contexto causal), sino la aplicación de la cerilla” (GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “Quaestio Facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)”, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005, pág. 138).

La pregunta que hay que responderse en este caso es si, de todas las circunstancias que componen el contexto causal, la fuga del adolescente homicida del establecimiento de reclusión puede erigirse en la causa del homicidio de JJ.

La Corte en mayoría considera que si bien el hecho de que el adolescente/homicida haya estado fugado del INAU forma, indudablemente, parte del contexto causal, no se constituye en el extremo determinante de la muerte de JJ.

Hay determinados eventos que acaecieron entre la fuga y el homicidio, que

determinan que no pueda establecerse una relación de causalidad jurídica entre uno y otro evento.

Para el Dr. Turell jurídicamente la exclusiva causa de la muerte de la víctima resulta del designio criminal del joven fugado del INAU.

En tanto, para el Dr. Hounie y la redactora, debe atenderse especialmente además, -como bien señala la recurrente- al contexto en que se produjo el homicidio del familiar de los reclamantes, y para examinarlo, no hay mejor puerta de entrada que el expediente que contiene las resultancias del proceso infraccional de adolescentes, tramitado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Adolescentes de 2° Turno (IUE 438-167/2010; en adelante: el acordonado).

De ese dossier surgen distintos elementos valiosos que arrojan luz sobre el caso a estudio.

IV.I) **Los hechos que ambientaron el homicidio.**

Hay determinados hechos que ocurrieron entre la fuga de GG del centro de reclusión y el asesinato de JJ, que determinan que no exista relación de causalidad entre uno y otro evento.

Cabe anotar en tal sentido,

(i) **la fuga del homicida del INAU.** El adolescente GG se fugó **el 18 de agosto de 2010** del hogar "SER BERRO". Así surge del testimonio del

expediente acordonado IUE 439-101/2010, caratulado: "GG - Asunto: Homicidio en grado de tentativa M.C.: INAU", remitido por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Adolescentes de 3° Turno (ver en especial la foja 143 de dicho expediente acordonado).

(ii) **El concierto criminoso entre GG y JJ para realizar un hurto de celulares en Las Piedras y las desavenencias de esa "sociedad criminal", que motivaron en el homicidio.**

Quedó acreditado en el expediente infraccional de adolescentes -véase la sentencia de condena a GG en especial el CONSDIERANDO XII B)- que una semana antes del homicidio, GG y JJ concertaron realizar un hurto en la ciudad de Las Piedras.

Concurrieron a dicha ciudad por separado; GG en una moto y JJ en el taxímetro que manejaba (que utilizaba para su labor diaria). GG rompió los cristales de un comercio y se apoderó de distintos teléfonos celulares. El botín obtenido fue depositado en el automóvil con taxímetro manejado por JJ.

Luego de cometer el reato volvieron a Montevideo, cada uno en su respectivo vehículo. Al regreso, GG llamó por teléfono a JJ y le reclamó su parte del botín producto del delito. Empero, obtuvo una respuesta inesperada; JJ le espetó: "comiste" (en inequívoca referencia a que no pensaba compartir con él lo producido por el crimen cometido).

Una semana después, el 7 de

noviembre, GG encontró a JJ frente a su domicilio, en la calle NN. JJ -quien se estaba yendo a trabajar- subió al taxi y le reiteró: "comiste lo arreglamos como vos quieras".

Ante esto, GG sacó su arma y tiró un tiro al aire. JJ intentó tranquilizarlo y le dijo que le iba a dar su parte del botín; seguidamente entró a su casa (supuestamente a buscar los efectos robados). Salió con una bolsa negra envuelta debajo del brazo, dentro de la cual llevaba un arma.

Cuando JJ atinó a sacar su arma, GG le disparó tres balazos, con los que lo ultimó. Luego tomó el arma que tenía JJ y se dio a la fuga.

El relato, con lujo de detalles, surge de la declaración inicial de GG ante el Juzgado (fs. 28 a 30 del acordonado) y resulta perfectamente corroborado por los demás elementos de juicio disponibles en obrados. Estos hechos, además, fueron tenidos por probados por la sentencia dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Adolescentes de 2° Turno (fs. 143/148 del acordonado).

La declaración de GG es consistente con la que realizó la pareja de JJ, KK (quien desde hacía cinco años convivía con el asesinado). KK declaró que se encontraba dentro de su casa cuando su pareja ingresó a tomar el revólver ante el reclamo de GG por el botín. Narró que había salido para tomar el taxi e irse a trabajar, pero: **"A los 5 minutos o menos volvió a entrar y él agarró el arma**

(revolver) de arriba del ropero y le pregunté qué pasaba porque lo noté nervioso y me contestó: nada, nada. Esta vez no me saludó, agarró el coso (revolver) y se fue. Yo ahí escuché los gritos de él y disparos" (fs. 59 del acordonado; misma versión a fs. 74/75 del acordonado).

También GG declaró que conoció a JJ porque es cuñado de un conocido suyo, de nombre II (alias "II") (fs. 14 del acordonado). Este extremo fue ratificado por la pareja de JJ, quien declaró que su hermano II -"II"- conoce a GG (fs. 63 del acordonado).

"GG", tenía al tiempo de los hechos 16 años y también andaba armado. Su otra hermana HH, declaró ante el juzgado de adolescentes durante la instrucción y dijo que "II": **"...tiene armas, anda con muchas armas"** (fs. 64 del acordonado). También declaró que GG: **"...anda con mi hermano II y tiene las mismas armas"** (fs. 64 del acordonado).

También la versión de GG de que se llevó las dos armas (tanto el arma homicida como la que portaba JJ al ser ultimado resultó corroborada). El testigo LL, quien estaba en la cantina contigua al inmueble en el que se produjo el hecho de sangre, dijo que GG se llevó las dos armas (fs. 86).

IV.II) No hay relación de causalidad entre la fuga y el homicidio y, por ende, no puede atribuirse responsabilidad al INAU.

Los hechos narrados en el punto precedente, dan cuenta que, el homicidio de JJ no

se produjo en las circunstancias narradas por los accionantes.

No es cierto que la víctima haya sido ultimada en una rapiña, mientras estaba cumpliendo con su trabajo como taxista como dijeron los reclamantes al demandar (relato de hechos de la demanda a fs. 39 vuelto).

Los hechos ocurrieron de una manera bien diferente.

El occiso concertó realizar un delito contra la propiedad con un amigo de su cuñado "II", que resultó ser GG ("GG"). Incumplió con el acuerdo criminoso que tenían sobre el reparto de los efectos hurtados. Ese incumplimiento y las desavenencias en la "sociedad" precipitaron la reacción de GG.

GG no fue a rapiñar a JJ en su condición de obrero del volante, para robarle el dinero de su recaudación, como pretenden hacer creer los reclamantes. El homicidio se produjo en un contexto bien diferente, descripto *ut supra*.

Así las cosas, parece que hay un claro elemento que determinan que no pueda establecerse una relación jurídica de causalidad entre el evento de la fuga y el del homicidio de JJ. Este se constituye por la relación que la víctima tuvo con su victimario, lo que determinó la resolución criminal de GG de ultimarle. La relación delictiva, actuando conjuntamente, y luego, el haberse quedado con la totalidad de lo obtenido por parte del occiso, lo que

determinó la reacción violenta del adolescente.

Cabe insistir; no hay duda que la fuga forma parte del contexto causal. Ahora bien, no es la causa del homicidio: no puede establecerse una relación de causalidad jurídica directa entre uno y otro evento. La fuga oficio como mero elemento habilitante de un obrar que luego habría de ser decidido por el propio MIRA.

Como enseña el civilista argentino Isidoro GOLDENBERG, frente a la interpretación generalizadora, según la cual basta la existencia de una vinculación causal entre un antecedente en la sucesión de hechos y el efecto final para configurar la responsabilidad del sujeto, se formulan por parte de la dogmática jurídica las "teoría individualizadoras" (a modo de ejemplo y, sin agotar la lista: "teoría de la causa próxima"; "teoría de la causa adecuada"; "teoría de la causa eficiente y preponderante" etc.). Según estas "teorías", la causa ya no es la suma de todas las condiciones necesarias para el resultado o alguna de ellas, sino que debe individualizarse cuál posee esa aptitud genética.

El problema consiste, precisamente, en seleccionar cuál será la condición relevante que habrá de elevarse a la categoría de causa, a los fines de la atribución jurídica de las consecuencias que de ellas deriven (Cfme. GOLDENBERG, Isidoro H.: "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", La Ley, Buenos Aires, 2000, pág.

19).

En el mismo sentido, el Profesor de Girona Jordi FERRER BELTRÁN observa que necesitamos restringir el conjunto infinito de circunstancias que contribuyen causalmente para la producción de un determinado evento.

La noción de causalidad jurídica opera seleccionando -bajo criterios diversos y no siempre compatibles- un subconjunto de las causas en sentido material a los efectos de la posterior atribución jurídica de responsabilidad. Criterios como el de la causa próxima, la causa específica, la causa eficiente, la causa adecuada entre otros, operan precisamente en ese sentido (Cfme. FERRER BELTRÁN, Jordi: "Motivación y racionalidad de la prueba", Grijley, Lima, 2016, págs. 284/285).

En nuestra mejor doctrina, no existe una solución uniforme ni una tesis que, siempre y en todos los casos, resulte de aplicación ineluctable. Antes bien, la labor de determinar la relación de causalidad en la labor jurisprudencial tiene un innegable carácter heurístico. Corresponde, únicamente, descartar la tesis de la equivalencia de las condiciones, porque el art. 1331 del Código Civil lo impone.

En palabras de GAMARRA "*...es inaceptable la teoría de la equivalencia. Pero la ley no va más allá y no toma partido por ninguna teoría o doctrina...*" (Cfme. GAMARRA, Jorge: "Tratado de

Derecho Civil Uruguayo"; T. XIX, FCU, Montevideo, 2000, pág. 318; sobre las diferentes teorías sobre la relación de causalidad véase un excelente racconto en SOBA BRACESCO, Ignacio M.: "La relación de causalidad y la prueba pericial", La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, págs. 47 a 116).

Pues bien, en la emergencia -sin entrar a tomar partido directo por ninguna de las distintas teorías individualizadoras- debe atenderse a la "causa próxima", que supone privilegiar los eventos cercanos e inmediatos y no debe atenderse a las causas más remotas.

Desde luego, debe estarse al caso concreto y, como bien observa GOLDENBERG, el concepto de inmediatez debe tener un sentido lógico, no estrictamente cronológico. Actualmente, dicha teoría ha sido reelaborada en el sentido de privilegiar la relación directa entre la condición y el resultado dañoso o, en otros términos, que no haya mediado ningún otro suceso que fracture dicha vinculación, lo que la emparenta fuertemente con la teoría de la "causalidad adecuada" (Cfme. GOLDENBERG, Isidoro H.: "La relación...", cit., pág. 20).

En el caso a estudio, no puede perderse de vista que el tiempo que transcurrió entre la fuga y el homicidio que dio razón a la demanda civil, fue de más de tres meses y, durante ese lapso, existieron diversos eventos que fracturaron el nexo causal.

Este tipo de eventos son disociantes, pues interfieren en el curso originario del proceso interrumpiéndolo. En tales hipótesis queda excluida la *imputatio facti* entre el resultado final y el suceso desencadenante de la trama del acontecimiento (Cfme. GOLDENBERG, Isidoro H.: "La relación...", pág. 26).

Claramente esa ruptura del nexo causal es lo que se produjo en el caso en examen, con diversos eventos en los que, la participación de la víctima, tuvo particular relevancia. A saber: (i) el concierto criminoso para cometer un delito contra la propiedad; (ii) la traición de la confianza depositada por su compañero de fechorías -el a la postre homicida Daniel MIRA- son elementos que ciertamente desviaron la relación de causalidad entre la fuga del INAU y el fallecimiento de JJ.

La causa de la muerte de JJ, antes que en la falta de servicio imputable al INAU, se ubica en el la decisión de GG de asesinarlo a raíz de su incumplimiento con el acuerdo delictivo que tenían pactado, y este hecho no puede serle atribuido al INAU.

La Corte en mayoría hace suya la línea argumental expuesta por el Sr. Ministro Dr. Felipe HOUNIE ante un caso análogo, en la discordia estampada a la Sentencia N° **404/2017**, en la que el referido integrante del Cuerpo consignó:

"...lo que determina la tentativa de homicidio no es la fuga del adolescente,

sino el designio criminal del agente del delito y, en dicho designio, el INAU no tiene ninguna responsabilidad (cf. Sentencia S.C.J. No. 323/997 de la Corte y discordia extendida por mí en la Sentencia S.C.J. No. 144/015, también dictada por esta Corte).

En esa discordia señalé 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".

Lo expuesto determina que no pueda atribuírsele al referido organismo -y menos íntegramente- la responsabilidad por la muerte del familiar de los reclamantes.

V) Sobre la responsabilidad del Estado - Poder Ejecutivo - Ministerio del Interior.

El recurso de casación interpuesto por vía adhesiva tampoco puede progresar, porque existe respecto de este reclamo decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

En efecto, la sentencia definitiva de primera instancia rechazó el reclamo contra el Estado Poder Ejecutivo - Ministerio del

Interior. La actora perdidosa no se levantó mediante la interposición del correspondiente recurso de apelación contra esa decisión. En el recurso de apelación movilizado no se agravió porque se haya liberado de responsabilidad a ese codemandado.

Por ende, la razón para el rechazo del recurso de casación interpuesto por vía adhesiva, es la existencia de cosa juzgada. La decisión de rechazar la pretensión contra el Ministerio del Interior está ejecutoriada y, por ende, hay cosa juzgada parcial (arts. 198, 215 y 257 C.G.P.) a su respecto.

Por estos fundamentos, y en atención a lo establecido en los art. 268 y concordantes del Código General del Proceso la Suprema Corte de Justicia, en mayoría

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO POR VÍA PRINCIPAL; ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y, EN SU LUGAR, DESESTÍMASE LA DEMANDA EN TODOS SUS TÉRMINOS, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

DR. JORGE CHEDIAK

DRA. ELENA MARTINEZ DISCORDES, porque entienden que corresponde desestimar el recurso deducido, sin especial condena procesal.

FUNDAMENTOS:

I) En autos se ejerció pretensión de reparación patrimonial por AA, BB (padres de la víctima), CC, DD, EE y FF (hermanos de la víctima) contra el INAU y el Ministerio del Interior fundada en el siguiente hecho: el 07/11/2010 el menor GG le provocó la muerte a JJ mediante el disparo de un arma de fuego, luego de haberse fugado de INAU (ver demanda fs. 38).

La actora funda su pretensión contra el INAU en la existencia de una falta de servicio constituida por la no adopción de las medidas necesarias para hacer que el adolescente cumpliera con las medidas judicialmente dispuestas (art. 24 de la Constitución y 1324 del C.C.).

La demanda fue desestimada en primera instancia y, luego de apelada dicha sentencia, el TAC 1° dispuso la condena del INAU.

II) En primer lugar, se realizará una caracterización normativa del caso planteado.

Tal como se sostuvo por el TAC 6°, en Sentencia No. 236/2007, punto sobre el cual reposa el embate planteado en autos:

“Sostiene [la recurrente] que en la responsabilidad vicaria no hay que probar la culpa de la entidad pública demandada, sino que basta con acreditar el nexo de causalidad existente entre el daño infligido y la conducta del dependiente para que se configure la responsabilidad de la institución.

Y concluye que, como el

comportamiento de los 'menores dependientes del INAME' es ilícito, puesto que lo agredieron con intención de dañar, el Estado es objetivamente responsable del daño causado.

La Sala estima que si bien la primera parte del desarrollo del apelante es correcta: la responsabilidad vicaria es objetiva y el Estado responde siempre y cuando se acredite la culpa de su dependiente, no lo es en cuanto a su conclusión, basada en que los dependientes son los menores internados en el INAU y no los funcionarios encargados de su custodia.

Respecto a la responsabilidad del Estado, debe partirse de la premisa mayoritariamente aceptada que postula que el art. 24 de la Constitución no determina cuándo surge la responsabilidad de la Administración, ni consagra un criterio objetivo de atribución, limitándose a establecer el principio general de la responsabilidad directa de los entes estatales -y no de los funcionarios- frente a los terceros damnificados; esto es, quién responde, y no en qué supuestos o condiciones se responde (cfr. Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, 8a. ed., puesta al día por Daniel Hugo Martins, abril de 2002, N° 456, p. 644).

En tal sentido, Carlos de Cores sostiene que no existe, ni en los arts. 24 y 25 de la Constitución ni en la doctrina y jurisprudencia que se refieren a ellos, un andamiaje conceptual que tenga

la mínima aptitud para resolver -por sí solo y con exclusión de la construcción jusprivatista, que, mal o bien, representa el resultado de siglos de crítica- los intrincados problemas que plantea cotidianamente la responsabilidad civil, sea quien sea el sujeto causante del daño ('Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado', en Anuario Der. Civ. U., T. 22, p. 403).

No es posible -dice De Cores- dar una solución monista al problema de la responsabilidad del Estado, sino que, al igual que en el régimen general del Derecho Privado, hay pluralidad de criterios de imputación del daño. Nada de responsabilidad objetiva del Estado, como tesis monista y absoluta. Habrá responsabilidad objetiva o subjetiva, según sea la naturaleza de la situación jurídica involucrada.

Si como, en el caso, se trata de la responsabilidad del Estado por hecho ajeno, el régimen a aplicar no es otro que el de los arts. 1324, 1326 y 1331 del C.C., régimen que los arts. 24 y 25 de la Constitución no hacen más que precisar. Es así que la responsabilidad del Estado por hecho del dependiente tiene su fundamento en la garantía, pero sin olvidar que, de acuerdo con los principios del derecho privado, se requiere acreditar la culpa del dependiente, del partícipe directo (funcionario), para generar la responsabilidad del garante (Estado). (Ob. cit., T. 22, p. 410).

Por su parte, Sayagués Laso sostiene que el criterio más adecuado para determinar cuándo surge la responsabilidad de la Administración es el de falta de servicio (ob. cit., T. I, N° 456, p. 664), concepto que, como señala De Cores, fue elaborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y sistematizado por Duez en la frase: 'el servicio no funcionó, funcionó con demora o funcionó irregularmente' (ob. cit., T. 22, p. 402).

Es así que en el mal funcionamiento del servicio quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido (cfr. Sayagués Laso, ob. cit., T. I, N° 456, p. 644).

Como corolario de lo expuesto, puede concluirse que '...en el caso de la responsabilidad del Estado por hecho ajeno, se requiere hecho ilícito del funcionario. Jamás va a responder el Estado (aun cuando se sostenga, lo que es correcto, el criterio de que la responsabilidad vicaria es objetiva) si no existe un hecho ilícito en el dependiente' (cfr. Carlos de Cores, ob. cit., T. 22, p. 411).

Lo que califica la responsabilidad estatal es, precisamente, el ejercicio de la función en forma desviada, ya sea por resultar ajena a la especialidad del órgano o por ser contraria al desarrollo normal de la ejecución del servicio confiado, lo que impone examinar la conducta del

dependiente en el caso concreto (sent. de esta Sala N° 53/2007).

En el caso, el actor no cuestionó ni examinó la regularidad o irregularidad de las salidas transitorias otorgadas a los menores agresores por las autoridades encargadas del Hogar de Varones donde estaban internados.

Discrepando con la teoría defendida por el accionante, según la cual basta con que el menor internado haya provocado un daño en oportunidad de un permiso temporario para que el Estado responda, entendemos que, de acuerdo con la tesis de la responsabilidad subjetiva del Estado, esta solamente podría haberse configurado en caso de haberse comprobado una falta de servicio de la Administración; por ejemplo, que las salidas transitorias de los menores hubieran sido otorgadas en forma irregular”.

III) El INAU deduce recurso de casación en el que cuestiona la existencia de nexo causal entre su conducta y el daño.

El objeto de decisión finca en establecer quién responde por el daño provocado el 07/11/2010 por el adolescente que se encontraba en condición de fugado del INAU desde el 18/08/2010.

Se comparte la posición adoptada por el Tribunal en la sentencia recurrida.

El fundamento de la condena está dado por la falta de servicio de la Administración pública demandada.

Se establece en la sentencia recurrida:

"En efecto, parece razonable entender que la fuga de un adolescente infractor, que ya había sido previamente declarado autor responsable de tres infracciones gravísimas a la ley penal, a saber: homicidio y homicidio en grado de tentativa en régimen de reiteración real y, nuevamente, homicidio en grado de tentativa, en los que está involucrada la vida humana como bien jurídico tutelado, fue la causa del insuceso. Esto es, que realizando un juicio ex post facto, es posible concluir que la muerte de JJ fue consecuencia de la fuga de Mira.- Por lo demás, corresponde precisar que lo que interesa es la relación causal adecuada entre la fuga y el homicidio, independientemente de la calificación efectuada en la demanda en cuanto se hizo referencia a una rapiña".

Según surge de autos, si el menor hubiera permanecido cumpliendo la medida socio-educativa dispuesta, el daño no se habría producido. O sea, el homicidio no se hubiera producido si el menor no se hubiera fugado.

La omisión de los funcionarios de INAU que se tuvo por probada en estos autos constituye la falta de servicio que configura el accionar ilícito de la Administración y esta omisión tuvo por consecuencia inmediata y directa el daño que le fuere provocado a la víctima.

No cabe ninguna duda de

que, a la fecha en que perpetró el homicidio, el adolescente debía estar privado de libertad, cumpliendo la medida que le fuera impuesta en los autos "GG. Homicidio y tentativa de homicidio" IUE: 441-44/2009, cuyo testimonio obra acordonado al presente. Nótese que, en este caso, la sentencia definitiva de segunda instancia fue dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno el 1/9/2010 y en ella se impuso una medida de privación de libertad por el plazo de 3 años y 6 meses, sin perjuicio de que posteriormente correspondía unificar medidas con otras causas (fs. 99-101).

Sin perjuicio de que se considera que el nexo causal constituye un concepto jurídico (*quaestio iuris*) su base fáctica no puede ser modificada sin implicar una revalorización del material probatorio que se encuentra limitado en casación y, en el caso, no existen agravios hábiles que permitan ingresar al punto (cf. sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 590/2017).

IV) Corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la parte actora por los fundamentos expuestos por la mayoría, a los cuales e remiten los Ministros que suscriben la presente discordia.

V) No corresponde imponer especial condena procesal.