

//tencia No.735

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, quince de junio de dos mil veintitrés

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria, estos autos caratulados: **"AA - SU SITUACIÓN - TESTIMONIO DE AUTOS 445-43/2022 - RECURSO DE APELACIÓN - RECURSO DE CASACIÓN"**, IUE: **426-97/2022**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por el representante del INAU.

RESULTANDO:

I) Por providencia interlocutoria N° 1324/2022, del 3 de junio de 2022, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Young de 1er. Turno, resolvió:

"1) NO EXISTEN ELEMENTOS QUE DETERMINEN CONDICIÓN DE ADOPTABILIDAD DEL MENOR AA, RAZÓN POR LA CUAL SE DECLARA LA MISMA LA NO CONDICIÓN DE ADOPTABILIDAD, MODIFICÁNDOSE POR ENDE LA CARÁTULA DE UN 132 A UN 117.

2) LÍBRESE OFICIO A ASSE PRESTADOR DE SALUD DE AMBOS PROGENITORES, A LOS EFECTOS DE QUE DADA LA SITUACIÓN PLANTEADA EN ESTAS

ACTUACIONES, PRIORICEN LA ATENCIÓN DE AMBOS POR ENTENDER VITAL Y ESTAR ANTE UNA SITUACIÓN JUDICIALIZADA.

4) ASIMISMO LÍBRESE OFICIO A MIDES E INAU PARA QUE PRESTEN APOYO POR MEDIO DE PLAN DE CANASTAS O QUE ESTIMEN ELLOS CONVENIENTES DE ACUERDO A LOS PROGRAMAS Y FINES DE AMBAS INSTITUCIONES, TOMANDO EN CUENTA QUE HABLAMOS DE UN MENOR LACTANTE.

5) ASIMISMO CEPRODE DEBERÁ REALIZAR SEGUIMIENTO EN EL DOMICILIO DONDE RESIDEN LOS PROGENITORES COMO DE LA SITUACIÓN EN ADELANTE INFORMANDO A LA SEDE EN EL PLAZO DE 30 DÍAS, SIN PERJUICIO.

6) RESPECTO DE LA INSPECCIÓN OCULAR EN EL DOMICILIO, Y DE CONFORMIDAD AL ART. 350 DEL C.G.P. QUE DA AMPLIAS FACULTADES A LA SEDE, LA MISMA SE EFECTUARÁ EN EL DÍA DE LA FECHA EN PRESENCIA DE ESTE MAGISTRADO Y DE LOS LETRADOS PRESENTES.

7) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE EGRESO Y EN VISTA DE LA INSPECCIÓN OCULAR REALIZADA DE DONDE NO SE ARROJAN ELEMENTOS NEGATIVOS ENCONTRÁNDONOS EN UN AMBIENTE FAMILIAR E HIGIÉNICO CON LOS ELEMENTOS BÁSICOS Y EN BUEN ESTADO, NO SE PRESENTAN OBJECIONES PARA COORDINAR UN EGRESO DE AA DEL HOGAR DEL INAU, EL QUE SE CONCRETARÁ CON FECHA 10 DE JUNIO DE 2022 OFICIÁNDOSE A LOS EFECTOS DE CONOCIMIENTO DE

CEPRODE SIENDO CARGA DE ESTA INSTITUCIÓN EFECTIVIZAR LO DISPUESTO EN ESTA RESOLUCIÓN.

8) *EN VISTA DE LA MODIFICACIÓN YA DISPUESTA, MANTÉNGASE LA COMPETENCIA DE ESTA SEDE*" (fs. 99 y 100).

II) Por sentencia interlocutoria de segunda instancia N° 1070/2022 de fecha 9 de setiembre de 2022 el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° Turno, resolvió:

"DESESTÍMASE EL RECURSO DE APELACIÓN POR FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL RECORRENTE..." (fs. 148 a 150).

III) Contra la referida sentencia de segunda instancia, en tiempo y forma, la representante de INAU interpuso recurso de casación (fs. 159 a 167), en el cual -luego de justificar la procedencia del recurso- señaló:

a) Que no comparte la cita que el Tribunal efectuó a la postura del Dr. Mirabal Bentos (sostenida en el Código comentado, anotado y concordado por dicho autor). En tal sentido, al entender de la recurrente el INAU tiene un rol técnico y el artículo 133.2 permite que puedan apelar las resoluciones que no recojan las sugerencias del informe técnico elaborado.

b) La sentencia vulnera el

interés superior del niño dado que no permite revisar lo actuado en la instancia lo que determina que dicha resolución de relevancia para un menor no pueda ser revisada en segunda instancia. En otras palabras, existe una errónea aplicación del derecho por cuanto no se atendió el espíritu del legislador (protección de los derechos del NNA), ni a los principios de interpretación de las normas.

c) Señaló que su legitimación se desprende del correcto encuadre de los artículos 132.4, 132.1 y 133.2 inciso 5 del CNA por cuanto, el primero de ellos dispone que si el Juez dispuso la institucionalización o la permanencia en el programa de acogida familiar, el INAU podrá solicitar al Juez competente la condición de adoptabilidad toda vez que los fundamentos de aquella hubieran variado y colocado al niño nuevamente en una situación de desvinculación familiar, todo ello al amparo del procedimiento previsto en el artículo 132.1 del CNA. Asimismo, que de acuerdo al artículo 113.2 inciso 5, el Directorio de INAU tiene legitimación activa para apelar la sentencia que no contemple la sugerencia de su equipo técnico. En consecuencia, a juicio de la recurrente, el INAU puede accionar y recurrir. En definitiva peticionó que se ampare el recurso, y se devuelvan las actuaciones con el fin de que el Tribunal de Apelaciones se exprese

sobre el fondo del asunto.

IV) Conferido el traslado de rigor, compareció la defensa del menor de autos, y además de bregar por el rechazo del recurso, señaló que el mismo resulta inadmisibile, por cuanto la sentencia de segunda instancia confirma en todo la de primera (fs. 175 a 176 vto.).

V) También compareció la defensa de los padres biológicos del menor, evacuando el traslado del recurso, y señaló que el mismo resulta inadmisibile por similares fundamentos a los señalados por la defensa del menor, y en cuanto al fondo del asunto, peticionó la desestimatoria del mismo (fs. 177 a 181 vto.).

VI) Por providencia interlocutoria N° 1473, de fecha 23 de noviembre de 2022, se concedió el recurso de casación interpuesto y se ordenó la elevación de los autos ante la Corte (fs. 182).

VII) Las actuaciones fueron recibidas en esta Corporación el día 13 de diciembre de 2022 (fs. 188) y, el 27 de febrero de 2023 pasaron los autos para control de su admisibilidad (fs. 189).

VIII) Por decreto N° 171, de fecha 2 de marzo de 2023, se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia (fs. 190).

IX) Culminado el estudio, se

acordó dictar el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, amparará el recurso de casación interpuesto, y en su mérito, anulará la sentencia de segunda instancia, declarando que el INAU posee legitimación para interponer recurso de apelación, por los fundamentos que a continuación se expresan.

II) En lo procedimental, cabe señalar que si bien la causa tuvo algunos vaivenes, se siguió la estructura prevista en el artículo 132 del CNA.

III) En cuanto a la naturaleza de la resolución, la que aquí se resiste tiene naturaleza de interlocutoria con fuerza de definitiva, pues conforme ha dicho este Cuerpo *"se resuelve una cuestión controvertida entre las partes en forma definitiva, poniendo de tal forma fin al proceso (...) obturando la posibilidad de abrir el proceso de separación definitiva previsto en el art. 133 del CNA"* (Cfme. sentencia N° 160/2016). El proceso de separación definitiva tiene como presupuesto, que se haya declarado que el menor se encuentra en condición de adoptabilidad.

Asimismo, como acertadamente ha dicho el Tribunal de Apelaciones de Familia de Segundo turno, *"el régimen de la LUC no deroga el proceso de separación provisional, ya que la declaración de adoptabilidad solo puede obtenerse a través del proceso previsto en los artículos 132 a 132.3 CNA"* (Cfme. sentencia N° 203/2022).

IV) Por otro lado, antes de ingresar de lleno a la cuestión relativa a la legitimación del INAU para recurrir, corresponde efectuar una precisión respecto a la cuestión planteada por ambas Defensas.

En tal sentido, al evacuar el traslado del recurso de casación interpuesto, la Defensa del menor y la de los progenitores sostuvieron que el Tribunal, al declarar la falta de legitimación, confirmó la sentencia dictada en primera instancia. En consecuencia, esgrimió, no existen dos sentencias contradictorias y el recurso de casación movilizado resulta inadmisibile.

A criterio de la mayoría conformada por los Sres. Ministros Dres. Pérez, Sosa y la redactora, no les asiste razón en el planteo, pues no se verifica en autos el supuesto de existencia de una

sentencia de segunda instancia que *"confirme en todo, y sin discordia"* el pronunciamiento de primer grado (art. 268 inc. 2° del CGP).

En efecto, la sentencia dictada por el Tribunal no ingresó al fondo de la cuestión, puesto que consideró que el recurso movilizado por la parte actora contra la sentencia de primer grado no podía prosperar por falta de legitimación. Por tal razón, no puede concluirse que, técnicamente, existan dos fallos coincidentes en el mismo sentido.

En buen romance, para el Tribunal el recurso fue mal franqueado. En consecuencia, no confirmó la sentencia de primera instancia, ni mucho menos entendió que la decisión del Juez de primera instancia fuera correcta, sino que, simplemente, al descartar el recurso de apelación por falta de legitimación, se vio vedado de continuar el análisis.

Tal como señaló la Corte en sentencia N° 402/2021 *"El pronunciamiento de segunda instancia entendió, de plano, que el recurso de apelación movilizado resultaba inadmisibile. De tal manera, el Tribunal no confirmó la sentencia de primera instancia, ni mucho menos entendió que la decisión de la a quo fuera correcta, sino que, simplemente, al*

descartar el recurso de apelación por extemporáneo, se vio vedado de entrar al fondo de la cuestión. Tal como entendió el ex Ministro Dr. Chalar en discordia estampada en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 842/2014: '(...) el requisito de admisibilidad establecido por el legislador, al referir a 'confirme en todo, y sin discordia', supone necesariamente que el órgano de segunda instancia exprese su voluntad de confirmar todo lo resuelto en primera instancia. Ello ciertamente no acontece cuando un Tribunal se limita a declarar mal franqueado el recurso, sin considerar lo resuelto en el grado anterior, como aconteció en obrados. La acción de confirmar supone corroborar, revalidar lo ya resuelto. Y mal puede haber entonces confirmación cuando no se examina lo resuelto, limitándose a declarar mal franqueada la alzada. En función de lo anterior, comparto la solución que postularon los Sres. Ministros Daniel Gutiérrez y Ricardo C. Pérez Manrique en discordia a Sentencia No. 1896 de 20 de agosto de 2012".

V) Observado que se cumplen los restantes requisitos de admisibilidad, resta analizar la cuestión de la legitimación, dado que ese fue el fundamento de la Sala para desestimar el planteo que, en definitiva, repercute en el presente recurso

movilizado.

Sobre la cuestión, expresó el Tribunal: *"A juicio de la Sala, INAU carece de legitimación para impugnar las resoluciones dictadas en el marco del proceso previsto en el art. 132 del C.N.A. INAU es el organismo estatal encargado de las políticas referidas a infancia y adolescencia. En esa calidad y en el marco del procedimiento del art. 132 del C.N.A., tiene un rol técnico, de auxiliar de la justicia, cuya función es de asesoramiento al juez a través de los informes referidos en la norma (art. 132.1 parte final y art. 132.2 inc. 1°). Siendo un auxiliar técnico, carece de facultad impugnativa. Como señala el Dr. Mirabal Bentos, el nuevo texto del art. 132 dado por el art. 403 de la Ley 19.889 suprimió la legitimación activa del Directorio de INAU para apelar la sentencia que no recoja la sugerencia del informe técnico del organismo en esta oportunidad procesal (C.N.A. Comentado, Anotado y Concordado.- La Ley, 3a edición, 2021, p. 496). Nótese que la misma Ley 19.889 consagró esa legitimación para el Directorio de INAU únicamente en el supuesto del art. 133.2 inc. 5, esto es, integración familiar del NNA con fines de adopción. Se trata de una excepción a la regla general y por tanto ha sido expresamente establecida para ese caso"* (fs. 149).

En la recurrida, se señaló que la LUC modificó el artículo 132 y suprimió la legitimación activa del directorio de INAU. Sin embargo, sí previó dicha legitimación en el supuesto del artículo 133.2 inciso 5, esto es, integración familiar del NNA con fines de adopción.

Ahora bien, a los efectos de analizar la argumentación brindada por la Sala, corresponde repasar que las actuaciones comenzaron por la comunicación efectuada por ASSE al Juzgado letrado de Primera Instancia de Young de Segundo Turno (artículo 132 CNA).

En dicho marco, en audiencia, tal como lo dispone el artículo 132.1, se dispuso el egreso del menor del CHPR y su inserción en un hogar de amparo de INAU "porque así lo determinan las excepcionales circunstancias del caso". Se dejó constancia que dicha institucionalización, en principio, no podrá superar los 45 días, y se solicitaron los informes de estilo tal como dispone dicha norma.

Con todo ello a la vista, el Homólogo de Primer Turno celebró audiencia y de acuerdo a lo previsto en el artículo 132.3 -entre una de las diversas posibilidades- resolvió que el menor no se

encuentra en condición de adoptabilidad y si bien no luce de la resolución, puede concluirse sin mayores esfuerzos que ordenó que se mantenga el menor con su familia de origen.

A los efectos de analizar las modificaciones de la LUC, previamente corresponde efectuar un pequeño resumen de la ubicación en el CNA de las presentes normas, pues resulta de vital importancia para la resolución del presente caso.

El capítulo XI del CNA presenta diversas secciones. En lo que aquí interesa, el artículo 132 se encuentra dentro de la tercera sección relativa a las alternativas familiares. Tal como sintetiza nuestra jurisprudencia: *“La Sección III se denomina Alternativas Familiares y se avoca a regular en específico, la amenaza o vulneración de un derecho específico del niño o niña, cual es el derecho a vivir en familia. Comprende una trilogía de procesos: el de separación provisional de los artículos 132 a 132.6, el de separación definitiva de los artículos 133 a 134 y la adopción de los artículos 135 a 148”* (Cfme. sentencia N° 203/2022 TAF 2°).

En el artículo 132 propiamente dicho se regula los sujetos legitimados a efectuar

la comunicación, el sujeto receptor de la misma y las obligaciones impuestas. El inciso 1° refiere a las medidas de asistencia material, provisionales y cautelares; y el 2° dispone lo relativo a la duración del proceso y el diligenciamiento de la información sumaria a efectuarse en audiencia. Por último, el inciso 3° al regular la resolución final dispuso que en dicha oportunidad deberá ratificarse o rectificar las medidas dispuestas al comienzo. Tal extremo determina que: a) se pueda mantener al NNA en su familia de origen; b) integración familiar con fines de adopción; c) inserción en hogares de acogida o; d) la institucionalización como último recurso (Cfme. CAVALLI, E. y GINARES, V., "Procesos ante las situaciones de amenaza o vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes" en: Procesos de Familia, T. I, FCU, Montevideo, 2021, pág. 697).

Ahora bien, para que se disponga la integración familiar con fines de adopción, se requiere que dicha sentencia disponga que el NNA se encuentra en condición de adoptabilidad conforme los casos previstos en el artículo 132.3 del CNA. Una vez dispuesta dicha condición se comunica a INAU quien ejecuta dicha decisión (artículo 133.2 CNA). Tal como señalan los mencionados autores: *"ejecutoriada la resolución final que dispone la condición de adoptabilidad por el juez de la urgencia (art. 132.3 in fine)*

se debe comunicar a INAU cometiéndole preceptivamente la ejecución de la decisión a través de su equipo técnico (art. 133.2 inc. 2°). En principio, el Instituto selecciona a la familia adoptante (arts. 132.6 y 133.2) del Registro Único de Aspirantes (arts. 136 y 158), lo que deberá ser informado a la Sede, así como los criterios empleados priorizando 'los adoptantes que ofrezcan una red familiar de apoyo que favorezca su adecuada integración'. Asimismo, si existieren hermanos en igual condición se deberá propender a su integración conjunta (arts. 132.6 in fine y 133.2 inc. 9°). Los artículos 132.6 y 133.2 regulan el apartamiento fundado del tribunal a la selección efectuada por INAU, la que deberá ser avalada por informes del ITF o ETEC. En esos casos, se ordenará una nueva selección en idénticos términos y condiciones a las establecidas" (IBÍDEM, pág. 698).

Si se dispone la inserción en hogares de acogida, deberán tenerse presente los artículos 134 y 120.5 del CNA. Y el artículo 132.4 dispone que: "el INAU podrá solicitar al Juez competente la condición de adoptabilidad toda vez que los fundamentos de aquella hubieran variado y colocado al niño, niña o adolescente nuevamente en una situación de desvinculación familiar".

Por último, si se dispone su institucionalización deberá tenerse presente que es la última opción y por el menor tiempo posible. Además resulta de aplicación en esta hipótesis el artículo 132.4 por cuanto prevé que el INAU podrá solicitar al Juez la condición de adoptabilidad si variaron los fundamentos.

Ahora bien, analizado el artículo 132, corresponde hacer referencia al artículo 133 pues resulta esencial para luego entender las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.889 (LUC).

Como se mencionó, el proceso regulado en el artículo 132 puede concluir señalando que el menor se encuentra en condición de adoptabilidad, lo que determina la inserción familiar con fin de adopción que regula el artículo 133.2 del CNA.

El proceso se encuentra regulado en el artículo 133.1 y si la sentencia acoge la separación definitiva de la familia de origen *"dispondrá la pérdida de la patria potestad si el niño, niña o adolescente se encontrara sujeto a la misma, estableciendo quién o quiénes asumirán en el futuro la responsabilidad respecto del menor"*.

Efectuado el resumen que antecede corresponde mencionar que, efectivamente, el artículo 403 de la Ley N° 19.889 que dio nueva redacción al artículo 132.6 no hizo mención a la legitimación activa de INAU para apelar.

VI) Ahora bien, cabe preguntarse si tal extremo determina que la Ley N° 19.889 haya modificado el régimen de apelación existente hasta ese entonces.

Para la mayoría de este Cuerpo, conformada por los Sres. Ministros Dres. Pérez, Sosa y la redactora, efectuando un análisis en conjunto de la normativa, se desprende que tal modificación no tiene los efectos que se pretende.

Tal como se señaló, la selección de la familia que hace el INAU de conformidad al artículo 132.6 es para los casos *"en que el juez disponga la inserción familiar de un niño, niña o adolescente, sea esta la provisoria dentro del marco del proceso de los artículos 132.1 a 132.4 o dentro del proceso de separación definitiva del artículo 133"*.

Por su parte, el artículo 133.2, dispone que *"Podrá procederse a la integración familiar de un niño, niña o adolescente con fines de*

adopción cuando, en el marco del proceso previsto en el artículo 132 de este Código, el juez competente entendiere que se encuentra acreditada su condición de adoptabilidad, fundándose en que se ha producido la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos con sus progenitores y otros miembros de la familia de origen que eventualmente hubieran podido encargarse de su cuidado, estar expuesta su salud física, emocional, mental o espiritual o a la vulneración de sus derechos y la posibilidad de lograr el establecimiento de nuevos vínculos afectivos adecuados a su situación, logrando su protección integral. En estos casos se encargará preceptivamente el cumplimiento de la resolución judicial de inserción adoptiva de un niño, niña o adolescente al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU), a través del equipo técnico de adopciones previsto en el artículo 158 de este Código, quien deberá dar estricto cumplimiento al literal D) de la mencionada disposición (...) El Tribunal solo podrá apartarse de la selección realizada por el equipo técnico del INAU por motivos especialmente fundados, encomendando a dicho Instituto, a través de su equipo técnico, una nueva selección en idénticos términos y condiciones a las establecidas para el primer caso, así como también de acuerdo a lo establecido en el artículo 132.6 en relación a aquellas situaciones de hecho en

las cuales el niño, niña o adolescente, se encuentre plenamente integrado a un núcleo familiar bajo un régimen de tenencia de origen lícito, caso en el que el juez, basado en los informes solicitados, en el interés superior del niño y su sana crítica podrá prescindir de la selección realizada por el equipo técnico del Departamento de Adopciones del INAU. El Directorio del INAU tendrá legitimación activa para apelar la sentencia que no contemple la sugerencia de su equipo técnico”.

Ergo, si bien asiste razón a las Defensas de autos en señalar que una cosa es el proceso del artículo 132 y otra es la del artículo 133, no puede perderse de vista que el propio artículo 132.6 del CNA refiere a la hipótesis del artículo 133 y este sí previó la legitimación de INAU.

Tal como expresan Cavalli y Ginares: *“si bien pudo considerarse derogada la posibilidad que el directorio de INAU de recurrir el rechazo de la selección por parte del tribunal que estaba prevista en el artículo 132.6, de acuerdo a la redacción de la ley 19.889, debe tenerse presente que esa posibilidad la conserva según lo dispuesto en el artículo 133.2 CGP”* (IBÍDEM, págs. 698-699).

Si bien, de una primera lectura podría entenderse que la eliminación expresa del artículo 132.6 del CNA a la legitimación del directorio de INAU para poder apelar determinó tal extremo, de una lectura armónica de las disposiciones y, en especial de cómo se entrelazan unas con otras, puede concluirse que la Ley N° 19.889, no varió en el punto y que la eliminación de dicho párrafo no determina, al entender de la mayoría, la pérdida de la legitimación de INAU.

En consecuencia, como la resolución judicial se apartó de la sugerencia que contemplaba el equipo técnico puede resultar apelable por el INAU.

VII) A ello cabe agregar que, si bien los sujetos principales de este proceso son el NNA, el tribunal, sus padres y los correspondientes defensores, como bien destacan Cavalli y Ginares, los responsables de cuidado también deben ser considerados parte de este proceso, en tanto el ordenamiento jurídico les reconoce el rol de tales y les atribuye un estatuto jurídico compuesto de responsabilidades, deberes y derechos respecto de los NNA que sean sus hijos o estén a su cargo (art. 41 de la Constitución y art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño). Desde que sus

derechos reconocidos en su propio estatuto jurídico pueden ser afectados por las resoluciones que se adopten en el proceso, deben ser considerados partes en el mismo, y como tal, tienen legitimación para comparecer al proceso, y entre otras cosas, impugnar resoluciones (CAVALLI, Eduardo y GINARES, Virginia. "Procesos ante las situaciones de amenaza o vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes". Procesos de Familia. RUDP. FCU. Montevideo. 2021. Págs. 671 y 672).

VIII) Véase que expresamente el artículo 5° de la CDN refiere a las "*personas encargadas legalmente del niño*", y conforme destacan los referidos autores, ello atiende a una amplia casuística de relaciones familiares o institucionales en que puede estar inmerso el sujeto de protección. En el caso, por resolución adoptada en audiencia del 5 de abril de 2022, se dispuso el egreso del recién nacido del CHPR, y como medida provisional se ordenó la inserción del mismo a un hogar de amparo del INAU, institución en que se encuentra inmerso el menor objeto de protección. Y que por tanto, ingresa dentro la categoría descrita por la CDN.

En definitiva, en virtud del desarrollo que viene de efectuarse, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

RESUELVE:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, Y EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA, DECLARANDO QUE EL INAU POSEE LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN OBRANTE A FS. 108 A 111 VTO.

NO EXISTIENDO PREJUZGAMIENTO, DEVUÉLVANSE LOS AUTOS AL TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1ER. TURNO, A LOS EFECTOS DE QUE SE PRONUNCIE SOBRE LOS RESTANTES PUNTOS DE LA VÍA RECURSIVA.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE, Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL ACTUANTE.

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

**DRA. DORIS MORALES
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DISCORDE: por cuanto,
entiendo que corresponde
declarar inadmisibile el
recurso de casación inter-

puesto, atento a la falta de legitimación de la
recurrente INAU.

1.- Liminarmente, previo a
ingresar al mérito de la cuestión, al igual que la
mayoría de la Corporación, entiendo que en el caso de
autos no se verifica el supuesto de la doble confirma-
toria. El Tribunal no ingresó en el fondo del asunto,
desestimó el recurso de apelación por falta de
legitimación, por ende, no existieron dos fallos
coincidentes en el mismo sentido.

2.- **Legitimación para impugnar
por parte de INAU.**

2.1.- En primer lugar,
debemos recordar qué entendemos por legitimación
procesal.

La legitimación procesal
constituye uno de los presupuestos procesales que se
requieren a los efectos de que la sentencia a dictarse
sea favorable a una u otra parte del proceso, pero no
para la validez del mismo. La legitimación procesal o
legitimación en la causa constituye un presupuesto de la

sentencia de mérito, ya que se vincula con el fondo del litigio y que debe relevarse y resolverse en forma previa a la resolución de la cuestión de mérito. La legitimación es: *"La consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud del cual exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que sean dichas personas quiénes figuren como partes dentro de tal proceso. La legitimación se resuelve, pues, en una situación determinada, particular posición del sujeto frente al objeto... Es la posición que permite a un sujeto obtener una providencia eficaz sobre el asunto litigioso. Es pues, un concepto procesal, pero referido a la pretensión, esto es al derecho sustancial reclamado... La legitimación es un presupuesto de la sentencia de mérito"* (Vescovi, Enrique, en Derecho Procesal Civil, T. II, págs. 162 y 163, año 1974, Ediciones Idea).

Específicamente en lo que refiere al ámbito recursivo, se requiere un interés en el sujeto activo del recurso, como requisito de impugnabilidad subjetiva, concretamente la existencia de un perjuicio jurídico, es decir, debe existir un gravamen que se traduce en un perjuicio efectivo, un agravio, asimismo, lo antes expuesto no es suficiente,

el sujeto debe además tener legitimación para impugnar las resoluciones judiciales.

El art. 242 del CGP establece que: *"tienen legitimación para impugnar las resoluciones judiciales, las partes, entre las cuales se entienden incluidos los terceros intervinientes en el proceso, los sucesores y demás sujetos alcanzados por la sentencia (artículo 218) a los que la resolución cause perjuicios, aunque éste sea parcial"*.

Como señala GIUFFRÀ: *"En esta disposición se advierte sin dificultad dos elementos que hacen a la admisibilidad de un medio impugnativo: por un lado, la legitimación para impugnar y por otro, el interés en la impugnación que se reduce en el perjuicio o agravio que padece el impugnante. En lo que al primero de los elementos refiere, el mismo dice relación con identificar cuál es el sujeto cuya posición lo hace especialmente sensible a la injusticia del fallo, o dicho de otro modo, es la aptitud reconocida para interponer los recursos (...) es de destacar, que en tanto el art. 242 del CGP exige el agravio o perjuicio como elemento constitutivo de la legitimación activa del recurrente, la citada disposición debe leerse conjuntamente con el art. 11.2 del mismo cuerpo normativo que exige el interés para proponer o controvertir útilmente las pretensiones y*

para ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una y otra posición” (GIUFFRA, Carolina. Los recursos judiciales en el Código General del Proceso. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2013, T. 1, págs. 57/58).

Enseña VESCOVI que: *“El acto impugnativo es, en principio, un acto procesal que opera dentro del proceso en que se produce, por lo que está reservado a los sujetos procesales. Y tratándose de las resoluciones del Juez, son las partes quienes pueden impugnarlas. Inclusive porque son ellas que pueden resultar agraviadas o lesionadas por ellas (...)* En consecuencia de lo dicho, *el que puede impugnar es la parte que ha sufrido algún agravio por el acto procesal” (VESCOVI, Enrique. Derecho procesal: recursos: otros medios impugnativos. 2ª Ed. Montevideo: Idea, 1998. T. 6, V.2, pág. 30).*

Por su parte, en referencia al recurso de apelación, el art. 248 del CGP dispone que: *“La apelación es el recurso concedido a favor de todo litigante que haya sufrido agravio por una resolución judicial, con el objeto de que el tribunal superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, la reforme, revoque o anule”.*

Como expresa KLETT: *“(…)*

la norma refiere inequívocamente a todo litigante, esto es, aquel sujeto que se introdujo en el proceso asumiendo la posición de la parte activa (actor) o fue convocado o se incorporó en algunas de las situaciones reguladas por la ley: demandado, tercero interviniente voluntario o coactivo, tercero al que la propia ley le confiere la posibilidad de participación, no lo conmina a hacerlo, simplemente lo sitúa en una determinada posición, al poner en su conocimiento la existencia de determinado proceso, para que él asuma la conducta que resulte conveniente a la defensa de sus derechos. En definitiva, el poder de impugnación corresponde a los titulares de los poderes de acción y de acepción en cuanto estos poderes son ejercidos en el proceso. Ello no significa que, necesariamente, deban haber comparecido, sino que basta con haber sido emplazados o notificados de su existencia, según los casos, es decir, que se les haya habilitado la posibilidad de comparecer a ejercer sus derechos" (KLETT, Selva A. *Proceso ordinario en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2014, T. 3, págs. 39/40).

La Prof. KLETT analiza la situación de diferentes sujetos que, de forma expresa o implícita, las normas previeron la posibilidad de que los mismos puedan impugnar, aunque la calidad de los

intervinientes no sea del todo clara. Tal es el caso del Sindico (arts. 462.1, 458.3 y 458.5 del CGP); árbitros, abogados, procuradores y peritos (arts. 144 y 148 de la LOT, 185.4 del CGP); defensa de intereses difusos o colectivos; el Ministerio Público al actuar como parte o tercero; depositarios, tasadores y rematadores (KLETT, Selva A. Ob. Cit., págs. 41 y ss.).

2.2.- Ahora bien, corresponde aplicar los conceptos generales antes expuestos al presente caso en concreto. En las presentes actuaciones se tramita un procedimiento de medidas provisionales (arts. 132.1 a 132.6 del CNA), como proceso previo al de adopción regulado en el art. 142 del CNA.

Como expresa el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno en sentencia N° 203/2022: "*(...) el régimen de la LUC no deroga el proceso de separación provisional, ya que la declaración de adoptabilidad solo puede obtenerse a través del proceso previsto en los artículos 132 a 132.3 CNA*".

El art. 132 del CNA dentro del capítulo III (Alternativas Familiares) establece el deber de comunicación de amenaza o vulneración del derecho establecido en el art. 12 del CNA. Estableciendo los sujetos que tienen el deber de comunicación ante una situación de vulneración de un niño, niña o adolescente

(NNA) y la disposición de las primeras comunicaciones entre el Juez competente e INAU.

El art. 132.1 del CNA prevé la aplicación de medidas cautelares haciendo remisión a los arts. 311 a 315 del CGP. Por su parte, el art. 132.2 CNA determina la duración del proceso de las medidas provisionales, así como los plazos máximos para la institucionalización dependiendo si el niño es menor o mayor de 2 años. El INAU a través de sus equipos técnicos brinda informes para que el Juez adopte la resolución.

El art. 132.3 del CNA, establece que la resolución final la cual podrá ratificar o rectificar las medidas cautelares dispuestas, dando por concluido el proceso y expidiendo el correspondiente testimonio. La disposición establece una nómina de situaciones en las cuales se puede verificar la condición de adoptabilidad del NNA.

El art. 132.4 del CNA determina la posibilidad que ante la disposición por parte del Magistrado de la institucionalización del NNA o la permanencia en el Programa de Acogida Familiar, el INAU podrá solicitar la condición de adoptabilidad toda vez que los fundamentos de aquella hubieran variado y colocado al NNA nuevamente en una situación de desvinculación familiar.

Por último, el art. 132.6 del CNA prevé la hipótesis en que el Juez disponga la inserción familiar del NNA, el que de ser interrumpido vulneraría sus derechos, siempre que la tenencia haya comenzado en forma lícita.

De los artículos previamente reseñados, se concluye que la intervención por parte de INAU resulta ser de carácter de auxiliar de justicia, desarrollando un rol netamente técnico a través de sus informes asesorando al Magistrado de la situación del menor, así como, realizando recomendaciones e informes de posibles familiares que pudieran acoger al menor.

No surge la posibilidad de que INAU pueda impugnar la decisión de primera instancia. Entiendo que en todo caso el legislador debió establecerlo expresamente tal como en los procedimientos del art. 133 del CNA, en el cual entendió que el Directorio de INAU tendrá legitimación activa para impugnar la decisión.

Cabe destacar que el art. 68 del CNA establece la competencia del INAU, de la lectura del artículo se concluye el carácter técnico del Organismo y de auxiliar de justicia, llevando adelante políticas de Estado a través de programas y proyectos, buscando el fortalecimiento de familias integradas por

NNA. También funcionará como organismo fiscalizador de las instituciones públicas y privadas a las que concurren NNA y tendrá legitimación para realizar denuncias por violación de los derechos de los NNA.

Como expresa José Carlos BARBOSA MOREIRA citado por PERERA, se podría concebir un sistema que habilitara a cualquier persona a recurrir una decisión judicial injusta. Sin embargo, por obvias razones de conveniencia práctica, los ordenamientos disminuyen el núcleo de los posibles impugnantes. Se trata entonces de fijar un requisito de admisibilidad fincado en la legitimación, al cual recurren todos los códigos procesales (PERERA, Jorge Carlos. *Apelación y segunda instancia: proceso civil y penal*. 3ª Ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2015, pág. 38).

Lo expuesto determina que el estatuto de INAU en los presentes procedimientos no es el de parte o de tercero, sino que se trata de un auxiliar de justicia, ello conlleva la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo que exista una disposición expresa, lo que no ocurre en el presente supuesto.

3.- Como fundamento coadyuvante, cabe destacar que en el presente caso se verificó una derogación expresa respecto a la legitimación impugnativa de INAU.

Surge que el art. 132.6

del CNA en la redacción dada por el art. 403 de la Ley N° 19.889 establece: *"En los casos en que el juez disponga la inserción familiar de un niño, niña o adolescente, sea esta la provisoria dentro del marco del proceso de los artículos 132.1 a 132.4 o dentro del proceso de separación definitiva del artículo 133, la selección de la familia la hará el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU):*

A) El Tribunal solo podrá apartarse de la selección realizada, por decisión fundada, avalada necesariamente por informe de equipos técnicos del Poder Judicial: Instituto Técnico Forense y equipos técnicos de los Juzgados de Familia con competencia especializada. En ese caso el Juez solicitará al INAU a través de su equipo técnico, una nueva selección en idénticos términos y condiciones a las establecidas para el primer caso.

B) El Tribunal podrá prescindir de la selección realizada por el equipo técnico del Departamento de Adopciones del INAU, por decisión excepcional y fundada, en aquellas situaciones de hecho en las que, un niño, niña o adolescente, se encuentre plenamente integrado a un núcleo familiar, habiendo generado lazos de tal envergadura que de ser coartados inevitablemente vulnerarían sus derechos, siempre y cuando esta tenencia haya comenzado en forma

lícita, priorizándose el interés superior del niño, niña o adolescente en cuestión. En estos casos el juez deberá requerir informes sociales y psicológicos de equipos técnicos del INAU, o del Poder Judicial: Instituto Técnico Forense o equipos técnicos de los Juzgados de Familia con competencia especializada. Una vez realizados los mencionados informes y de resultar favorables a la situación aludida a juicio del Tribunal interviniente, la tenencia se encontrará habilitada en los términos previstos por el literal B del artículo 140 de este Código, quedando habilitados los tenedores a promover el proceso de Separación Definitiva y Adopción Plena. El Tribunal gozará de las más amplias facultades de acuerdo al artículo 350 del Código General del Proceso. Toda forma de selección de familia adoptante que no cumpla con lo dispuesto en este artículo será nula. En caso de existir hermanos en igual condición deberá propenderse a su integración familiar en forma conjunta”.

Corresponde destacar que, la redacción anterior dada por el art. 2 de la Ley N° 19.092 establecía: “En los casos en que el Juez disponga la inserción familiar de un niño, niña o adolescente, sea esta la provisoria dentro del marco del proceso de los artículos 132.1 a 132.4 o dentro del proceso de separación definitiva del artículo 133, la

selección de la familia la hará el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU).

El Tribunal solo podrá apartarse de la selección realizada, por decisión fundada, avalada necesariamente por informe de equipos técnicos del Poder Judicial: Instituto Técnico Forense y equipos técnicos de los Juzgados de Familia con competencia especializada, y con dictamen del Ministerio Público. En ese caso el Juez solicitará al INAU, a través de su equipo técnico, una nueva selección en idénticos términos y condiciones a las establecidas para el primer caso.

El Directorio del INAU tendrá legitimación activa para apelar la sentencia que no contemple la sugerencia de su equipo técnico. Toda forma de selección de familia adoptante que no cumpla con lo dispuesto en el inciso anterior será nula.

En caso de existir hermanos en igual condición deberá propenderse a su integración familiar en forma conjunta" (el destacado nos pertenece).

En efecto, surge que el legislador modificó y suprimió la facultad de que INAU pueda apelar la sentencia que no contemple la sugerencia del equipo técnico.

A tales efectos, se

comparte lo expresado por SUPERVIELLE respecto a la derogación *"Hay derogación cuando una norma de igual o superior jerarquía interfiere con una regla de Derecho vigente, suprimiéndola lisa y llanamente, modificando su contenido o sustituyéndola. Este fenómeno produce la extinción de la norma anterior, que dejará de tener vigencia a partir del instante en que se hace obligatoria la nueva regla de derecho"* (SUPERVIELLE, Bernardo. *"De la derogación de las leyes y demás normas jurídicas"*, en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga, Montevideo, 1958, págs. 385 y ss.).

Por otra parte, entiendo que, si bien el art. 133.2 inc. 5 del CNA prevé la legitimación activa del Directorio de INAU para impugnar, en dicho supuesto nos encontramos ante otro procedimiento, el de separación definitiva, el cual no resulta aplicable al caso de autos.

En definitiva, la falta de legitimación recursiva ingresa dentro de la fase de admisibilidad del recurso, es un contralor que debe realizar la Corporación al tratarse de una falta de titularidad (legitimación) para impugnar (inimpugnabilidad subjetiva), lo cual se verifica por parte de INAU en el supuesto de autos, y por ende, determina a mi entender, que corresponda declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE, por cuanto

considero que corresponde

declarar inadmisibile el

recurso de casación inter-
puesto por el INAU, por similares fundamentos a los que
oportunamente desarrollé en sentencias Nos. 1.896/2012 y
110/2022 de esta Corporación, ante casos parangonables
al de autos.

En efecto, en el presente
caso el Tribunal de Apelaciones rechazó la alzada por
entender que el INAU carece de legitimación para
recurrir en apelación.

En ese marco, el recurso
de casación movilizado no resulta admisible, por cuanto,
por ejemplo: ya sea que el recurso se presenta fuera de
plazo (sentencia de la Suprema Corte de Justicia No.
110/2022), ora se tenga por desistido al apelante
(sentencia de la Suprema Corte de Justicia No.
1.896/2012), se declare mal franqueada la apelación por
ausencia de agravios útiles (sentencia de la Suprema
Corte de Justicia No. 842/2014), se resuelva que la
recurrida no admite apelación o, como en el presente
caso, se disponga que el recurrente carece de legitima-

ción para recurrir, en cualquiera de estas situaciones, considero que la temática se resuelve en función de lo dispuesto por el art. 268 inc. 2 del CGP en la redacción dada por el art. 37 de la Ley N° 17.243, en donde se dispuso que *"No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia"*.

Efectivamente, en la subcausa, al resolver el Tribunal de Apelaciones que el INAU carece de legitimación para impugnar, lo cierto es que se resolvió la apelación, confirmándose la sentencia de primera instancia en todo y sin discordia.

Entiendo que la distinta fundamentación no impide considerar que existieron dos fallos conformes.

Lo mismo sucedería si, en segunda instancia (a diferencia de lo que se hubiera decidido en primer grado), se rechazara el recurso de apelación por haberse relevado la caducidad, la falta de agotamiento de la vía administrativa, se declarara la prescripción, etc.

En cualquiera de esos casos, existiría decisión en segunda instancia confirma-

toria de la de primer grado, aunque por otros fundamentos, lo que no impide aplicar la solución legal adjetiva.

Para finalizar, entiendo que el INAU no reviste la calidad de parte demandada en este proceso, por lo que no se trata de un juicio "seguido contra el Estado" (art. 268 del CGP).

En suma, declaro inadmisibile el recurso de casación interpuesto.

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA