

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, ocho de mayo de dos mil diecisiete

**VISTOS:**

Para sentencia interlocutoria, estos autos caratulados: "**AA. Ley 17.823, artículo 132 C.N.A. Casación**", IUE 435-200/2014, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud de los recursos de casación interpuestos por los tenedores de la niña AA y por el INAU contra la sentencia interlocutoria identificada como SEI 0010-000141/2016, dictada a fs. 231-235 por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1<sup>er</sup> Turno.

**RESULTANDO:**

I) Por sentencia interlocutoria No. 4715/2015, dictada el 21 de setiembre de 2015 por la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 1<sup>er</sup> Turno, Dra. María Rosa Silva, se desestimó la pretensión de declaración de nulidad del procedimiento por el cual se había dispuesto la inserción de la niña AA en una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes del INAU, con el fin de que fuera adoptada. Dicha pretensión fue presentada por BB, madre biológica de la niña.

II) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1<sup>er</sup> Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. Lilián Bendahan, María del Carmen Díaz y Gerardo Peduzzi, órgano que, por sentencia interlocutoria identificada como SEI 0010-000141/2016, dictada el 20 de julio de 2016, revocó la sentencia recurrida y, en su lugar, dispuso que la Sede Letrada actuante debía proceder "en la forma establecida en el considerando No. 6 *in fine*" de su decisión (fs. 231-235).

En dicho considerando, la Sala expresó:

*(...) procederá la reinserción provisional de la niña en el hogar de su madre junto a su abuela materna, se comenzará por parte del INAU con una información acerca de las condiciones actuales del hogar, entregándose la tenencia a la abuela materna.*

*Este hogar deberá ser supervisado y acompañado por técnicos y recursos especialmente destinados a situaciones de vulnerabilidad familiar. Para ello, la Sede a quo dispondrá la inclusión de la familia en todos los programas de asistencia disponi-*

bles, con derivación y seguimiento a cargo del INAU, e informes periódicos de la Sede.

III) DD y EE, tenedores de la niña AA desde el 22 de diciembre de 2014 con miras a su adopción, interpusieron recurso de casación (fs. 246-256vto.).

En sustento de su recurso, expresaron:

1) La Sala vulneró las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia (Acordada No. 7674), en la medida en que la niña no fue oída mediante la intervención de técnicos especializados ni se dispuso una tutela adecuada de sus derechos.

2) La Sala revocó la sentencia No. 4715/2015, por la que no se había hecho lugar a la nulidad por indefensión solicitada por la madre de la menor, y no se pronunció sobre la existencia de la nulidad invocada, lo que supuso un error *in procedendo*, que vulnera lo establecido por los artículos 116 y 257.4 del C.G.P.

3) La Sala incurrió en error en el fondo al arribar a la solución revocatoria, por cuanto realizó una valoración errónea de la prueba, al restarle importancia a los informes técnicos elaborados en el curso del proceso.

4) En definitiva, solicitaron que, para garantizar el interés superior de la niña, se anulara la sentencia impugnada y que, en su lugar, se confirmara el pronunciamiento de primer grado.

IV) A fs. 267-276 vto. compareció la representante del INAU e interpuso recurso de casación.

En sustento de su recurso, expresó:

1) La nulidad invocada por la recurrente al apelar no existió y, además, fue alegada en forma extemporánea.

2) El Tribunal no se pronunció sobre la nulidad invocada y, en cambio, revocó una sentencia firme.

3) No corresponde reintegrar a la menor a su familia biológica porque carece de las condiciones para hacerse cargo de ella.

La niña se encuentra integrada a la familia que la acogió desde el 22 de setiembre de 2014; por ello, y atendiendo al interés superior de la niña, el reintegro resulta inviable.

4) El Tribunal vulneró la regla que asegura la doble instancia, porque falló en sustitución del *a quo*, en transgresión de lo dispuesto en el artículo 116 del C.G.P. El correcto proceder hu-

biera sido, en caso de acogerse la nulidad, reenviar al estado en que se encontraban los autos al producirse la referida irregularidad.

5) En definitiva, solicitó que se anulara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se confirmara lo resuelto en primera instancia.

V) A fs. 290-305 y 311-321 compareció la BB y evacuó los traslados que le fueron conferidos en virtud de los recursos de casación interpuestos.

VI) A fs. 323-334vto. comparecieron DD y EE y evacuaron el traslado conferido del recurso interpuesto por el INAU.

VII) A fs. 342-352 y 355-372 compareció la defensora de la niña AA y evacuó los traslados de los recursos de casación abogando por su rechazo.

VIII) La Sala, por resolución identificada como MET-0010-000822/2016, dispuso el franqueo de los recursos de casación interpuestos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 375).

IX) El expediente se recibió en la Corte el 17 de octubre de 2016 (fs. 383).

X) Por providencia No. 1729/2016 se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 384vto.).

XI) Por resolución No. 1755/2016, del 4 de noviembre de 2016, la Suprema Corte de Justicia dispuso dejar sin efecto la medida dictada por la Sala, medida que dispusiera la reinserción provisional de la niña en el hogar de su madre biológica (fs. 402-403).

XII) A fs. 441-444 compareció el Sr. Fiscal de Corte y evacuó la vista conferida, expidiéndose, en definitiva, en los siguientes términos: "*(...) el Alto Cuerpo, examinando los principios comprometidos en el sub-examine, ha de fallar conforme viere a derecho corresponder (fs. 443 infra y 444)*", (dictamen No. 0094, del 13 de febrero de 2017).

XIII) Por providencia No. 142/2017 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 446), la cual se acordó dictar en el día de la fecha.

#### **CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, por el número de voluntades legalmente requerido (artículo 56 de la Ley 15.750), acogerá el recurso de casación interpuesto.

II) La Corte considera del caso señalar que la intelección del expediente no está exenta de dificultades, habida cuenta de la desprolijidad con la que han sido llevados estos procedimientos.

Corresponde, pues, realizar una breve reseña de todas las actuaciones relevantes a los efectos de clarificar el panorama y facilitar la toma de la presente decisión.

Respecto de los hechos de autos existen dos procesos paralelos radicados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 1<sup>er</sup> Turno: a) el expediente caratulado: "AA. Ley 17.823. Artículo 132 C.N.A.", individualizado como IUE 435-200/2014; y b) el expediente caratulado: "DD y otros c/ Costa, Natalia. Separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen", individualizado como IUE 0002-005346/2015.

A continuación reseñaremos las actuaciones de ambos procesos:

1) Expediente caratulado: "AA. Ley 17.823. Artículo 132 C.N.A.", IUE 435-200/2014.

Este proceso se inició el 24 de febrero de 2014, ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Especializado de 3<sup>er</sup> Turno.

El 16 de octubre de 2014, luego de diversas actuaciones, informes técnicos, intervención de la progenitora y del Ministerio Público, por resolución No. 7742/2014, la Sede resolvió la inserción provisoria en guarda preadoptiva de AA, quien estaba próxima a cumplir 2 años de edad.

El 11 de marzo de 2015 se dictó la sentencia interlocutoria No. 1316/2015 (fs. 137-138), por la que se ratificó la decisión de inserción de AA en una familia seleccionada por el INAU del Registro Unico de Aspirantes. El mismo día, por auto No. 1317/2015 (fs. 139), se dispuso la remisión del expediente al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia que por Turno correspondiere, por haber concluido la intervención de urgencia.

El 22 de marzo de 2015 se asumió competencia por parte del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 1<sup>er</sup> Turno y se designó a la Dra. Liliana Vaccaro como defensora de oficio de la niña (fs. 150).

El 18 de junio de 2015 compareció el INAU y solicitó a la Sede de Familia de 1<sup>er</sup> Turno que ratificara lo actuado por su homóloga especializada de 3<sup>er</sup> Turno (fs. 154-155). Ante tal solicitud, recayó la providencia No. 3076/2015 que dispuso que correspondía ocurrir por la vía del proceso de separación

definitiva previsto por el artículo 133 del C.N.A. (fs. 157).

El 10 de setiembre de 2015 comparecieron BB y CC, madre y abuela biológicas de AA, denunciaron la nulidad de lo actuado y solicitaron la tenencia de la niña (fs. 170-178). A esa fecha, AA estaba a dos meses y 20 días de cumplir 3 años de edad. Dicha pretensión fue desestimada por la resolución No. 4715/2015, del 21 de setiembre de 2015, sin sustanciarse la incidencia.

Contra la referida resolución, BB interpuso los recursos de reposición y de apelación (fs. 194-203). La apelación fue resuelta por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1<sup>er</sup> Turno por sentencia identificada como SEI 0010-000141/2016, del 20 de julio de 2016, sentencia por la cual, en lo sustancial, se revocó lo resuelto por la sentencia No. 1316/2015, del 11 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Especializado de 3<sup>er</sup> Turno, por la cual esa Sede Letrada había ratificado la decisión de insertar a AA en una familia seleccionada por el INAU del Registro Unico de Aspirantes. A la fecha de este fallo de segunda instancia, AA tenía 3 años y 8 meses.

2) Expediente caratulado:  
"DD y otros c/ BB. Separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen", individualizado como IUE 0002-005346/2015.

El 25 de febrero de 2015, DD y EE promovieron ante la misma Sede Letrada de Familia de 1<sup>er</sup> Turno el proceso de separación definitiva de la familia de origen de AA, previo al juicio de adopción en los autos caratulados: "DD y otros c/ BB. Separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen", individualizado como IUE 0002-005346/2015.

En ese proceso, por sentencia definitiva No. 165/2015, dictada el 21 de setiembre de 2015, se falló: *Decrétase la separación definitiva de la niña AA de su madre BB y de su familia de origen y la pérdida de los derechos inherentes a la patria potestad por parte de su madre BB. Ratifícase la tenencia a los gestionantes, Sres. DD y EE. Manténgase por cuerda el IUE 435-200/2014 (...), decisión que fue apelada por Natalia Costa (fs. 87-99).*

Culminados los trámites respectivos, los autos fueron recibidos por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1<sup>er</sup> Turno el 5 de febrero de 2016.

El 27 de febrero de 2016, por resolución identificada como MET 0010-000308/2016, el Tribunal dispuso estar a lo dispuesto en el expedien-

te acordonado IUE 435-200/2014, en el cual, a su vez, se resolvió: *Continúese el procedimiento en este expediente en forma previa. Una vez dictada resolución y ejecutoriada, continúese en los autos 2-5346/2015 (...).*

III) La naturaleza de la sentencia y la legitimación de los recurrentes.

Estamos ante una sentencia que debe ser calificada como interlocutoria con fuerza de definitiva, ya que pone fin al proceso tramitado en los autos caratulados: "AA. Ley 17.823. Artículo 132 C.N.A.", individualizado como IUE 435-200/2014.

Los recurrentes están legitimados para interponer recurso de casación: el INAU, en virtud de lo dispuesto por el artículo 132 del C.N.A., y DD y EE, por ser los actuales tenedores de la niña.

IV) En cuanto a la infracción de lo dispuesto en los artículos 116 y 257.4 del C.G.P.

Ambas partes recurrentes se agraviaron porque la Sala de Familia de 1<sup>er</sup> Turno resolvió revocar la sentencia No. 4715/2015, por la que no se había hecho lugar a la nulidad por indefensión solicitada por la madre de la menor, sin pronunciarse sobre la existencia de la alegada nulidad, lo cual supuso un error *in procedendo*, que vulnera lo dispuesto por los artículos 116 y 257.4 del C.G.P.

El agravio es de recibo.

El 11 de marzo de 2015 se dictó la sentencia interlocutoria No. 1316/2015 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Especializado de 3<sup>er</sup> Turno (fs. 137-138), por la que se ratificó la decisión de disponer la inserción de AA en una familia seleccionada por el INAU del Registro Unico de Aspirantes, con fines de adopción.

Posteriormente, la madre biológica compareció a solicitar que se declarara nulo lo actuado a través de la promoción de un incidente y, en su mérito, solicitó que se modificara lo resuelto.

La pretensión incidental de declaración de nulidad fue desestimada sin sustanciar por la jueza "a quo".

Una vez interpuesto el recurso de apelación, el objeto de conocimiento del Tribunal estaba dado por la existencia o no de nulidad de lo actuado en primera instancia.

Se reitera: la pretensión de modificación de la sentencia se fundó en la nulidad de las actuaciones que fuera alegada por BB, nulidad que fue denunciada mediante la promoción del respectivo incidente y desestimada por la sentencia posteriormente recurrida en casación.

En este marco, es claro que la competencia del tribunal *ad quem* estaba limitada a resolver sobre el concreto objeto de agravio y, lógicamente, no podía modificar lo resuelto por una sentencia firme.

El Tribunal incurrió en un vicio de procedimiento, en la medida en que no analizó si se configuró o no la indefensión alegada por la madre, esto es, si el procedimiento que concluyó con la sentencia se encontraba o no viciado de nulidad, vicio no solo invocado en casación por los tenedores de la niña, sino también por el INAU.

El Tribunal optó por decidir el objeto de fondo sin respetar las normas procesales que señalan cómo debía haber obrado en este caso (artículos 116 y 257 del C.G.P.), obrar que requería que se pronunciara sobre la cuestión que debía haber examinado en forma previa (artículos 257.4 y 116 del C.G.P.).

Lo actuado por el Tribunal determina una alteración en el orden de proceder que constituye una infracción de las reglas esenciales para la garantía del debido proceso y configura una causal de casación, según lo establecido en el artículo 270 inciso segundo del C.G.P.

La falta de pronunciamiento sobre la nulidad, en forma previa a la decisión del fondo del asunto, constituye, en este caso, un vicio de forma que justifica la anulación del fallo y la remisión del proceso al Tribunal subrogante para que se pronuncie sobre la nulidad invocada.

En otro orden, el objeto de conocimiento del proceso tramitado en estos autos fue introducido en el proceso extraordinario iniciado por los tenedores de AA en los autos caratulados: "DD y otros c/ BB. Separación definitiva del niño o adolescente de su familia de origen", individualizado como IUE 0002-005346/2015, el cual también estaba siendo objeto de conocimiento del Tribunal y cuyo trámite fuera suspendido hasta la dilucidación de esta litis (fs. 225 del expediente IUE 435-2000/2014; fs. 135 del expediente IUE 2-5346/2015).

Este último proceso resulta ser la vía idónea para debatir si corresponde o no mantener la situación o reintegrar a la niña a su familia de origen, ya que se trata de un proceso que admite un debate más amplio y con garantías superiores a las del trámite cautelar por el que se sustanció este procedimiento.

V) En función de lo expuesto en el párrafo precedente, mientras no se resuelva en la vía pertinente si corresponde o no modificar la situa-

ción actual de AA, no cabe más que mantener la tenencia tal como fuera resuelto por esta Corte.

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

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

**FALLA:**

Anúlase la sentencia recurrida por error *in procedendo* y, en su mérito, remítanse estas actuaciones al Tribunal de Apelaciones subrogante a efectos de que resuelva la pretensión declarativa de nulidad planteada por BB a fs. 194-203 al interponer los recursos de reposición y apelación en subsidio contra la sentencia interlocutoria No. 4715/2015 de autos.

Sin especial condenación procesal.

Publíquese y devuélvase.