

//tencia N° 1066

Montevideo, cinco de octubre de dos mil veintitrés

VISTOS:

Estos autos caratulados: **AA Y BB - ART. 132 CNA - CASACIÓN - IUE: 501-478/2020.**

RESULTANDO:

1.- Por sentencia N° 8.303 de 23.XII.2022 el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Paysandú de 7° Turno falló: "A la condición de adoptabilidad solicitada, no se hará lugar por los fundamentos expuestos. Otórgase a la Sra. CC una licencia para compartir a sus hijos AA y BB durante las fiestas tradicionales y los fines de semana siguientes, fijándose una audiencia evaluatoria para el día 13 de febrero de 2023 a las 10.00 horas. Dichas licencias serán bajo estricto seguimiento de INAU, quien deberá aportar los medios necesarios para su cumplimiento e informar a la Sede cada quince días. Intímase a INAU a ingresar a la Sra. CC a programas de realojo de vivienda del Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, tal como surge de lo informado por dicho Ministerio y lo referido por esta proveyente supra" (fs. 294/297 vta.).

2.- Por sentencia N° 487 de 3.V.2023 el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° Turno resolvió: "Desestímase el recurso de apelación por

falta de legitimación del recurrente. Sin especial condena procesal en el grado. Oportunamente, devuélvase a la Sede de procedencia" (fs. 333/339).

3.- A fs. 344/353 vta. la representante de INAU interpuso recurso de casación.

4.- Por decreto N° 611 de 24.V.2023 se confirió traslado del recurso; el que fue evacuado a fs. 358/360 vta. y a fs. 362/364 vta.

5.- Por decreto N° 770 de 21.VI.2023 el ad quem concedió el recurso de casación para ante la Corporación (fs. 366).

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 el caso de autos resultan trasladables "mutatis mutandi" las consideraciones efectuadas por la Corporación en sentencia N° 735/2023 que a continuación se transcriben:

"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, `l 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. 2º 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. 1º). 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 propia-

mente 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 adopta-

bilidad 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. 2º). 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. 9º). 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. 299 A 304.

NO EXISTIENDO PREJUZGAMIENTO, DEVUÉLVANSE LOS AUTOS AL TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1º 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 los funda-
mentos expuestos en discor-

dia a la sentencia N° 735/2023.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA

DISCORDE: por cuanto consi-
dero que corresponde decla-
rar inadmisibile el recurso de casación interpuesto en
virtud de los fundamentos expuestos en discordia a la

sentencia N° 735/2023.

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