

//tencia N° 120

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, veintidós de febrero dos mil dieciocho

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**AA c/ BB. Casación**", IUE 2-40321/2015, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud de los recursos de casación interpuestos por la parte actora y por el defensor de la menor del caso de autos contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno, identificada como SEF 0010-000035/2017.

RESULTANDO:

I) A fs. 4-8vto., AA promovió este juicio con el fin de obtener que se declarara la pérdida de la patria potestad que BB ejercía sobre su menor hija, de 13 años a la fecha de la demanda.

Sostuvo que el padre había abusado sexualmente de su hija cuando tenía 3 años de edad.

En subsidio de su pretensión, solicitó que se le limitara la patria potestad y que se lo privara del derecho de visitas y de autorizar los viajes al exterior de la menor.

II) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 153/2016, dictada el 18 de agos-

to de 2016 por la Dra. Rosana Pose, titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de 8° Turno, se hizo lugar a la demanda y se decretó la pérdida de la patria potestad del demandado sobre su hija (fs. 105-121).

III) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno, integrado por las Dras. María del Carmen Díaz, Mirian Musi y Loreley Pera, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0010-000035/2017, dictada el 8 de marzo de 2017, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda en todos sus términos (fs. 149-155).

IV) La parte actora interpuso recurso de casación (fs. 160-164).

Sostuvo, en lo medular, que:

1) La Sala aplicó erróneamente lo dispuesto en los artículos 3 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y en los artículos 8, 15 y 16 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

La sentencia no se fundó en el interés superior de la menor y no respetó su voluntad, que fue expresada libre y coherentemente, sin que se hubiese probado manipulación alguna.

En el dictamen pericial

del 17 de setiembre de 2009 se informó que la adolescente era capaz de distinguir el bien del mal y que había que respetar su opinión.

La sentencia no explicó por qué se apartó de la prueba pericial, en particular de la practicada en el expediente individualizado como IUE 2-9982/2006 (fs. 145-146), de la cual surge que el relato de la menor fue veraz y que se mantuvo a lo largo del tiempo.

2) El Tribunal valoró de forma absurda la prueba diligenciada en autos.

De la prueba pericial trasladada, surge que la niña fue víctima de abuso sexual por parte de su padre.

El Tribunal no valoró la prueba íntegramente y en su conjunto, eligió aspectos aislados, descartó conclusiones de peritos, así como el testimonio de la tía de la adolescente y la propia declaración de esta última.

No justificó por qué descartó el peritaje psicológico realizado por el Instituto Técnico Forense el 5 de mayo de 2009 (agregado como prueba trasladada del expediente individualizado como IUE 2-43586/2005, fs. 128-131).

El Tribunal valoró la conducta de la madre como obstaculizadora del vínculo del

padre con su hija, cuando lo que la madre pretendió fue proteger a su hija.

La Sala incurrió en otro error al valorar la prueba al basarse en pericias socio-habitacionales para descartar el abuso, ya que se trata de una prueba claramente inidónea para probar el abuso sexual infantil.

La demanda de visitas promovida por la abuela paterna fue rechazada en base a la prueba pericial practicada por expertos de la Unidad de Terapia Familiar del INAU el 1° de junio de 2011 y en ella se expresa que la familia paterna no acepta el relato de la menor.

En el peritaje practicado el 17 de agosto de 2009, la menor relató el abuso del que fue víctima por parte de su padre, así como el temor que este le provoca.

La Sala se fundó también en el peritaje médico forense que constató la virginidad de la menor, lo cual es absurdo, ya que el abuso denunciado consistió en un acto distinto al de la penetración.

3) En definitiva, solicitó que se anulara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se confirmara el pronunciamiento de primer grado.

V) El defensor de la menor

evacuó el traslado conferido, oportunidad en la cual adhirió al recurso de casación por entender, en síntesis, que:

1) La Sala valoró a la prueba en forma absurda.

El demandado fue denunciado por AA por un supuesto abuso sexual contra su hija el 15 de agosto de 2005. En el asunto intervino un Juzgado Letrado de Familia Especializado (expediente IUE 463-370/2005).

El relato del abuso surge de una entrevista practicada en los autos individualizados como IUE 2-43582/2005 (fs. 128-131).

El 10 de agosto de 2009, ante la División Integral de la Familia del INAU, la menor manifestó que recordaba el episodio de abuso y su deseo de no ver a la familia paterna, ya que la presionaban para que viera a su padre a quien teme (fs. 62 del expediente IUE 2-43586/2005).

En el 2010, la misma dependencia del INAU recomendó que la menor no fuera sometida a nuevos peritajes para evitar la revictimización.

El 16 de mayo de 2015, la Facultad de Psicología dictaminó que el episodio fue *internalizado* [por la menor] *como vivido y como tal éste ha determinado en gran parte la construcción de su*

subjetividad actual (fs. 242 del expediente IUE 2-43586/2009).

La adolescente manifestó ante los peritos que su padre la acosa, la sigue y le toma fotografías (fs. 241-244).

2) El fallo vulnera el interés superior de la menor, cuya tutela consagran diversas disposiciones de Derecho, tanto de fuente nacional como internacional

3) En definitiva, solicitó, al igual que la madre, que se anulara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se confirmara la decisión de primera instancia (fs. 170-174).

VI) La parte demandada no contestó ninguno de los recursos de casación interpuestos.

VII) Por providencia identificada como MET 0010-000497/2017, dictada el 10 de mayo de 2017, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno resolvió elevar el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 177).

VIII) El expediente se recibió en la Corte el 26 de mayo de 2017 (fs. 182).

IX) Por providencia N° 1149/2017 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 187).

X) Una vez cumplidos los trá-

mites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia acogerá el recurso de casación interpuesto, por coincidir con los impugnantes en que la Sala incurrió en una valoración probatoria arbitraria y absurda.

II) En cuanto al error en la valoración probatoria como causal de casación.

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

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

Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese

material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador (...).

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

III) En cuanto a la valoración probatoria de la Sala.

1) Es de recibo el agravio.

2) La Sala revocó el pronunciamiento de primer grado por entender que no se había probado la situación de abuso sexual invocada por la actora ni el abandono de la menor por parte de su padre.

El razonamiento probatorio de la Sala se basó en los siguientes elementos: a) la madre obstaculizó el relacionamiento de la menor con el padre; b) la ausencia de consecuencias penales en rela-

ción con la denuncia efectuada en el año 2005; c) un médico forense dictaminó que la menor era virgen; d) el interés del padre en vincularse con la menor; y, e) el interés de la menor de conocer a su hermana paterna.

La Corte considera que ninguno de estos elementos logra enervar la prolija valoración probatoria realizada por la jueza *a quo*.

Un elemento definitorio para anular la sentencia recurrida está dado porque la Sala se apartó de la prueba pericial obrante en autos sin fundar la razón del apartamiento, pese a la norma legal que la obligaba a hacerlo (artículo 184 del C.-G.P.).

Es más, parecería que la Sala perdió de vista cuál fue la causa que dio origen a la pretensión: la existencia de un episodio aislado de abuso sexual.

En tal sentido, la Corte comparte plenamente la valoración probatoria realizada por la jueza *a quo*, por considerar que se ajusta a las reglas de la sana crítica establecidas en el artículo 140 del C.G.P.

Corresponde reproducir los argumentos probatorios en los que se fundó el fallo de primer grado:

En efecto, emerge de las

pericias efectuadas en los autos acordonados, admitidas como prueba trasladada, el abuso sexual invocado por la accionante y sufrido por la entonces niña (...).

Así, en la pericia psicológica efectuada por Instituto Técnico Forense el día 5 de mayo de 2009, agregada de fs. 128 a 131 de los autos 2-43586/2005, se ha consignado que [la niña] de 7 años en la primera entrevista se presenta como una niña inhibida y expresa la angustia a través de los gráficos donde se observan zonas remarcadas que tienen que ver con la sexualidad femenina infantil. En la segunda, evidencia muy buena disposición a las diversas instancias realizadas, y devela en secreto a uno de los entrevistadores la situación de abuso. Esto se explica por sus temores frente a la revelación de los hechos ocurridos.

Posee una sordomudez afectiva que le permitió enfrentar las situaciones traumáticas vividas: la separación de los padres y el vínculo abusivo por parte del Sr. BB (...).

En cuanto a la existencia de indicadores de trauma psíquico en torno a un intento de abuso sexual, sí existe referencia a un trauma producido por la situación vincular con su papá pero no alcanzan para configurar un daño mayor porque ella logró tomar distancia del vínculo. Si bien existió una

situación que la niña logró precisar y que la angustia mucho, actualmente aparece muy defendida y ha hecho una elaboración de la situación vivida. Las visitas con su padre han reactivado sus temores (fs. 130).

En iguales actuaciones, se ha adjuntado pericia efectuada por la Facultad de Psicología realizada el 16 de mayo de 2015 en que se expresa que si bien la adolescente no recuerda la situación de presunto abuso sexual, por lo que no puede efectuar la pericia, [la niña] "...lo ha internalizado como vivido y como tal éste ha determinado en gran parte la construcción de su subjetividad actual" (fs. 242).

En el expediente individualizado con la IUE 2-9982/2006, de fs. 117 a 121, se encuentra agregada pericia psicológica de fecha 3 de marzo de 2009, con iguales transcripciones que las primeras de las mencionadas (fs. 119 y 120).

Asimismo, se ha recabado la declaración de dos de los psicólogos actuantes Carlos Fleitas y Ana Nin. El primero de los mencionados afirma la ocurrencia de "conductas invasivas hacia la niña por parte del padre.

No quiero calificar el hecho, el tocamiento en las zonas genitales" (fs. 145).

Y agrega elementos de ex-

trema relevancia como: "La niña comunicó enseguida a la madre lo que estaba pasando, lo comunicó con detalles, esto muestra coherencia y lo hace creíble, no es una especulación. (...) ella dibujó un gráfico que dibujaba genitales lastimados y la niña se mostraba inhibida" (fs. 145 y 146).

Es conteste a lo reseñado la declaración de la psicóloga Ana Nin (fs. 148 a 150).

En estos obrados es especialmente significativa la declaración de la Sra. CC. Si bien es familiar de la actora (tía), relata cambios de humor en [la niña] que son coincidentes con los extremos hallados en la pericia. Su situación emocional, a su vez (la testigo se emociona y se le entrecorta la voz durante la declaración, constancia de fs. 32), refleja la gran angustia por la que aún transita la familia ante la gravedad de los hechos vividos por [la niña].

La madre de la niña también se emociona y rompe en llanto durante su testimonio (constancia de fs. 31 in fine).

Sin perjuicio de la contundencia de las probanzas analizadas, no pueden desconocerse las propias declaraciones de la hoy adolescente.

A fs. 95 de autos 2-

9983/2006, DD, de 6 años de edad, expresaba con gran claridad a la anterior titular de la Sede los tocamientos en su zona genital que le efectuaba su padre, con gestos acordes y descriptivos de lo que narraba y daba detalles de su ocurrencia (estaba sola con su padre, en su casa, no era en el momento del baño, su madre la llevaba y la dejaba con él en su casa).

En audiencia realizada el 7 de abril del corriente, la adolescente persiste en 'el abuso que me hizo mi padre cuando tenía 3 años' y señala, con contundencia, luego de explicársele la naturaleza del trámite, 'Yo quiero que mi padre pierda la patria potestad' (fs. 37), (fs. 117-120).

Como, con acierto, expresan los recurrentes, la Sala se apartó de la prueba pericial sin fundar en otra prueba la razón del apartamiento. En rigor, el resto de la prueba producida en autos es corroborante de las conclusiones de los peritos.

En función de lo expuesto, la Corte considera que el razonamiento probatorio de la Sala, que ignoró olímpicamente lo expresado por los peritos actuantes, sustituyendo sin mayor justificación, por su mera voluntad, el imprescindible saber clínico requerido en el caso, configura un supuesto de razonamiento arbitrario, violatorio de lo dispuesto en los artículos 140 y 184 del C.G.P., que debe ser corregido en

casación.

Sobre el punto, este Colegiado, en la sentencia N° 47/2008, expresó: (...) *la adopción por el Tribunal de las conclusiones periciales no requiere en nuestro ordenamiento fundamentación ulterior, como sí impone, en cambio, el apartamiento (artículo 184 C.G.P.), más aun cuando, como en el subexamine, la pericia en cuestión no fue objeto de oportuna impugnación o crítica de parte (cf. Código General del Proceso, obra colectiva dirigida por el Prof. Vescovi, T 5, 1998, pág. 357).*

3) Sin perjuicio de lo que venimos de exponer, que es razón suficiente para acoger los recursos interpuestos, se impone realizar otras consideraciones.

Uno de los argumentos por los cuales la Sala concluyó que no se había verificado el episodio de abuso narrado en la demanda fue el resultado del dictamen pericial producido en Sede Penal, en el cual se señaló que: "(...) al examen genital de la niña DD se constata "vulva de caracteres normales; introito congestivo; enrojecido con himen anular sano. Región perineo anal sin lesiones. En suma: virginidad cierta" (fs. 4 del expediente IUE 436-970/2005).

Este argumento no resulta suficiente para apartarse de los otros dictámenes técni-

cos allegados a la causa, todos contestes en la verosimilitud del acto abusivo denunciado.

Véase que la Sala le asignó una eficacia probatoria determinante a ese dictamen, dictamen que, por su contenido, únicamente habilitaría a descartar la violación de la niña, mas no la concreta situación de abuso denunciada.

Cabe agregar que una las causales legales invocadas para fundar la pérdida de la patria potestad fue la prevista en el artículo 285 numeral 6 del Código Civil, donde se establece que los padres podrán perder la patria potestad, previa sentencia del juez competente: "Si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la ley penal".

En el propio Código Civil, con toda lógica y desde larga data, se prevé que los hechos fundantes de la pérdida de la patria potestad pueden o no estar alcanzados por el Derecho Penal. La causal referida comprende aquellos comportamientos absolutamente inapropiados susceptibles de interferir con la salud, seguridad e integridad moral de los hijos, independientemente de la procedencia de su castigo por el Derecho Penal.

En el caso, el episodio de abuso -hoy día ya lejano en el tiempo- constituyó una verdadera afrenta al desarrollo psíquico, emocional y moral de la niña, hoy adolescente.

La gravedad de este tipo de comportamientos no se mide en función de la repetición o sucesión de conductas impúdicas.

Un acto obsceno y reprobable realizado sobre un niño, en clara afectación o desprecio de su dignidad como persona, aun cuando sea aislado, califica dentro del concepto jurídico indeterminado de "costumbres depravadas o escandalosas" o "malos tratos".

IV) En cuanto a los restantes agravios.

Habida cuenta de la recepción del agravio antes analizado, carece de objeto ingresar a considerar los restantes.

V) En cuanto a las condenaciones previstas en el artículo 56 del C.G.P.

El contenido de este fallo obsta a imponer 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 y, en su lugar, confírmase el pronunciamiento de primer grado, sin especial condenación procesal.

Honorarios fictos: 15 B.P.C.

Publíquese y oportunamente,

devuélvase.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA