

Montevideo, 31 de mayo de 2019 .

SENTENCIA DEFINITIVA Nro. 77 /2019.

VISTOS -

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados "**M. V., Y. C/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS: AMPARO**" IUE 2-19997/2019;

RESULTANDO -

1) El día 29 de abril de 2019, comparece Y. D. M. V. en representación de su menor hijo A. C. M. B., promoviendo Acción de Amparo contra la Administración Nacional de Puertos (en adelante ANP). Manifiesta en síntesis que:

a) En el año 2018 tuvo una relación amorosa con la Sra. S. E. B. M., fruto de la cual nació A. C. el 14 de marzo de 2019, conforme testimonio de partida de nacimiento de fs. 1.

El día 22 de marzo ambos padres acordaron (fs. 3) que el niño quedaría a cargo de su padre.

b) Es funcionario de la ANP ingresando el 29/02/2016, como "Ayudante de Cocina", presupuestado dentro de la Unidad Administrativa 131100, en un régimen de 8 horas de labor.

Una vez que comunicara el nacimiento de su hijo, se le otorgaron los 10 días hábiles que le concede la ley 19.121 en su art. 15.

El día 21 de marzo de 2019 afilia a su hijo a la Mutualista Asociación Española, por medio del FONASA, concurriendo a diversas consultas médicas por el bajo peso de A..

Una vez vencidos los 10 días hábiles de licencia paternal, solicita a la ANP extensión de su licencia especial, asesorándole que solicitase licencia sin goce de sueldo por 6 meses, o que usufructuara su licencia anual reglamentaria o solicitara 30 días de licencia por enfermedad familiar, a lo que se niega.

c) Expresa que es padre soltero, no cuenta con ayuda familiar, y debe dedicarle tiempo, dinero, y cuidados a su hijo.

Es así que usufructuó los últimos 15 días de licencia reglamentaria que le quedaban para poder hacer frente al cuidado de su hijo.

El 8 de abril de 2019 la pediatra entiende que el niño debe permanecer con exclusiva y total dedicación de su padre hasta los 3 meses de vida, que corresponden al día 14 de junio de 2019.

Relata que debe reintegrarse a sus tareas el día 29 de abril, que dista de la fecha indicada por la pediatra.

Manifiesta que ante la ausencia de la madre de A. que debiera estar presente, y contener al niño en este momento, obligación esencial en su carácter de madre, será el actor quien se hará cargo del niño.

La ANP expresa que está legalmente atada, no teniendo solución para su caso, ofreciéndole que A. sea asistido luego de los 3 meses de vida por una guardería que poseen para los hijos de los funcionarios, contradiciendo a su entender lo preceptuado por la pediatra.

d) Se dirige entonces a la Oficina del Sistema Nacional Integrado de Cuidados (SNIC) establecido por ley 19.353, que le manifiestan que existe un vacío legal en cuanto es varón y no mamá soltera.

e) Presenta la presente acción de amparo frente al vacío legal existente, ya que la misma obedece a la necesidad de inmediatez de protección de su menor hijo que se encuentra a su entero cuidado, distando las normas nacionales en cuanto a la licencia paternal de lo que es la maternal, no contemplando situaciones particulares como la suya, tanto en la ley 19.161, la 19.121 en cuanto a la regulación del estatuto de funcionario público, teniendo especial énfasis en el art. 15 referente a licencias especiales.

Explica que la ley 19.121 plantea una licencia maternal con un máximo de duración de 13 semanas y una paternal de 10 días hábiles, lo que a su entender vulnera la igualdad de derechos y género y que existiendo un vacío legal debe integrarse mediante el principio de igualdad.

Solicita el amparo como garantía específica a favor de su hijo, debiendo reintegrarse al trabajo, y de no hacerlo pasible de

procedimiento administrativo y pérdida del trabajo, única fuente de ingresos y sustento de A..

Agrega que esta acción es el único medio hábil idóneo y sumario ante la gravedad e inmediatez del posible perjuicio latente, ya que la única posibilidad que tenía era plantear una petición calificada al amparo del art. 318 de la Constitución lo que lleva un plazo excesivo, lesivo en su caso.

f) Funda su derecho en las normas: leyes 16.011, 19.121, 16.045, 19.161, 16.137, CNA y arts. 7, 72 y 332 de la Constitución.

A su vez entiende que las normas supranacionales juegan un papel fundamental, como es el Pacto de San José de Costa Rica, y la Convención de Derechos del Niño incorporada por ley 16.137

Ofrece prueba documental y testimonial.

Solicita en definitiva se haga lugar a la acción de amparo, otorgándole licencia hasta el 14 de junio de 2019 (3 meses de vida) o hasta tanto la profesional actuante responsable por la debida atención del niño, indique como necesario para salvaguardar su integridad, apego familiar y cuidados necesarios vitales para su normal desarrollo, teniendo presente que la ley ampara a la madre para no asistir a trabajar hasta la semana 12 luego del parto.

Solicita asimismo se oficie al BPS para que le otorgue goce de

medio horario de trabajo efectivo (4 horas) desde el tercer mes de vida (14 de junio de 2019) hasta el 6° mes (14 de setiembre de 2019), haciendo efectivo el cobro parental legal correspondiente como subsidio de 50% sobre la percepción de haberes.

2) Plantea la acción de amparo frente al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 13er turno, que con fecha 30 de abril de 2019, sentencia N° 683/2019 desestimó la acción impetrada, por entender que no existe ilegitimidad manifiesta en el actuar de la ANP.

A fs. 26 con fecha 3 de mayo de 2019, el actor interpone recurso de apelación contra la mentada resolución, esgrimiendo como agravios, que es justamente la ilegitimidad manifiesta la que se presenta en su caso, existiendo error en la aplicación de la norma por parte de la Sede actuante. El hecho en que se basa la demanda es el avasallamiento de los derechos del niño, dado que su padre es la única figura que posee para su cuidado, dado el apego que falta ante la ausencia de la figura materna. Expresa que no se comprendió debidamente la imperiosa necesidad de la inmediatez en la regulación del caso concreto, violentando la integridad física, psíquica y moral de A..

Finaliza manifestando que las licencias no cubren taxativamente la universalidad de las posibles situaciones y que es necesario fallar para el caso concreto e integrar una norma que iguales a padre y madres, otorgando licencia iguales o similares, solicitando al Tribunal

haga lugar al otorgamiento de la licencia en la forma peticionada en la demanda.

Por decreto 700/2019 de fecha 3 de mayo de 2019 (fs. 34) se franquea la apelación para ante el superior, con las formalidades de estilo.

Por sentencia N° 252/2019 de fs. 40 y ss., el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er turno, por unanimidad entiende que el colegiado carece de competencia material para conocer en las actuaciones, puesto que el planteo no ingresa en el concepto de conflicto originado en una relación de trabajo, remitiéndose las actuaciones al Tribunal de Apelaciones Civil que corresponda.

Es así que el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er turno a fs. 54, por interlocutoria N° 270/2019 de fecha 15 de mayo de 2019, entiende que la pretensión pretende la salvaguarda de los derechos del menor, por lo que se declara incompetente, remitiendo los autos al Tribunal de Apelaciones de Familia que por turno corresponda.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er turno, por sentencia interlocutoria N° 101/2019 de fecha 20 de mayo de 2019, entiende que la cuestión atinente a la configuración o no de los elementos del Amparo previstos en la ley requiere el debate del debido proceso legal, revocando al sentencia apelada en cuanto la misma habilitó el rechazo liminar, lo que no corresponde en la especie en un análisis a priori,

remitiendo en su mérito los autos a la Sede de Familia que resulte adjudicada aleatoriamente por la ORDA, recibido por esta Sede con fecha 24 de mayo de 2019.

3) Por providencia 22889/2019 de 24 de mayo del corriente se citó a las partes a audiencia de estilo, emplazándolas a estar a derecho.

Asimismo, por dicha providencia se intimó al ANP a efectos de la presentación de copia las licencias usufructuadas por el actor.

3) A evacuar la demanda comparece la Dra. Laura Reinaldo, en representación de la Administración Nacional de Puertos, con testimonio de Poder Especial para Pleitos de fs. 73-75.

Agrega recaudos de fs. 76-138 y manifiesta de fs. 139-144, que en principio la sede competente es la Contencioso Administrativo porque el amparo se presentó contra un ente estatal. Por otro lado entiende que respecto de la legitimación activa desde el punto de vista del menor, quienes tienen la guarda jurídica son ambos padres y debieron comparecer ambos.

En cuanto al marco jurídico de actuación de la ANP entiende que siendo un servicio descentralizado, rigen los arts. 186 y ss. de la Constitución de la República.

Expresa que el actor solicita se le apliquen normas de la actividad privada o pública en forma análoga, lo que no se aplica a la ANP por su

especialidad, como la ley 19.161.

La ANP por remisión de la ley 18.508, en una negociación colectiva se decidió incorporar las disposiciones de la ley 19.121, la que aún no es de aplicación ya que la negociación a nivel del Consejo Superior no ha concluido, siendo entonces de aplicación la ley 16.104 y la ley 17.930.

En cuanto a la situación del funcionario, agrega que el actor nunca presentó una solicitud formal explicando su situación, y haciendo un planteo concreto, requiriendo autorizaciones de diversos sectores, pero no del Directorio o Gerencial General.

El actor comenzó con una consulta el día 26 de febrero de 2019, ya que en los próximos días nacería su hijo. Luego adjunta la constancia de nacimiento y la licencia por paternidad fue usufructuada desde el 14/03/2019 al 25/03/2019. Desde el 26/03/2019 al 16/04/2019 usufructuó de licencia reglamentaria y desde el 23/04/2019 al 06/05/2019 de licencia sin goce de sueldo. Desde el 07/05/2019 al 30/05/2019 se encuentra con licencia médica otorgada por la empresa certificadora SEMM.

Esgrime que no existe un accionar ilegítimo de la ANP en tanto se buscaron soluciones dentro del marco legal, entre ellos la posibilidad de utilizar la guardería desde los 45 días de nacido el bebé, opción que no ha sido aceptada por el actor.

Concluye en que no existe acto, hecho u omisión de la Administración, que lesione, restrinja, altere o amenace un derecho o libertad reconocida, ya que la ANP no hizo más que atenerse a lo que las normas legales le imponían.

Es más el propio actor reconoce a su entender, que no había solución posible porque no estaba prevista su situación en la legislación.

En definitiva solicita se rechace la acción de amparo por ausencia de ilegitimidad manifiesta.

4) Tal como surge del acta de fs. 145-146 vto., se realizó la audiencia prevista por la LEY N° 16.011 en la que se tentó infructuosamente la conciliación, se fijó el objeto del proceso y de la prueba y se procedió al diligenciamiento de los medios probatorios.

5) Se cedió la palabra al demandado a fin de oír sus explicaciones (Art. 6 inc. 2 Ley 16.011) y se recibió la prueba documental aportada.

Ambas partes alegaron de bien probado en audiencia (Fs.146-146 vto.) finalmente, por auto N °2357/2019, se convocó a audiencia de lectura de sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO -

I. El objeto del presente proceso ha quedado circunscripto a determinar si corresponde o no hacer lugar a la acción de amparo instaurada, debiendo versar la prueba sobre los extremos invocados.

II. El amparo, como estructura especial, se halla regulado en los arts. 195 y 196 del CNA. *“La ratio de estas normas es fortalecer los instrumentos vigentes, para que las garantías constitucionales que reconocen derechos a los niños se cumplan. Para ello el CNA implementó un régimen especial”* Cfme. RUDP Procesos de Familia, 2ª ed. FCU, 2016, pág. 364).

La especialidad en esta materia, en este amparo regulado por el CNA implica la aplicación de los principios generales y criterios de interpretación propios de la doctrina de la protección integral de los derechos de los niñas, niños y adolescentes que se encuentra regulado en los arts. 1 a 7 del CNA.

Procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces. La competencia se asigna, en razón de la materia, a los Jueces Letrados de Familia *“lo que se prioriza es la especialidad del objeto de tutela y de los sujetos de protección, es decir, que se alegue una lesión o amenaza de lesión a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes”*. *“Rev. Uruguay de Derecho Procesal- Procesos de Familia, Segunda Edición julio de 2016. FCU, pág 273”*

Como lo expresa el Dr. Gustavo Mirabal *“Código de la Niñez y Adolescencia”* Ed. Amalio Fernández, Ed. Marzo 2013, pág. 250 *“ la amplitud dada a la acción de amparo es mayor que la del régimen*

común, de momento que- por una parte procede, genérica e irrestrictamente, para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, a diferencia de la ley N° 16.011 que previene que la acción corresponde en aquellos casos en que se lesionan, restringen, alteran o amenazan cualquiera de los derechos y libertades reconocidos expresa o tácitamente por la Constitución de la República. En otro sentido, se establece una presunción relativa de que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces. Con una intención claramente amplificadora del recurso... Con estas características, la acción de amparo en materia de familia deja de ser el recurso excepcionalísimo previsto por la ley N° 16.011”.

“No puede soslayarse entonces, a la hora de resolver la cuestión planteada lo establecido en el art. 3° del CNA en cuanto establece expresamente el derecho de todo niño a la protección especial que su condición de sujeto en desarrollo exige no sólo por su familia, sino por parte del Estado. Aquí se establece el principio de protección especial recogido en la Convención Interamericana de los Derechos del Niño “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño el cuidado y la protección necesarios para su bienestar... Con este fin tomarán todas la medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Debe anotarse lo dispuesto por el art. 350.4 del CGP que establece que en materia de familia, el criterio básico para la actuación del tribunal consistirá en la promoción de la familia, -de la forma en

que ella se integre- y de sus integrantes y en especial de los más desprotegidos, de conformidad con las normas constitucionales.

“La idea central del Estado Social de Derecho se inspira en la necesidad de nivelación de las desigualdades que existen entre las personas, reconociendo la vigencia del interés social a defender. El CGP recoge este criterio en su art. 350.2., estableciendo pautas de interpretación e integración que deberán ser atendidas en esta materia: En las pretensiones relativas en materia de familia, el criterio básico para la actuación del tribunal, consistirá en la promoción de la familia y sus integrantes, en especial de los más desprotegidos de conformidad con las normas constitucionales”. (Cfme. RUDP Procesos de Familia, 2ª ed. FCU, 2016, pág. 362).

Sostener otro enfoque de esta situación estaría dejando de lado el derecho del niño A. que por tratarse de un ser humano en desarrollo debe recibir cuidados especiales distintos y mejores de quien puede por sí mismo defenderse (preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño).

Por otra parte, el art. 3 del CNA (Código de la Niñez y de la Adolescencia), establece que el niño tiene derecho a medidas especiales de protección, que en su condición de sujeto en desarrollo exige para su familia, la sociedad y el estado.

Por “protección especial” se entiende que la misma deba ser distinta y mejor que la ordinaria, que pueden recibir el resto de las personas, por eso el fundamento de porqué la niñez recibió una figura de amparo distinta, menos limitativa.

El fundamento de la decisión a adoptarse, siempre en clave de derechos de la niñez, se funda en el art. 4° del CNA que establece que se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención de los Derechos del Niño, las leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al País.

El art. 3 num. 2° de la Convención de los Derechos del Niño dispone que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidados que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los deberes y derechos de sus padres y con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas. El Estado Uruguayo, en la persona de la ANP debe respetar los derechos humanos del niño A..

A su vez, toda persona tiene derecho a una tutela judicial efectiva, el art. 11.4 del CGP establece el derecho de toda persona a acceder a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones así como el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

En el mismo sentido el art. 6 del CNA establece el criterio que denomina “específico” de interpretación e integración de la norma contenida en el art. 195 del CNA. Este criterio de interpretación e integración no es ni más ni menos que el interés superior del niño, que no es otra cosa que el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana (art. 2° del CNA).

El art. 9 del CNA señala que todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, a la dignidad, a la libertad, identidad, integridad, a la imagen, a la salud, a la educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social.

El art. 7° del CNA dispone que la efectividad y protección de los derechos de los niños y adolescentes corresponden, en forma prioritaria, a los padres y tutores, pero en caso de insuficiencia, defecto o imposibilidad de aquellos, el Estado deberá actuar preceptivamente, desarrollando todas las actividades integrativas, complementarias o supletivas que sean necesarias para garantizar adecuadamente el goce y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes.

La norma del art. 195 del CNA supone un camino inverso en cuanto a las limitaciones que establece la ley 16.011, por cuanto amplifica la legitimación, no establece excepciones para su procedencia,

salvo la existencia de un proceso judicial pendiente, y mengua la resistencia del amparo por la mera existencia de otras vías judiciales o administrativas.

“La acción especial de amparo establecida por el CNA si bien sigue las líneas generales de la ley 16.011 reviste las particularidades específicas que impiden su calificación como de residual y heroica. En líneas generales procede salvo que exista proceso jurisdiccional pendiente y se presume que los otros medios de protección son ineficaces”. (RUDP 1-2/2010 1ª ed. Set 2011, FCU, pág.277)

Asimismo, se incluyen todos los derechos expresamente reconocidos en el CNA y en la Constitución de la República y los implícitamente consagrados en tales normas y que fueron establecidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 13.751), el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales (ley 13.751), la Convención Americana de Derechos Humanos (ley 15.737), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención de Derechos del Niño (ley 16.137). Este amplio marco coincide con lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley 16.011.

El reconocimiento y respeto de tales derechos inherentes a su calidad de persona humana, constituyen el llamado **“interés superior” del niño, niña y/o adolescente, criterio básico para interpretar e integrar el citado cuerpo normativo (Art. 6 del mismo).**

"...En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del menor...Así, debe serlo como un 'principio garantista"... El principio del Interés Superior, se impone a las autoridades. No es que las 'inspire', sino que las obliga (art. 3º)... Proyecta el interés superior hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial..." (T.A.F. 1ro. Sent. 133/2009-1, Bendaham, red.)

*"El interés superior del niño, es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social, fundando una obligación en las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. **Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en juego**" (Zermatten, Jean, El Interés Superior del Niño, Institut International des Droits de l' Enfant, 2003)*

Es en este contexto normativo y especialidad de la jurisdicción de familia, teniendo en cuenta los criterios de interpretación de la norma antes referidos -como consecuencia de la tutela diferencial de los sujetos involucrados, a raíz de las normas constitucionales, legales y tratados internacionales vigentes ratificados por nuestro país- que

servirá de fundamento para la resolución de la cuestión sujeta a decisión.

III. Presupuestos de la acción

III.1. Elementos subjetivos.

III.1.1. Competencia de la Sede.- Esta Sede resulta competente para conocer en el presente proceso, atento al claro tenor de las normas supra citadas, en tanto se pretende la tutela jurisdiccional de los derechos de un niño que se entienden conculcados y lo establecido por interlocutoria N° 101/2019 del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno (art. 195 inc. 5 del CNA).

III.1.2. Legitimación activa.- El promotor comparece en nombre y representación de su hijo en ejercicio de la patria potestad, lo que se acreditó con el testimonio de acta de nacimiento glosado a Fs. 1, no resultando de recibo lo expresado por la demandada a fs. (139 vto.), en tanto cualquier padre en ejercicio de la patria potestad, actuando por separado o conjuntamente puede representar los derechos de su hijo.

III.1.3. Legitimación pasiva.- La acción, hecho u omisión manifiestamente ilegítimo que funda la acción de amparo, puede provenir de las autoridades estatales o paraestatales así como de los particulares.

En el caso, se interpone contra la Administración Nacional de Puertos (ANP) a quien se atribuye el acto, hecho u omisión manifiestamente ilegítimo.

III.2. Elementos objetivos.

Los incisos 3 y 4 del art. 195 del CNA refieren a los requisitos de la admisibilidad del amparo

III.2.1. Proceso jurisdiccional pendiente.- Tal como se señaló supra, la acción de amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes procede en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces (Art. 195 inc. tercero CNA).

En tanto se establece que el amparo procede "en todos los casos" y no "contra cualquier acto", es posible concluir que el legislador pretendió derogar el carácter supletorio del amparo y no las excepciones contenidas en los literales A, B y C del Art. 1 de la Ley 16.011. El CNA consagra una presunción simple de ineficacia de otros medios de protección, cuestión abordada por el Art. 2 ejusdem (Cfme. Eduardo Cavalli - "Proceso de Amparo en el Código de la Niñez y la Adolescencia" en RUDP 3-4/2008).

Tal presunción relativa no ha sido destruida por parte del demandado; no existe ningún proceso jurisdiccional pendiente referido al objeto del presente y, adicionalmente, no hay ningún otro mecanismo con la celeridad que la resolución del caso requiere necesariamente.

III.2.2. Plazo para la interposición del accionamiento (caducidad).- Se trata de una cuestión que la Sede debe analizar preceptivamente.

El inc. 4° del art. 195 del CNA establece que la acción deberá ser

promovida dentro de los 30 días a partir de la fecha que se produjo el acto, hecho u omisión contra el que se recurre.

Los amparos deducidos contra autoridades en defensa y protección de los derechos de los niños y adolescentes, denuncian muchas veces omisiones del Estado que se consideran manifiestamente ilegítimas.

El Tribunal de Apelaciones de 7° turno en sentencia N° 224/2010, entiende que no puede hablarse de acto, sino de toda una conducta omisa por parte del Estado que encuadra en el concepto de manifiestamente ilegítima, según la legislación específica.

El día 25 de abril de 2019 (fs. 88) la ANP negó licencia extraordinaria al funcionario Sr. Y. M., y el mismo presentó recurso de amparo con fecha 29 de abril de 2019, por lo que se considera tempestiva su presentación.

El hecho de que el Sr. M. no haya planteado por escrito la situación y que a criterio de la ANP (fs. 145) es una situación anómala “ya que no hay ningún padre que se quiera quedar con el hijo, tan es así que no tenemos una norma legal que lo prevea”, pone de manifiesto a todas luces la omisión de la Administración, manifiestamente ilegítima.

Sin perjuicio de que al tratarse de una omisión se entiende que existe una continuidad de la ilicitud, podría aplicarse por analogía la forma de cómputo del plazo prevista para los delitos de carácter continuado. Cuando la actividad ilícita no se consuma

instantáneamente, cuando se trata de hechos continuos o permanentes o de producción sucesiva o que se desarrollan regular y continuadamente en el tiempo, el término de caducidad debe ser computado desde el cese de la situación de ilicitud y no desde su comienzo, conclusión que resulta de la correspondencia armónica que debe existir en el ordenamiento jurídico y a juicio del suscrito, de aplicación al caso en estudio.

III.2.3. Acto, hecho u omisión de la autoridad estatal que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (Art. 72).-

El no otorgamiento de la licencia en la forma solicitada por el actor, de modo actual o inminente, lesiona, restringe un derecho primordial a la salud, apego y desarrollo futuro del niño A., ya que su padre es el único que se hace cargo de él por el desapego materno, según surge de la declaración testimonial recibida.

III.2.4. La ilegitimidad del acto, hecho u omisión del demandado debe resultar clara, evidente, inequívoca, grosera, que prácticamente se pruebe de inmediato, *in continenti* (Luis Alberto Viera - "La Ley de Amparo"; Conf.- Daniel Ochs - "Acción de Amparo"; Luis María Simón - "El amparo desde óptica procesal" - en RUDP - Procesos Constitucionales) y tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Con relación a la ilegitimidad manifiesta, ésta debe resultar clara, evidente, inequívoca, grosera, (Viera, Ley de amparo cit...pág. 17), extremo este que se considera cumplido en autos. El punto en cuestión acá no es discutir si la ANP ha actuado con ilegitimidad manifiesta al no otorgarle la licencia que le hubiera otorgado a una madre, sino si la ANP con su conducta vulnera los derechos de A. a la protección y cuidado adecuados que debe recibir en sus primeros meses de vida, en el contexto familiar que le ha tocado vivir, al omitir una solución que contemple los derechos del mismo. Bajo esta égida la conducta de la ANP resulta claramente vulneratoria de la legislación Nacional e Internacional que protege los derechos del niño en abstracto y en especial en los primeros meses de vida. El hecho ilegítimo no es la discriminación hacia el padre Y., sino hacia el niño A..

III.2.5. La elucidación de la cuestión objeto de la litis debe abordarse con criterios de lógica y de razonabilidad (RUDP 1/2011 c. 573).

Y la omisión continuada de la ANP, de modo actual o inminente, lesiona o restringe un derecho constitucional de niño, en la medida que A. se ve privado de los cuidados, atención, apego y cariño de su padre.

En efecto, la actitud de la parte demandada, vulnera los derechos del niño A., cuyo goce se encuentra protegido por los arts. 7, 44, 72 y 332 de la Carta Magna y por los demás tratados de derechos humanos ratificados por la República.

III.2.6. ANÁLISIS DE LA PRUEBA:

III.2.6.1. De las resultancias de la audiencia de fs.145-146 vto., surge que existe un expediente en la ANP N° 190891 y la demandada manifiesta que el Sr. M. comienza a consultar por temas de licencia unos días antes del nacimiento del bebé. Agregan que se le propusieron distintos mecanismos como ser la guardería para el niño, y que las licencias de toda índole ya fueron gozadas por el actor. Entiende que no es una justificación médica el certificado de la pediatra de fs. 6, en tanto la misma manifiesta la “conveniencia” de que el padre esté con el bebé. La ANP tiene un código 2, especial para enfermedad de familiares y no es caso.

Expresa que la ANP no tiene antecedentes de caso de licencia de padres como plantea el actor, y “no teniendo una norma expresa que le dé una licencia como pide, no tenemos aval sobre la situación, porque no tiene la tenencia, sólo un acta de mediación que no fue homologada, es decir no hay proceso de tenencia en el juzgado de familia” estando atados de pies y manos.

Ahora bien preguntado por la Sede respecto de las familias de adopción, está previsto una licencia especial, va documentado con testimonio del trámite, es una licencia de 6 semanas continuas con goce de sueldo y 6 meses de medio horario.

Entiende la ANP que no puede integrar el derecho en este caso, todo lo cual será analizado infra.

III.2.6.2. El actor declara estar con licencia psiquiátrica por la angustia.

Relata que trabajaba embarcado una semana y otra libre pero cuando estaba por nacer su hijo, comenzó con un régimen de 8 horas, todos los días, sin tener libre. Ahora e horario es rotativo. No hizo un planteo formal y sólo lo hizo hablando porque no pensó que no iba a tener los mismos beneficios.

III.2.6.3. Interrogada la Sra. S. B., madre de A., declara a fs. 145 vto.-146 que la relación fue de una noche, quedó embarazada, el actor quería ser padre y deciden seguir el embarazo pues no estaba preparada para abortar. El niño con el padre tiene techo y comida, porque éste tiene trabajo. Colaboraría “de mil amores” con el cuidado de A., pero hace changas, tiene un horario rotativo, y no puede hacerse cargo, estando desempleada hace más de 1 año y medio, no pudiendo cuidar a su hijo así.

III.2.6.4. El testigo N. O. L. declara que es amigo del actor hace más de 10 años. M. vive solo con su hijo, su madre falleció hace unos años, conoce a hermanos y hermanas. No conoce a nadie que lo pueda asistir mientras trabaja.

El actor es un trabajador y vive de eso. A la madre biológica la conoce personalmente, sabe que está pasando mal económicamente.

III.2.6.5. En cuanto a la prueba documental:

Del legajo funcional del actor luciente de fs. 76-115 lucen todas las licencias solicitadas por el mismo, así como que el día 24 de abril de 2019 la ANP se comunica con el Sr. M. a efectos de hacerle saber que su solicitud N° 54/2019 fue rechazada. (fs. 78 y 88).

Respecto del certificado médico agregado a fs. 22, no tratándose de una pericia ordenada por la Sede, tiene el valor de una mera alegación de parte y así es considerada por este Oficio.

IV. La prueba valorada en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica (art. 140 del CGP), nos llevan a concluir que las manifestaciones de la Administración en su contestación de demanda y las vertidas en la audiencia, carecen de virtualidad jurídica en este caso, el hecho de que el Sr. M. haya comenzado a asesorarse en materia de licencia unos días antes del nacimiento del bebé, que no tenga la tenencia homologada de su hijo, “sólo un acta de mediación” (que obra agregada a las presentes a fs. 3), así como las soluciones propuestas, en nada modifican su conducta omisiva para con A., que continúa con su derecho al cuidado vulnerado. Es más a fs. 146 vto., la representante de la ANP agrega que a su criterio no hay vacío legal, sino que no hay regulación específica para el caso de los padres en la ley 16.104, que no

prevé lo solicitado por el actor a la ANP, quien ha puesto a su disposición todos los beneficios que se le podían otorgar por lo que a su entender no hay ilegitimidad manifiesta.

El rol del Estado resulta primordial para asegurar el goce de los derechos de A.. No ya como un objetivo programático o a largo plazo, sino como una imperiosa necesidad actual.

Véase que se trata de centrar la atención en que no existen normas laborales habilitantes para el otorgamiento de un mayor tiempo de licencia al Sr. M., cuando en realidad lo que está en juego es el derecho de A. al cuidado que le corresponde a su edad y desarrollo.

IV.1. El tema que se plantea en esta acción de amparo, por definición, es independiente de la valoración en abstracto de la medida cuestionada, y se centra en valorar si la configuración de la licencia ya otorgada debe ser ampliada ya que de no serlo, resulte o no atentatoria contra los derechos de A., que depende en el caso de la igualdad constitucionalmente reconocida como derecho fundamental, habida cuenta de que la duración de la licencia materna de 12 semanas post parto y el medio horario, difieren de los 10 días hábiles de licencia por paternidad.

Asimismo debe examinarse si se trata de asegurar a A. el derecho a conciliar el cuidado por parte de su padre con la vida laboral de éste y con el coste laboral que la decisión de tener descendencia

tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer. No se trata solo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino de la repercusión externa que la asunción de responsabilidades familiares tiene en el ámbito laboral. Y la desigual duración de las licencias, en la proporción en que tal desigualdad se prevé en la normativa, tiene un impacto directo sobre los derechos de A..

Desde este enfoque especial que se viene dando lo que se busca es la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar, derecho del que son titulares los progenitores, pero también, y a juicio de este sentenciante, sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paternofilial.

La norma consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente de lo que es la igualdad material entre los sexos, apuntando a contribuir al desarrollo infantil, acortar la brecha de desigualdad de género en el ámbito laboral, propiciar mecanismos que promuevan la distribución igualitaria de las tareas en el cuidado de los hijos, facilitar la coparentalidad igualitaria, e incorporar una perspectiva igualitaria en las diversas posibilidades de composición familiar reconociendo los

mismos derechos a las diferentes configuraciones familiares sin distinción de género ni orientación sexual.

La equiparación de la licencia de paternidad con la de maternidad se conecta con la conciliación de responsabilidades familiares dimanante del principio de protección de la familia. Se fundamenta en primer lugar en la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo. Pero fundamentalmente con el derecho del niño y su interés superior.

El derecho que reclama el padre demandante de poder crear un vínculo fuerte y duradero con su hijo, disfrutando de tiempo de cuidado en condiciones equiparadas a las de la madre, formaría parte de su derecho individual al desarrollo de su vida personal y familiar y a hacerlo constituyendo un modelo de relación familiar fuera de los patrones o roles de género tradicionalmente asignados a su sexo, pero le brindaría además a A. el lazo de afecto para su desarrollo futuro como individuo en la sociedad.

IV.2. El tiempo padre-hijo, en este especial momento de la vida del niño, con menos de tres meses de nacido, es una manifestación del derecho al interés superior del menor de edad, pues a través de éste se garantiza el cuidado y el amor durante los primeros meses de su existencia, permitiéndole el cuidado y afecto del padre. La presencia del padre durante estos primeros días de vida del recién nacido, resultan fundamentales para que el niño pueda obtener un pleno desarrollo

físico y emocional, y además, sirven para que se afiancen las relaciones paterno-filiales. Este tiempo compartido entre Y.-A. desarrolla el principio del interés superior del niño, consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado y al amor a que tienen todos los niños y niñas del mundo, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo. **Es sin más un derecho al tiempo de cuidado, derecho que es personalísimo de A..**

No cabe pues negar que el asunto suscitado en el presente proceso de amparo, plantea una cuestión jurídica de relevante y general de repercusión social o económica, afectiva y familiar.

IV.3. Ahora bien la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo que denuncia el actor proviene de la regulación legal que establece una duración de la licencia por paternidad inferior a la de la licencia por maternidad.

En dicho contexto corresponde explicitar que la solución a arribarse no responde, en este caso concreto, a una cuestión de género, sino que el fundamento de la decisión estriba en el interés superior de los derechos de A., reconocidos constitucionalmente e internacionalmente por los tratados, independientemente de cómo está constituido su núcleo familiar.

Obsérvese además que la protección de los niños, a esta altura del siglo no debe sentar sus bases en un criterio estrictamente biológico (madre puérpera, que amamanta, etc.), sino que debe fincarse exclusivamente en las necesidades del niño ya referidas, y ello queda de manifiesto en nuestro ordenamiento jurídico interno, con claridad meridiana en la ley 17.292 y en la ley 18.436, de licencia especial para los funcionarios públicos o trabajadores privados que adopten menores, de 6 semanas continuas de duración agregándose el uso del medio horario por 6 meses. En dicha ley se encuentran comprendidos también aquellos que por una disposición legal o resolución del INAU, reciban menores a efectos de su posterior adopción.

La ley 18.436 en su art. 1° hace especial referencia a “Los y las trabajadoras”. Es decir que el ordenamiento nacional reconoce el derecho al cuidado del niño durante los primeros tiempos de su existencia, en forma desprendida del fundamento biológico, para centrarse en la necesidad y utilidad evidente que requiere el niño o niña, de contacto y cuidado especial en sus primeros meses de vida, protegiendo de esta forma su derecho a la vida y a la integridad física.

IV.4. Ese derecho del niño al cuidado parental, debe resultar en consonancia con el nuevo derecho filiatorio y su complejidad, por lo que resultará necesario compatibilizar el régimen actual a los estándares de protección que dimanen de las normas de la más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico.

El no conceder al demandante el derecho al disfrute y cuidado de su hijo en forma similar a la establecida para las madres, supone un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada, que lesiona en consecuencia el derecho de A..

La licencia por el nacimiento de un hijo es un derecho de seguridad social *“La seguridad social es un fin en sí misma, cuyo objeto es la protección del ser humano contra las contingencias sociales, utilizando todos los medios necesarios para su realización, el conjunto de garantías contra un determinado número de eventualidades”* (Cfme. Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Ed. Ediar, 2012, pág.94)

Además de lo que viene de expresarse, el art. 40 de la Carta Magna establece que la familia (cualquiera sea su conformación) es la base de la sociedad, y el Estado velará por su estabilidad moral y material. Y la interpretación del texto constitucional nos lleva a vincularlo con el derecho a la vida, la integridad física, el entorno vital, la igualdad y la libertad lo que se proyecta a través de los artículos 7, 8, 10, 47 y 72.

Lo anterior, de conformidad con lo que sostiene Risso Ferrand, -posición compartida por este Sentenciante-, pone de manifiesto que existe un bloque de derechos conformados por los explícitamente consagrados en el texto constitucional, y los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos

implícitos en los que el operador jurídico debe interpretar los derechos prefiriendo aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana. Este amplio marco normativo coincide con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 16.011, lo que no puede ser desconocido por la ANP.

V. A juicio de este Oficio también corresponde tener por acreditada la inexistencia de otros medios judiciales y administrativos que permitan obtener el mismo resultado, más aún cuando los plazos para un bebé son exiguos.

Huelga señalar que la presunción relativa de que todos los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces, obliga a amparar la demanda, salvo que fuere manifiesta la existencia de otro medio, que en el caso no existe.

El enfoque de si al padre le corresponde o no la licencia sostenida por la demandada, deja de lado la perspectiva del niño, que puede estar sufriendo una agresión ilegítima, soslayando el perjuicio que el transcurso del tiempo puede producir. La solución a adoptarse en sin lugar a dudas la más beneficiosa para A., porque de otra manera se estarían conculcando sus derechos al cuidado y a la protección de acuerdo a su edad y condiciones en el seno de su familia.

La omisión de la ANP, relevada en estos autos, pone de manifiesto la inexistencia de una respuesta adecuada para las necesidades de A..

Como lo expresan Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, en su Tratado de Derecho de Familia, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, pág. 21: *“De un niño recién nacido puede decirse: desprovisto de palabra, incapaz de mantenerse de pie, indeciso sobre los objetos de su interés, incapaz de calcular su beneficio, insensible a la razón común, el niño es eminentemente humano...Su mirada inicial sobre la humanidad, que le convierte en rehén de la comunidad adulta, es también aquello que manifiesta a esta comunidad su falta de humanidad y lo que le insta a hacerse más humana”.*

VI. La conducta de las partes no amerita la imposición de especiales condenas en el grado.

VII. Por los fundamentos de hecho y de Derecho expuestos,

F A L L O:

ACOGIENDO LA ACCIÓN DE AMPARO Y, EN SU MÉRITO, CONDENANDO A LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS, EN EL PLAZO DE 24 HORAS, A OTORGAR AL SR. Y. M. LICENCIA PATERNAL HASTA EL 14 DE JUNIO DE 2019, Y MEDIO HORARIO DE TRABAJO EFECTIVO, DESDE EL 14 DE JUNIO DE 2019 HASTA EL 14 DE SETIEMBRE DE 2019, EN BENEFICIO DEL NIÑO A. M. B..

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN EL GRADO.

ESTABLÉCESE EN LA SUMA 3 B.P.C. LOS HONORARIOS FICTOS A LOS SOLOS EFECTOS FISCALES.-

**CONSENTIDA O EJECUTORIADA, CÚMPLASE; EXPÍDANSE
TESTIMONIOS Y PRACTÍQUENSE DESGLOSES SI SE SOLICITAREN;
OPORTUNAMENTE, ARCHÍVESE SIN PERJUICIO.**

Rodolfo E. Souto Etchamendi

Juez Letrado