

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1 Turno

M. V., Y. c/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS. AMPARO.

Recursos Tribunal Colegiado.

0002-019997/2019

MONTEVIDEO, 21 de junio de 2019.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1º TURNO

Ministro Redactor: Dr. Álvaro Messere Ferraro.

Ministras Firmantes: Dras. María Lilian Bendhan Silvera y María del Carmen Díaz Sierra.

Ministro Discorde: no

Montevideo, 21 de Junio de 2019.

Vistos:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: **“M. V., Y. c/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS - AMPARO”**, IUE **0002-019997/2019**, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva N° 77/2019 de fecha 31/5/2019 de fojas 148/180, dictada por el Sr. Juez Letrado de Familia de 23º Turno, Dr. Rodolfo E. Souto Etchamendi.

Resultando:

1.- Por la sentencia definitiva recurrida, se falló:

“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..”

2.- La Administración Nacional de Puertos, a través de su representante convencional, interpone recurso de apelación manifestando que le agravia la recurrida en tanto, como servicio descentralizado que es, se le imputa ilegitimidad manifiesta por actuar dentro del marco legal existente y único vigente. No se comparte la afirmación con la que se pretende justificar la existencia de una actuación ilegítima de ANP, a fin de dar fundamento a la sentencia en recurso por constituir este uno de los requisitos formales para la validez del accionamiento. Señala que hay una norma legal específica para regular la situación paterna, que le otorga un término concreto a la licencia por paternidad. Y es de rigor atenerse al principio constitucional que legitima la actuación de todo organismo del Estado, como es la limitación impuesta por el art. 190 de la Constitución, que es la base de respaldo, que legitima el ejercicio de la autoridad estatal y para el cumplimiento de los

deberes que se le asigna, establece el principio de especificidad. El sentenciante, no invoca la aplicación de una sola norma legal expresa que respalde su conclusión sobre la conducta ilegítima de la ANP, que le permita realizar integraciones legales ante vacíos como concluye el “a quo” y por lo tanto le permita calificar de ilegítima su actuación. Entiende, que no es compatible centrar el objeto de la acción en el menor A. y sus derechos protegidos, que nunca fueron puestos en tela de juicio, sino en la vinculación laboral del padre del menor y sus limitaciones cuando el computo del plazo para accionar parte de la negativa de la licencia, no del nacimiento del menor. No se admite como valederas las argumentaciones de ANP en cuanto a que como organismo del dominio industrial o comercial del Estado ANP no puede integrar normas, ni realizar actividad legislativa en caso de vacíos legales o reglamentarios. Sin embargo, ello es lo que hace la sentencia. El fundamento doctrinario que se plasma en la sentencia apunta a la igualdad de género, pero ese punto, así como las conclusiones a las que arriba, están por fuera de las potestades que la ley le otorga a ANP. Dicho mecanismo la ANP no lo puede utilizar ya que tiene límites de actuación regulados constitucionalmente. Señala, además, que no

comparte el objeto del presente proceso ya que nunca la ANP puso en duda la importancia del cuidado del menor; pero no es menos cierto que el sentenciante, en su redacción admite lisa y llanamente el abandono de la madre, sin causa justificada como titular de la patria potestad, pero imputa a la ANP de ilegitimidad manifiesta, lo cual contradice todos los fundamentos de la sentencia basados en la protección de los derechos del menor.

Expresa, que de acuerdo al principio de separación de poderes, el Juez no podría imputar de ilegitimidad al actuar conforme a la ley, a un organismo del Estado, a dictar un reglamento o un acto administrativo, que carezca de respaldo legal o constitucional. El ordenamiento permite al Juez aplicar normas análogas cuando éstas procedan, aunque no exista un reglamento de ejecución específico, pero no se le permite tal acción en virtud de lo preceptuado por el art. 190 de la Constitución a la ANP servicio descentralizado. Cita jurisprudencia. En definitiva, considera esta parte que en la especie no hay elementos mínimos suficientes para condenar a ANP bajo la calificación de actuar con “ilegitimidad manifiesta”, faltando el encuadre como pide la ley y como lo ha encuadrado la doctrina y jurisprudencia, cuando ANP solo actuó dentro de sus poderes-deberes, conforme lo preceptuado por la Constitución y la Ley vigente en el ordenamiento jurídico.

Solicita, en consecuencia, que se revoque la recurrida y se desestime la demanda por falta de uno de los requisitos formales contra la ANP.

3.- La parte actora, evacua el traslado conferido, fojas 188/195, manifestando, en síntesis, que la demandada hace expresa alusión y funda su agravio básicamente en el hecho de que a su entender no se da el presupuesto de ilegitimidad manifiesta, según pregona el art 1º de la ley 16.011, dentro de los elementos constitutivos para efectivamente dar trámite a la acción impetrada en autos. La ANP con su conducta vulnera los derechos de A. a la protección y los cuidados adecuados, atención y apego que debiera recibir en sus primeros meses de vida, con el contexto familiar que le tocó vivir, discriminando asimismo al plantear la apelación a A., queriendo desvirtuar el objeto de la causa. Dicho argumento se contrapone a lo argumentado por el “a quo” en su sentencia donde se detalla que dicho requisito ha sido demostrado fehacientemente por la actora y donde además el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno ha fallado revocando la sentencia apelada, DFA 0010-000500/2019.

Explica que el hecho en que basa la demanda la parte actora y que fundamenta su pretensión, es el inminente avasallamiento de los derechos del menor, teniendo en cuenta que el accionante, usufructuó su licencia paternal y que surge documento emanado del médico pediatra que lo trata recomendación de que el niño permanezca al cuidado de su padre por razones de normal desarrollo, debido contacto, crecimiento y sobre todo apego ante la falta de figura materna permanente.

A criterio de la actora se dan los elementos solicitados por el art. 1º de la Ley 16.011, se dan en todos sus términos no habiendo lugar a duda a criterio de la Defensa como ser en este caso el “hecho” de que hay un padre que tenía que volver a trabajar el 7/5/2019 vencida su licencia paternal, la reglamentaria y tomando parte de la llamada sin goce de sueldo, que al volver a sus tareas habituales desampararía a su hijo, siendo ese el hecho generador del perjuicio de A., el desapego, contrariando lo solicitado por su médico tratante y por otra parte, vulnerando nuevamente los derechos del niño.

Habiendo cumplido los requisitos previstos en el art 1º de la Ley queda demostrado que en todos sus términos ante el inminente hecho se restringen y violan aquellas garantías y derechos que surgen a raíz del art. 7 de nuestra Constitución, el art. 72, debiéndose tutelar el derecho

a la vida, la integridad personal, las garantías judiciales; el principio de protección a la familia y máxime haciendo hincapié de los Derechos del Niño.

Señala, asimismo, que surge como norma que integra la presente fundamentación, la Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Ley 16.137, donde nuevamente en su artículo 3.2 indica “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”, art 4 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.” Además nuestro derecho emite otras que mucho ayudan a dilucidar el tema en cuestión, a saber, Ley Nº 16.045 donde se establece que es de orden público y se legisla sobre la igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en la actividad laboral y Ley Nº 18.104 de Igualdad de Derechos y Oportunidades entre Hombres y Mujeres en la República, donde en su art. 4 se pregona garantizar el ejercicio igualitario de los derechos.

Señala, que la demandada pretende evadirse de su responsabilidad argumentando que el “a quo” no invoca ni una sola norma legal

expresa que respalde su conclusión sobre la conducta ilegítima de la ANP, evidenciando poco respeto hacia el Magistrado y a su detallado y minucioso parte expositivo en su argumentación, su real saber y entender y la aplicación de los preceptos que emanan de la aplicación de la ley 16011 y de la sana crítica.

Aduce además no estar de acuerdo en centrar el objeto de la acción en el menor A. y sus derechos protegidos, pretendiendo eludir su comportamiento desviando la atención de particular situación, evidenciándose no ha comprendido cabalmente el sentido de la litis entablada.

La demandada, quiere dejar al descubierto una situación que lejos de ser anómala, cumple con el debido procedimiento legal, al indicar que el actor carece por sí solo de legitimación activa para promover la acción, desconociendo la norma en materia de amparo.

4.- Por auto N° 2653/2019 de fecha 11/6/2019, se franquea la alzada, en las formalidades de estilo. Los autos fueron elevados para ante esta Sala con fecha 17/6/2019, pasando a estudio de los Sres. Ministros, en forma conjunta.

Considerando:

- I. La Sala, por unanimidad de sus miembros naturales,

habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, por entender que el embate crítico contenido en el memorial de agravios, no resulta de recibo.

II. Cabe indicar, con carácter previo, que el art. 11 del CGP, dispone que cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales a plantear un problema jurídico concreto y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de su posición, debiendo cada tribunal requerido proveer sobre sus peticiones.

Relevante doctrina, expresó con relación a la norma en examen: “...en cualquier Estado de Derecho se asegura el derecho de toda persona a acceder a un órgano jurisdiccional para la tutela de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, cuando se afirma que estos derechos o intereses fueron desconocidos o violados.”

“Ese derecho ha sido ampliamente reconocido en normas internacionales como los arts. 8º y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagran el derecho a acceder a los tribunales y a disponer de recursos jurisdiccionales efectivos” (cf. Valentín, Gabriel, “La Reforma del Código General del Proceso”, FCU, pág. 17).

La acción de amparo es un medio procesal reservado para casos en los que, por falta de otros medios legales, se encuentran comprometidos derechos fundamentales.

Relevante doctrina, señala que: "...en general los autores y las propias legislaciones que lo han regulado hacen del amparo un procedimiento rápido y sencillo como forma rápida de lograr el fin (preventivo) de la protección de los derechos humanos fundamentales.

Por eso se le asimila al proceso cautelar... (cf. Véscovi, "Principales Perfiles del Amparo en el Derecho Uruguayo", RUDP, 4/1986, pág. 487).

La Ley N° 16.011, regula la acción de amparo con una protección amplia en dos sentidos: en cuanto se tutelan todos los derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución y en cuanto refiere a todo acto, hecho u omisión.

El amparo procede no solo en caso de lesión, alteración o restricción de un derecho o libertad sino también en caso de amenaza que produzca o vaya a producir un daño irreparable, es un medio de carácter residual y limitado a los casos en que exista ilegitimidad manifiesta.

La acción de amparo prevista en el Código de la Niñez y la Adolescencia, que es especial en relación a la acción reglamentada por la Ley No. 16.011, tiene por finalidad la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Cavalli, enseña que es especial, porque tiende a suavizar los estrictos requisitos de admisibilidad establecidos por la Ley Nº 16.011 (autor citado, en RUDP 2008 3/4 págs. 303 y ss.), lo que no significa que se prescinda de ellos.

Selva Klett y Cecilia Baluga en “El amparo en el derecho de familia” (Procesos de Familia, RUDP págs.344 y ss.), citando a Cavalli (Proceso de Amparo en el CNA, RUDP 3-4/2008 págs. 303 y ss.), consideran que la norma contenida en el art. 195 del CNA, supone un camino inverso en cuanto a las limitaciones que establece la Ley Nº 16.011, por cuanto amplifica la legitimación, no establece excepciones

para su procedencia, salvo que exista un proceso judicial pendiente, y mengua la resistencia al amparo por la mera existencia de otras vías judiciales o administrativas.

De manera, que cuando están en juego los derechos de niños y adolescentes, la acción de amparo, no tiene carácter residual (ver Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, T. I, año I, ficha 171, 2013, pág. 389. TAF °1, Sent. N° 119/2012, 30/03/2012).

III. Ahora bien, el sustento legal de la acción instaurada es la protección del derecho al cuidado, en sentido amplio, del niño A..

La Administración demandada, sostiene, que actuó dentro del marco legal existente y único vigente, por lo que no puede calificarse su accionar como manifiestamente ilegítimo.

Viera, señala que, para saber si un acto es o no ilegítimo, hay que verificar si es correcto de acuerdo a las normas que lo regulan, es decir, es un examen de juridicidad, no de conveniencia o de oportunidad (cf. autor citado, La ley de Amparo, Ed. Idea, Montevideo, 1989, p. 22).

En este contexto, cabe precisar, que el derecho a salvaguardar es el del niño A.. La licencia del padre, en este caso, es instrumental, a los solos efectos de proteger el derecho a la salud, cuidado, dignidad, etc. del niño.

Con relación a los niños y adolescentes es obligación del Estado tomar las medidas para efectivizar sus derechos (art. 3 de la

Convención de los Derechos del Niño y art. 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia).

Si bien es cierto que la demandada, tiene que observar las normas existentes sobre licencias, ese enfoque relativo a que no puede hacer integración de normas (con las leyes que otorgan licencias especiales a padres varones adoptantes) resulta equivocado, por cuanto la Administración está obligada como cualquier autoridad, por ese vínculo normativo que es el art. 3° de la CDN, mencionado anteriormente.

Recuérdese que la ley N° 16.173, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York el día 6 de diciembre de 1989.

IV. La Sala, discrepa con el enfoque adulto – céntrico que ostenta la ANP, en la apelación.

El concepto “interés superior del niño” refiere a la satisfacción de sus derechos fundamentales. Ni el interés de los padres, ni del Estado, puede ser considerado, el único interés relevante, es la satisfacción de los derechos de la infancia. Los niños tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos.

El principio del “interés superior del niño” no es fuente de inspiración, sino que es una verdadera limitación, obligación de carácter imperativo, dirigida a las autoridades.

Los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquéllas que promuevan y protejan sus derechos y no los que los conculquen.

El “interés superior del niño”, es una garantía, es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos y es una orientación o directriz política, para la formulación de políticas públicas para la infancia.

El principio constitucional de igualdad, por vía de los arts. 8 y 72 de la Constitución, como modernamente se lo entiende, exige una discriminación positiva a favor del que ha quedado en desventaja, caso de A., para que la igualdad en el disfrute de los derechos humanos del niño sea no sólo formal sino efectiva.

La integración del vacío la puede y debe hacer la Administración demandada, en caso contrario, como ocurre en el subexamine, la debe hacer el Juzgador.

V. Ahora bien, la Sala, discrepa en que habría una cuestión

de discriminación en los plazos de las licencias entre madre y padre, y que ello no tiene que ver con una cuestión biológica

Las normas surgen del contexto social, y es un hecho que en la vida del ser humano, en la generalidad de los casos – y las leyes se hacen por la generalidad no por las excepciones- son las madres que amantan a sus hijos y están con ellos, por eso y en beneficio de los niños es que encuentra justificación la diferencia del lapso de las licencias.

En el caso en análisis, se está ante una excepción, y la ilegitimidad, se configura en que el Estado, en la persona del Servicio Descentralizado, no cumplió con el art. 3 de la CDN y arts. 6 y 7 del CNA.

Claramente el padre ejerce la autoridad parental (patria potestad), por lo que el argumento del que hace causal la demandada, que no tiene la tenencia de derecho del niño, es francamente de rechazo.

Es un hecho admitido y por tanto exento de prueba, que el Sr. M., es quien está a cargo del niño, por lo que no se puede negar que es imprescindible para su formación, el contacto con el padre.

Cuando se adopta un niño se otorga una licencia a uno de los adoptantes, no importando si es hombre o mujer. Con mayor razón, entonces, corresponde otorgársela al padre, ya que el niño ha tenido,

al igual que el adoptado, un abandono de la madre que lo acunó en el seno materno durante nueve meses.

La norma incidente (art. 3 de la Convención multicitada), también está dirigida a la Administración Nacional de Puertos, por lo que su negativa incide directamente en el niño, ya que las licencias de maternidad, paternidad y adopción no se otorgan para beneficiar al funcionario sino al niño.

En este sentido, la negativa al otorgamiento de la licencia viola los derechos personalismos de A., los que tienen raigambre constitucional (arts. 72 y 332).

VI. No existe mérito para imponer especiales sanciones procesales.

Por estos fundamentos, y lo dispuesto por los arts. 248 y ss. del C.G.P, el Tribunal, FALLA:

Confírmase la sentencia de primera instancia, sin especial sanción procesal en el grado.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

DR. ALVARO MESSERE FERRARO

MINISTRO

DRA. MARIA LILIAN BENDAHAN SILVERA
MINISTRA

DRA. MARIA DEL CARMEN DIAZ SIERRA
MINISTRA

DRA. SUSANA KADAHDJIAN
SECRETARIA

DRA. SUSANA KADAHDJIAN

SECRETARIO I ABOG - ESC

