Voces: DERECHO A LA SALUD ~ DERECHOS DEL MENOR ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ FILIACION ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA ~ MEDIDAS CAUTELARES ~ OBRAS SOCIALES ~ PELIGRO EN LA DEMORA ~ PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD EN EL PROCESO DE FAMILIA ~ PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL ~ PROCESO DE FAMILIA ~ REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ~ TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ~ TUTELA PREVENTIVA ~ VEROSIMILITUD DEL DERECHO ~ VINCULO BIOLOGICO

Tribunal: Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza(JFamiliaMendoza)(Nro1)
Fecha: 02/09/2015
Partes: C. M. E. y J. R. M. c. O.S.D.E. s/ medidas cautelares
Publicado en: LLGran Cuyo2015 (noviembre), 1117
Cita Online: AR/JUR/28442/2015

Hechos:

Los padres biológicos de tres niños concebidos mediante el proceso de gestación por sustitución en el seno de su abuela materna solicitaron la incorporación cautelar de los menores al plan médico de aquéllos. El Juez hizo lugar a la medida.

Sumarios:

1. La medida cautelar solicitada consistente en la incorporación de tres niños concebidos mediante el proceso de gestación por sustitución en el seno de su abuela materna al plan médico de sus padres biológicos es procedente, pues en todas las decisiones – tanto administrativas como judiciales – atientes a los menores debe prevalecer el interés superior de estos y el derecho a la salud constituye uno de los más importantes y es una precondición para la realización de valores en la vida y en el proyecto personal de todo ser humano, sin que ello implique juzgar respecto a la maternidad y paternidad de los niños.
2. La medida cautelar solicitada consistente en la incorporación de tres menores concebidos mediante el proceso de gestación por sustitución en el seno de su abuela materna al plan médico de sus padres biológicos reúne los requisitos necesarios para su procedencia, en tanto se acreditó el vínculo biológico entre los peticionantes y los menores – verosimilitud en el derecho– y la urgencia o peligro en la demora en cuanto a la necesidad de contar con la mejor cobertura médica, adecuada al nivel de vida de la familia y sin limitaciones burocráticas, así como el derecho –y el deber– de su familia biológica de garantizar la tutela preventiva en la atención de la salud de los niños, el cual se traduce en la posibilidad de acceder a la cobertura de una prepaga acorde a su situación socioeconómica y en pleno uso de su libertad de elegir dentro de la oferta que el sistema de salud privada ofrece.
3. Ante la existencia de un conflicto familiar resulta necesario ampliar y flexibilizar la mirada de lo estrictamente procesal, pues aquél exige una composición humana que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales, para la mejor tutela de los intereses comprometidos y en aras de una pronta y efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados, en tanto de otro modo la tutela judicial no es efectiva.

Texto Completo: 1ª Instancia.— Mendoza, septiembre 2 de 2015.

Considerando: I. Que a fs. 12/15 se presentan M. E. C. y M. J. M. J. R.,solicitando como medida precautoria se ordene a la empresa OSDE la incorporación de los tres niños nacidos el día 9/3/2015 llamados C. M., M.A. y B. J., al plan médico de sus padres biológicos -los presentantes- al que ya hace tiempo están afiliados. Relatan que tramita ya la solicitud de inscripción de nacimiento de los niños como hijos de los actores en autos N° 796/15/1F. Que quien dio a luz a los causantes fue la abuela materna de los pequeños, C. D. L.

Que los niños estuvieron cubiertos por la prepaga Swiss Medical hasta pasado el nacimiento y a cargo de la abuela materna, encontrándose actualmente sin cobertura médica. Funda en derecho y ofrece prueba.

© Thomson La Ley

II. A fs. 21 se ordena dar vista a O.S.D.E., quien contesta a fs. 27 rechazando y oponiéndose a la afiliación de los niños, con fundamento en la ausencia de documentación que acredite la identidad de los niños y su filiación.

III. Que a fs. 38/40 dictamina la Dra. Verónica Inés Elespe, Asesora Subrogante de la Primera Asesoría de Menores e Incapaces, considerando que debe hacerse lugar a la acción entablada en autos.

IV. Procedencia de la vía intentada: Que los actores solicitan la afiliación de los niños C. M., M. A. y B. J., como medida precautoria, denunciando la tramitación del pedido de inscripción de nacimiento por ante este mismo Juzgado y por autos N° 796/15, por lo que prima facie, estimo que se cumple con el requisito de accesoriedad de las medidas precautorias.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad de las mismas -verosimilitud del derecho y peligro en la demora-, adelanto, los mismos se encuentran cumplidos y debidamente fundados por los peticionantes por lo que, procesalmente, resulta admisible la cautelar intentada. De las constancias de los autos denunciados como principales, surge que a fs. 60/62 obran las partidas de nacimiento de los tres niños, quienes fueron inscriptos por el oficial público del Registro Civil de conformidad con el artículo 28 de la ley 26.413 como hijos de la Sra. C. B. D. L.

En tales actuaciones se denuncia que la concepción de los niños se produjo mediante el proceso de gestación por sustitución (también llamado maternidad subrogada), habiéndose utilizado material genético del matrimonio conformado por M. J. R. y M. E. C., habiendo prestado su útero para la práctica la madre de M. E., la Sra. C. B. D. Solicitan se ordene la inscripción del nacimiento de los bebés como hijos biológicos del matrimonio. A fs. 63/66 de dichos autos obra agregado el examen de A.D.N. practicado entre los solicitantes y los niños, el cual arrojó como resultado que la probabilidad de paternidad de la Sra. C. y el Sr. J. sobre M., B. y C. es del 99,99%. En consecuencia, el vínculo biológico debe tenerse por cierto, sin importar esta afirmación prejuzgamiento respecto a lo solicitado en autos N° 796/15. Pero a los efectos de lo que aquí se discurre, puedo tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocada.

En cuanto al restante requisito -la urgencia o el peligro en la demora-, comparto plenamente el dictamen de la Sra. Asesora Subrogante, en cuanto al derecho que les asiste a estos niños a contar con la mejor cobertura médica que les pueda proporcionar, adecuada al nivel de vida de la familia y sin limitaciones burocráticas, así como el derecho -y el deber- de su familia biológica de garantizar la tutela preventiva en la atención de la salud de los niños, el cual se traduce en la posibilidad de acceder a la cobertura de una prepaga acorde a su situación socioeconómica y en pleno uso de su libertad de elegir dentro de la oferta que el sistema de salud privada ofrece. Sobre ello volveré más adelante. De cualquier modo, considero que resulta necesario ampliar y flexibilizar la mirada de lo estrictamente procesal para asegurarnos de no estar cometiendo un daño mayor so pretexto de efectuar un análisis del caso a la luz del Derecho Procesal y nada más.

Y esto se relaciona con las notas que tipifican el nuevo Derecho de Familia, cuya aplicación comenzó con la puesta en marcha de Juzgados especializados, ya hace muchos años, que se articulan de modo diferente en el debate que suscitan los conflictos de que trata: los conflictos familiares. Hace algunas décadas la doctrina comenzó a pensar al Juez de Familia como sujeto con potestades exorbitantes dentro del proceso, manifestándose, sobre todo, en la asunción de concretas y ampliadas atribuciones, que van desde la esfera del comando, gobierno del trámite, pasando por los mayores poderes de instrucción de las causas y la correlativa discrecionalidad (libertad) en la apreciación probatoria. (conf. DÍAZ, C.A., Instituciones de Derecho Procesal, 1968, vol. I, p. 234).

De acuerdo a la doctrina especializada en Derecho de Familia, el Juez con competencia en estos asuntos se distingue por su activismo y acompañamiento, actuando en este modelo aún no definitivamente contorneado, y asume una misión de apoyo y colaboración con las partes, particularmente las más débiles, a través del consejo y auxilio técnico, sin que su cometido sea óbice al principio de neutralidad del juez, ni el de preclusión que en su expresión más extrema cede paso a la pauta más rendidora de la flexibilización de las postulaciones de las partes en la etapa constitutiva del proceso (conf. COLESSANTI, V. AII Proceso di cognizione nella riforma del 1990", 1993, p. 20 y ss.).

El conflicto familiar exige una composición humana, que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que si

© Thomson La Ley

bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales, para la mejor tutela de los intereses comprometidos. No se trata de prescindir de la ley sino de aducir que también inciden en un plano de equivalencia las razones de conciencia y de convencimiento personal del juez (conf. MOSSET ITURRASPE, J., El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez, LA LEY, 17/02/98). Una suerte de justicia mixta de equidad y ley, que nunca defraudará las aspiraciones de la ley -expresaba Couture- si el magistrado coloca por encima del tecnicismo jurídico, los dictados de su conciencia recta y justiciera.

En razón de su específica naturaleza, el proceso de familia se rige por una serie de principios orientadores que si bien en general no son exclusivos o propios de la materia, presentan ciertas particularidades en el modo de actuación, y se adecuan o se flexibilizan en cada caso según cuál sea la naturaleza de la relación jurídica sustancial que se encuentre en la base de ese proceso. El interés superior del niño (art. 3 de la C.D.N. y art. 1º de la ley 6354) justifica la flexibilización de las rígidas normas previstas en la ley de rito; los poderes del juez y sus facultades discrecionales para dirigir el proceso, se potencian o exorbitan, en aras de una pronta solución y de la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

El proceso de familia debe respetar el principio de tutela judicial efectiva, que también se encuentra consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos art. 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Este principio implica el derecho a un juicio justo, a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte sentencia sin dilaciones indebidas, y a que esa sentencia se cumpla, pues de otro modo, esa tutela no es efectiva. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; "Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo" Derecho de Familia. Nº 51 Setiembre 2011.Abeledo Perrot"). Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (CSJN - 23/11/2004, "M. S. A. s/ materia previsional s/ recurso de amparo, citado en Derecho procesal de familia. Principios procesales, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, MICROJURIS 12/04/2011). El derecho a obtener una sentencia oportuna exige la mayor agilidad posible del proceso, pues el factor tiempo cobra una importancia inusitada. La celeridad en el proceso y la economía procesal adquieren gran relevancia, por cuanto se ventilan cuestiones muy vinculadas a los derechos personalísimos y los atributos de la personalidad, cuya vulneración no admite dilaciones evitables. Sin embargo y más allá de las disposiciones legales y de la voluntad del legislador, en la práctica, la existencia o no de dilaciones innecesarias en los procesos de familia depende, en general, de los modos de actuación de los operadores del derecho, desde los jueces, funcionarios y empleados judiciales, hasta las partes y sus propios abogados litigantes.

Para concretar este principio se debe asumir la necesidad de apartar viejas y nocivas costumbres litigiosas que demoran los procesos y comprender que es necesario priorizar ante todo el ejercicio eficaz de los derechos, máxime cuando su titular es una niña, niño o adolescente, destinatario de una protección preferencial en el Derecho de Familia. En el ámbito de familia, la relación jurídico procesal excede el principio dispositivo, pues el juez es un verdadero director del proceso con amplios poderes autónomos de impulso y de investigación.

Se propicia un proceso conducido por un juez activo y "acompañante asistencial" que asuma el efectivo comando de la actividad procedimental y procure lograr la igualación de las partes en sentido amplio, proteger los derechos prevalentes y asegurar la virtualidad de los intereses generales comprometidos." La figura del magistrado toma un cariz especial, debido a la necesidad de un juez con un rol más activo y más comprometido con la problemática familiar cuyo conflicto se debate en la justicia. La Suprema Corte de Buenos Aires ha sostenido que "Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en los que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible" (SCBs As, 15/7/2009, Revista Derecho de familia, Nº 45, Marzo/Abril 2010, p. 192). "Las facultades judiciales se agrandan cuando están en juego los derechos fundamentales de los niños" (Derecho

procesal de familia. Principios procesales, Kemelmajer De Carlucci, Aída, Ob. Cit.).

Como parte de la especialidad del procedimiento de familia y los principios procesales imperantes, las atribuciones del juzgador encuentran mayor amplitud que las clásicas facultades del Juez Civil.

Tales atribuciones se encuentran expresamente previstas por el art. 83 de la ley 6354. En consecuencia, considero que se hallan acreditados los presupuestos de procedencia de la vía elegida, debiendo entrar en el análisis de la pretensión de fondo articulada, esto es, la afiliación de los menores en la prepaga a la cual están afiliados los padres biológicos.

V. Afiliación de los niños A O.S.D.E. La prestación alimentaria -y la prestación de los servicios sociales y de salud integran tal concepto- en las relaciones de familia, encuentra fundamento en la solidaridad humana y, más precisamente, en la necesidad de que todos quienes están ligados por lazos de sangre concurran a hacer posible el bien personal de los integrantes de la comunidad familiar. (CNCiv., Sala H, 30/6/95 P.M.S y otro c. C.,J.M., JA, 1997-II, Síntesis, p.72.) (Idem, sala C, 7/11/95, P.,I.P.F.c. K.S.).

Coincido con los argumentos vertidos por la distinguida colega, Dra. Verónica Elespe, Asesora de Menores e Incapaces, cuando afirma que a la base del planteo se encuentra la cuestión vinculada al derecho a la salud y el interés superior de los niños causantes. De allí que crea oportuno citar sus palabras: .... "En síntesis, considero que en autos se encuentra en juego el interés superior de los tres niños, el derecho a la salud de los mimos en el más amplio sentido, esto es en la posibilidad de prevenir cualquier disfunción y en caso de que existan, a contar con la mejor cobertura médica que sus padres consideren adecuadas a su nivel de vida, sin limitaciones burocráticas. Que el derecho a la salud se encuentra tutelado en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

A simple modo de ejemplo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, bajo el rótulo "Derecho a la preservación de la salud y el bienestar", determina en su art. XI que "[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

En igual sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25.1 establece que "[t]toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)".

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su tutela se deriva de los arts. 4.1 y 5.1 (derecho a la vida e integridad personal, respectivamente), y 26 (derechos progresivos). Ello así, no obstante el reconocimiento efectuado en el art. 10 del Protocolo Adicional de San Salvador, complementario de la Convención en materia de DESC.

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se dispone que "[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12.1). Cabe destacar que el Comité DESC señala que el derecho a la salud no implica solamente un derecho a estar sano sino que acarrea además un conjunto de libertades y derechos, entre los que se incluye el derecho "a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud" (v. Observación General 14, U.N. Doc. E/C.12/2000/4), párr. 8).

De particular importancia para el caso de autos resulta ser lo establecido en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde expresamente se obliga a los Estado Partes a reconocer "1. (...) a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social", y a adoptar "las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional". Asimismo, en el punto 2 se prevé que "[l]as prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre".

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado, en virtud de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, "(...) el derecho a la preservación de la salud

-comprendido en el derecho a la vida- (...)" como así también "(...) ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en sus cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (fallos 321:1684; 323:1139)" (causa "Montserin", del 16/10/2001). En lo que se refiere a la preservación del interés superior del niño, el Alto Tribunal tiene dicho que "(...) atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuenten con particular tutela constitucional" (conf. fallos 324:122; 327:5210)".

Asimismo, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes dispone en su artículo 14 (Derecho a la salud) que los Organismos del Estado deben garantizar: ....a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad...; y establece que: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud". A su vez, el Artículo 29 establece el principio de efectividad, por el cual: "Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Señala la doctrina especializada que dentro del amplio espectro que abarcan los llamados derechos sociales, el derecho a la salud constituye uno de los más importantes. Involucra el sustractum indispensable para el ejercicio de otros derechos y es una precondición para la realización de valores en la vida y en el proyecto personal de todo ser humano. Se lo define como un bien jurídico constitucional dotado de valiosidad, por lo que no sería raro sostener que también es un valor, y que, como tal, se realiza en las conductas humanas que le confieren efectividad en la convivencia societaria.

La salud como "bien, valor y derecho", ya no se abastece con la mera omisión de daño, sino que se integra, además, con políticas activas, con medidas de acción positiva y prestaciones de dar y de hacer. (Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Comentada, Anotada, Concordada, GIL DOMÍNGUEZ-FAMÁ-HERRERA, Ed. Ediar, 2007, ps. 266/267). Que por otra parte, en todas las decisiones atinentes a los menores, tanto administrativas como judiciales, se tendrá en especial consideración el interés superior de los mismos, tal como lo ordenan el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y el art. 1 de la ley provincial de niñez y adolescencia (6354), y disponiendo el artículo 3 de la ley 26.061 que a los efectos de dicha ley, se entiende por "interés superior de la niña, niño y adolescente" la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

En suma; fundada la admisibilidad de la vía intentada, así como el fondo de lo solicitado, y oído el Ministerio Pupilar y O.S.D.E., corresponde hacer lugar a lo solicitado, aclarando que la presente no determina la filiación jurídica de los niños, ni procura determinar el vínculo jurídico filial, sólo reconoce el derecho a la salud y su consecuencia inmediata, acceso a la cobertura médico-asistencial integral de tres niños pequeños a cargo de la obra social o prestación de medicina prepaga de aquéllos con quienes mantiene un vínculo biológico y hasta tanto se resuelva sobre la cuestión de aquella determinación jurídica. Ello, sin perjuicio, claro está, de las obligaciones del Estado a través de la ejecución de los planes y políticas públicas relativas a la salud e infancia en general que funcionan, en el caso, subsidiariamente. En síntesis, tengo claro, con el grado de convicción suficiente que resulta atendible el pedido sin que ello implique juzgar respecto a la maternidad y paternidad de los niños.

VI. Costas y honorarios: Las costas se impondrán a los peticionantes, atento la falta de contradictor, regulándose los honorarios de acuerdo a los arts. 10 y 13 de la ley N° 3641.

Por lo expuesto, resuelvo: I. Hacer lugar a lo solicitado y en consecuencia, ordenar a la empresa de medicina prepaga O.S.D.E. la incorporación de los niños C. M. D., DNI N° ..., M. A. D., DNI N°... y B. J. D., DNI N° ..., debiendo prestárseles todos los servicios y cobertura en las mismas condiciones, requisitos, alcances y extensión que respecto a los hijos de los afiliados al plan que poseen los Sres. M. E. C., DNI N° ... y M. J. M. J. R., DNI N° ... II. Imponer las costas a los solicitantes, por lo considerado. III. Regular los honorarios profesionales de las

Dras. F. Q. y A. B. en la suma conjunta de... ($ ...) (arts. 10 y 13 ley N° 3641). IV. Firme la presente, ofíciese a O.S.D.E. a los efectos pertinentes. Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. Omítase la aparición en lista. FDO.— Rodolfo G. Díaz.