

Medidas cautelares ~ Cuestiones generales ~ Generalidades

Autor: Fernández, Silvia E.

Título: Medidas cautelares y derechos de las familias. Cuestiones actuales

Fecha: 2014-12-17

Publicado: SJA 2014/12/17-204 ; JA 2014-IV

Sección: DOCTRINA

(*)

I. EL "UNIVERSO CAUTELAR" Y LO CAUTELAR EN "EL UNIVERSO" DE DERECHOS HUMANOS

Iniciar un breve estudio dirigido al abordaje de la temática de las medidas cautelares en los procesos familiares resulta un objetivo un tanto complejo. No sólo por la amplitud de pronunciamientos judiciales y aportes de doctrina que se han emitido desde hace años sobre la materia (1), sino también por la expansión temática que la cuestión presenta hoy día.

Así, hablar de medidas cautelares en el derecho de familia tiempo atrás nos remitía principalmente a analizar las cuestiones derivadas del divorcio, la separación personal, las relativas a los hijos menores de edad —tradicional atribución de "tenencia" y "régimen de visitas", cuota alimentaria, entre otras—.

Hoy en día, la evolución de la mirada jurídica a los derechos de las familias (2) a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y la consideración del factor tiempo (3), por el otro, como elemento a-jurídico que, sin embargo, influye decisivamente en la eficacia de las intervenciones judiciales desde una pretensión de justicia de sus respuestas, transforman en muy buena medida los contenidos que para este breve estudio podríamos delinear.

¿Por qué hemos optado por la referencia al universo de derechos humanos para encabezar el presente apartado? Ocurre que la mirada integral del derecho y, en especial, del derecho de las familias, exhibe desde hace años una renovada visión a la luz de los tratados de derechos humanos y de la doctrina que emana de los organismos internacionales autorizados para su interpretación (4). En función de la incorporación constitucional que la República Argentina ha efectuado respecto de determinados instrumentos en el art. 75, inc. 22, CN, "en las condiciones de su vigencia", las definiciones que los organismos internacionales autorizados efectúen respecto de ellos gozan de igual naturaleza vinculante y constitucional para nuestro país (5). Lo propio ocurre —si bien por fuera del art. 75, inc. 22— a partir de la regla del art. 31, CN, y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en cuanto a la prevalencia por sobre el derecho interno de las normas internacionales incorporadas por el Estado; imperativo a resultas del cual los órganos judiciales deben efectuar el llamado control de convencionalidad de normas y prácticas con los tratados internacionales y las interpretaciones que de ellos realicen los organismos habilitados a dicho fin (6).

Aparece así de interés observar cómo ha evolucionado el alcance y la eficacia de la herramienta cautelar como mecanismo protectorio y preventivo —temporalmente efectivo— tendiente a la evitación de daños irreparables (7).

En esta línea, la CIDH ha emitido numerosos pronunciamientos en el último tiempo bajo la modalidad cautelar o precautoria (8), dando cuenta de la expansión de las materias comprendidas más ampliamente como pretensiones/procesos urgentes, que desbordan no sólo los Códigos de Procedimiento sino incluso la propia intervención nacional, involucrando a organismos internacionales.

II. ESPECIALIDAD DEL RÉGIMEN CAUTELAR FAMILIAR

En materia de cautela familiar, la especialidad viene puesta de manifiesto, al menos, por dos razones. En primer lugar, por la particularidad que ofrece el abordaje jurisdiccional familiar, dirigido a eliminar el conflicto asistiendo en la búsqueda de un nuevo orden en la estructura familiar (9). Así, del mismo modo en que los conflictos jurídicos de familia se distinguen de otros, las medidas cautelares que se adoptan en estos procesos tienen características diferenciadas, apartándose del régimen típico o general previsto en los Códigos Procesales (10).

Muchas de las resoluciones que se dictan en los procesos de familia requieren urgencia, actualidad; la práctica diaria nos demuestra que las resoluciones dictadas en el marco cautelar se convierten en las protagonistas, por su número y trascendencia.

En rigor, esta "abundancia cautelar" guarda relación con la actuación que corresponde reconocer al juez de familia actual, quien, en ejercicio de sus funciones, debe actuar en algunas ocasiones oficiosamente, flexibilizar el principio de congruencia, propender a la conciliación, reconducir procedimientos, imponer sanciones para la efectivización de sus mandatos en tiempo oportuno, privilegiar la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, etc.; todo ello acorde a su meta de reorganización de la situación de una familia en crisis (11).

En materia familiar, se ve potenciada la calificación que Morello esbozara tiempo atrás en relación a la nota de eficacia esperable de la tan citada "tutela judicial"; el autor señalaba que la exigencia de efectividad representa el común denominador de cualquier sistema de garantías; la sola efectividad permite medir y verificar el grado de protección concreta que reviste la garantía tanto desde el punto de vista formal como de contenido, que es capaz de asegurar la situación subjetiva que abstractamente la norma procura proteger (12).

Esta exigencia se refuerza en materia familiar, atendiendo al compromiso de derechos personales y, las más de las veces, la involucración de derechos e intereses de niños y niñas (13). Así, siguiendo a Grosman, frente a estos destinatarios de la intervención estatal, no basta con una enumeración de derechos, sino que es preciso buscar los caminos para darles efectividad, para garantizarlos, tanto desde el punto de vista asistencial como de su protección jurisdiccional (14).

La segunda cuestión a resaltar es que la regulación de las medidas cautelares en materia familiar no es resorte exclusivo de los Códigos de Procedimiento locales; la normativa civil de fondo postula varias medidas protectorias de los derechos familiares que encuadran en el tipo cautelar (15)(16). Así, aparece nítida en esta

materia la conexión entre "fondo y forma", que con frecuencia revela el derecho familiar (17). Tal como se ha explicado, la naturaleza instrumental no disminuye la importancia del derecho procesal; por el contrario, el proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; "marca el momento más alto y más crítico, en tanto la tutela jurisdiccional constituye (...) la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela. Consecuentemente, los fracasos de la tutela jurisdiccional se traducen, inexorablemente, en un déficit de operatividad de las normas del derecho sustancial"(18).

La especialidad de estas medidas precautorias ha llevado a decir que importan en verdad una tutela diferenciada; varias de las singularidades de la tutela cautelar familiar son también tendencias pretorianas generales que representan una avanzada renovadora del régimen precautorio clásico (19).

Así, no todas las medidas urgentes protectorias de los derechos familiares —sean desde la regulación procesal o sustancial— califican estrictamente como medidas cautelares. Por el contrario, la satisfacción inmediata o eficaz se alcanza en estos procesos no sólo a través de las cautelares, sino también en otras ocasiones por medio de las medidas autosatisfactivas (20) y las sentencias anticipadas; todas ellas, subtipos de los denominados "procesos urgentes", cuyo objetivo primordial es la satisfacción oportuna, pues "la justicia que no es impartida en un 'tiempo razonable' es para mucha gente, justicia inaccesible"(21).

En efecto, "todo proceso judicial, en mayor o menor grado es consumidor de tiempo. Sin embargo, la finalidad que se persigue es que el tránsito por el proceso no agrave el daño que se pretende reparar o la situación de vulneración o insatisfacción de derechos que se pretende superar. El respeto a los tiempos y a las formas procesales —si bien mecanismos de cumplimiento del debido proceso— son las constantes que atraviesan al derecho procesal y exigen día a día nuevas definiciones a favor del justiciable. Ese desafío permanente a favor de la efectividad de los derechos de manera oportuna ha hecho nacer en la doctrina y en la jurisprudencia fórmulas novedosas como la denominada "tutela anticipada", "sentencia anticipada", "medidas autosatisfactivas", "cautela material", "habiéndose incluido a todas estas variantes que en una aproximación gruesa apuntan a evitar los riesgos que importa el 'ordinario iter procesal', como llamaba Calamandrei, al desarrollo del proceso judicial a comienzos del siglo pasado, debido a las demoras que implica su desenvolvimiento"(22).

En este punto, y manteniendo la perspectiva de derechos humanos con que iniciamos, recordamos que en el "Caso Bayarri"(23), la Corte Interamericana, al definir el concepto del "plazo razonable" de los procesos, agregó como cuarto elemento el daño que el transcurso del tiempo genera a la persona: "la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia".

Más adelante, la Corte IDH haría un resultado aplicativo concreto de esta doctrina, a la afectación provocada por el factor tiempo, justamente frente a quienes serán los destinatarios de estas breves reflexiones en el presente estudio: niños y personas con discapacidad —Corte IDH, casos "Fornerón"(24) y "Furlán"(25)—.

Ingresando ahora a una brevísima y genérica caracterización de las medidas cautelares en el ámbito familiar, debe decirse, en primer, lugar que las notas típicas de este instituto no se visualizan tan nítidamente —o en algunos casos directamente se encuentran ausentes—. Si bien la doctrina coincide en señalar que en materia de familia y cuando se trata de cautelares sobre las personas, aquéllas participan de las características genéricas de todas las cautelares en lo atinente a la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, lo que autoriza al juez a dictarlas si

la urgencia del caso lo requiere (26), no todos los restantes caracteres propios a la tutela precautoria se perfilan de igual modo. Esta especialidad no implica dejar de lado los principios del instituto, pero sí exige una adecuación a las particulares características que presentan las acciones en materia familiar, en las cuales una apreciación estricta del cumplimiento de algunos de los recaudos de la teoría cautelar podría redundar muchas veces en un perjuicio irreparable a la persona o a las relaciones familiares (27).

a) Verosimilitud en el derecho. Peligro en la demora

Surgen en buena medida de la propia naturaleza de la petición en cada caso interpuesta y adquieren notas típicas, dadas por la confluencia del derecho procesal y sustancial que ya mencionamos; así, es muchas veces el derecho de fondo el que determina los requisitos que, cumplidos, habilitan el dictado de la cautelar.

En principio, se dictan con los elementos que surgen de la causa, esencialmente variables; no es necesaria la prueba plena sino una mera acreditación, una apariencia, la posibilidad de que la situación invocada exista.

b) Instrumentalidad

Muchas veces esta cualidad se ve atenuada, esto ocurre cuando la medida se independiza del resultado de la pretensión de fondo; otras veces incluso se anticipa a él (28), identificándose casi plenamente con el objeto final (29) —siendo estos aspectos, entre otros, los que delimitan la diferencia entre las medidas cautelares y las tutelas anticipadas—. Así, por ejemplo, ocurre con los alimentos provisorios (30).

La instrumentalidad aparece desdibujada o más bien ausente en las cautelares que no pretenden el aseguramiento del cumplimiento de la sentencia definitiva —ni siquiera se identifican con el objeto de fondo del proceso—, sino que procuran la integridad de la persona sujeto de protección o la satisfacción de sus necesidades urgentes. Así, los alimentos provisorios concedidos en los procesos de filiación (31), que técnicamente no constituirían una medida cautelar al no ser instrumentales a la pretensión de fondo —el emplazamiento filial—.

En otras ocasiones, el carácter instrumental califica como "anómalo" (32), cuando la medida cautelar apunta a asegurar el cumplimiento de resoluciones dictadas en procesos conexos; v.gr., la suspensión de la tramitación de un juicio de reducción de cuota alimentaria hasta tanto se cumpla lo adeudado en el proceso principal de alimentos —atrasados—; la modificación del régimen de custodia para quien entorpece la comunicación con el padre no conviviente (33), la suspensión o paralización de procedimientos conexos (34), la prohibición de salida del país ante el incumplimiento de la cuota alimentaria (35).

c) Caducidad

La jurisprudencia mayoritaria entiende que no es de aplicación el plazo previsto en el art. 207 del CPCC Bs. As., que postula la caducidad "de pleno derecho" de las medidas cautelares "si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba". Se valoran los perjuicios que puede implicar el levantamiento intempestivo de una medida por caducidad automática —v.gr., casos de exclusión del hogar, medidas en violencia familiar, suspensiones de visitas ante situaciones de riesgo físico-psíquico del niño,

etc.—. Esto sin perjuicio de la facultad del juez de fijar un plazo para la promoción del proceso de fondo a fin de evitar maniobras perjudiciales (36).

d) Sustanciación

Si bien la regla general es que las medidas cautelares se dictan inaudita parte, en el ámbito familiar muchas se resuelven con una previa sustanciación. Frecuentemente, la bilateralidad se cumple mediante el otorgamiento de un traslado por plazo abreviado o con la celebración de una audiencia; se procura garantizar una mínima bilateralidad, atento a la complejidad y reciprocidad que presentan los conflictos familiares (37). Salvo situaciones de riesgo que no admitan ni siquiera esta mínima dilación (38).

e) Provisoriedad

Es cualidad inherente a la naturaleza cautelar —art. 202, CPCC Bs. As.— y permite en caso de que nuevos sucesos modifiquen el estado de cosas anterior, que la medida sea levantada o modificada (39)(40).

f) Cosa juzgada

El auto que ordena o deniega una medida cautelar, cualquiera sea su naturaleza, no tiene fuerza material de cosa juzgada, y, no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, corresponde modificarlo cuando cambian las circunstancias (41).

g) Contracautela

No es exigida generalmente para la efectivización de las tutelas personales. Frente a algunas medidas patrimoniales —v.gr., en el proceso de divorcio— se exige la contracautela en virtud de la existencia de la sociedad conyugal; este supuesto convalida la operatividad de la llamada "doctrina de los vasos comunicantes"(42) a la hora de valorar el cumplimiento de los recaudos cautelares correspondientes.

h) Oficiosidad

El principio dispositivo se ve fuertemente atenuado en materia de familia, pudiendo el juez adoptar estas medidas en algunos casos de oficio —v.gr., protección de persona, violencia familiar, entre otras—. El poder cautelar genérico reconocido en el art. 232, CPCC Bs. As. se ensancha notoriamente en favor del juez de familia. Igualmente el principio de congruencia, pudiendo otorgarse una medida diversa a la pedida o con algunas modificaciones. También se flexibiliza el dogma cautelar que postula que sólo el actor puede reclamar el dictado de medidas cautelares y al demandado sólo cuando asume calidad de reconviniente (43).

i) Indisponibilidad del objeto

Por ejemplo, en materia alimentaria, el solicitante de los alimentos provisorios obviamente puede emplearlos, ya que están dirigidos a la satisfacción de necesidades urgentes, siendo por lo demás a futuro irrepetibles (arts. 371 y 375, Cód. Civil).

j) Ejecutabilidad de la medida resuelta

Resulta de utilidad la aplicación de medidas conminatorias (44) dirigidas a garantizar el cumplimiento de las órdenes judiciales cautelarmente dictadas (45).

k) El Proyecto de Código Civil y Comercial (46)

Por la recepción que ha efectuado de los principios generales aplicables a los procesos de familia y al dictado de medidas urgentes —contorneados previamente por doctrina y jurisprudencia—, corresponde citar las disposiciones contenidas en el Proyecto.

El art. 706 dispone: "Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

"Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

"Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

"La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas".

El art. 709 regula en forma expresa el principio de oficiosidad: "Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces".

III. NUESTRO ÁMBITO DE ABORDAJE

En razón de las limitaciones de espacio que exige esta breve colaboración, hemos debido seleccionar sólo algunas de las múltiples cuestiones que podrían ser analizadas en el ámbito de la materia cautelar familiar. En miras a introducir alguna variable de selección, el primer límite de contenido está dado por el sujeto beneficiario de la medida cautelar, que en nuestro caso serán niñas y niños y personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad.

En segundo lugar, omitimos el análisis de las hoy derogadas medidas de "protección de personas" en favor de

personas menores de edad —art. 234, CPCC, en su versión anterior—, reemplazadas a partir de la sanción de las normativas respectivas del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes —ley nacional 26.061; leyes provinciales 13.298, 13.634, 14.537; dec. 300 y sus modificatorias—, en cuyo marco corresponderá el dictado de las llamadas "medidas de protección de derechos" como herramientas de naturaleza administrativa pura o administrativo-jurisdiccional, con el objeto de restablecer la situación de vulneración de derechos de niños y niñas (47). El análisis de este específico sistema ocuparía la totalidad de estas líneas, por lo cual debemos prescindir de él en esta ocasión (48).

Del mismo modo, nos abstenemos de tratar las medidas de atención de salud mediante restricción a la libertad de las personas reguladas por la Ley de Salud Mental 26.657 —internación— (49).

Hechas estas salvedades, del índice de cuestiones posiblemente planteables, nos centramos en ciertos recortes temáticos (50) que guardan relación con aquellos aspectos que consideramos aportan renovadas visiones y criterios a la materia cautelar familiar.

IV. DOS CUESTIONES ACTUALES EN MATERIA ALIMENTARIA

La tradicional norma del art. 375, Cód. Civil, que dispone: "...desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo", es tan sólo el aspecto inicial para considerar algunas cuestiones actuales en materia alimentaria.

Sin detenernos en los debates doctrinarios en punto a la naturaleza procesal que reviste la fijación de alimentos provisorios —típica medida cautelar (51); medida innovativa para otros, o también tutela anticipada (52)(53)— ni en los requisitos de procedencia de estas medidas urgentes, mencionaremos dos breves cuestiones.

En primer lugar, la procedencia de los alimentos provisorios en favor del hijo por nacer, fundada en el art. 264 del Cód. Civil —los alimentos derivados de la responsabilidad parental son debidos desde la concepción del hijo (54)—, siendo necesario, a los fines de su procedencia frente a hijos matrimoniales o extramatrimoniales, valorar las presunciones derivadas de los arts. 243 o 257, Cód. Civil, en cada caso (55).

En atención a su provisoriedad y naturaleza cautelar, el objeto se dirige a cubrir las necesidades imprescindibles de la persona por nacer e indirectamente a la madre durante el curso del juicio, hasta tanto se arrimen otros elementos que permitan establecer el importe definitivo. Los alimentos abarcan los gastos necesarios para que el embarazo se desarrolle con normalidad, comprendiendo erogaciones médicas y alimentación y cuidados de la madre. Al no tenerse certeza de que el demandado sea el padre, no sería correcto otorgar alimentos amplios (56), no impidiendo esta circunstancia que a posteriori, con mayor amplitud de prueba e incluso mediante la producción anticipada de la prueba genética, pueda ampliarse el contenido alimentario.

El Proyecto de Código Civil y Comercial, en su art. 544, dispone que "Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios". Respecto de la situación de los alimentos previos al nacimiento del hijo, los habilita en favor de la mujer embarazada con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665).

Una segunda cuestión de interés a mencionar es la relativa a la procedencia de la petición de alimentos provisorios en los incidentes de aumento de cuota alimentaria. La posición restrictiva considera que, siendo los alimentos provisorios dirigidos a paliar las necesidades urgentes, en el caso de un incidente de aumento existe ya un monto originario que cubriría dichas necesidades mínimas. En sentido contrario, se admite la procedencia de alimentos provisorios en el incidente de aumento, cuando la suma vigente que percibe resulta prima facie insuficiente para afrontar los gastos del alimentado (57). Procede así la fijación de alimentos provisionales con carácter excepcional (58).

V. EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Desarrollar un tratamiento apropiado acerca de los criterios jurisprudenciales a la hora de decidir la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental (59) excede en mucho los límites espaciales con que contamos. Sólo apuntaremos la necesidad de relectura de algunas tradicionales normas, v.gr., el art. 206, Cód. Civil —aplicable tanto para la fundamentación de una decisión definitiva como cautelar—, que para el caso de progenitores heterosexuales continúa perpetuando una diferencia de género carente de justificación, y coloca a las partes en una situación de desigualdad al impedirles discutir la idoneidad para ejercer la autoridad parental (60).

En este aspecto, corresponde mencionar la doctrina vinculante de la CIDH en el caso "Atala Riffo e hijas v. Chile"(61), en que el organismo internacional sostuvo que "la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia" (pto. 109).

Entre los centrales criterios a la hora de decidir la atribución cautelar del cuidado del hijo —término empleado para reemplazar el de "tenencia", conf. Proyecto de CCCom.— se ha invocado invariablemente en los fallos jurisprudenciales "el interés superior del hijo".

El principio del interés superior del niño resulta uno de los estándares más fuertes en materia de protección integral de derechos de niñas y niños, pero también puede convertirse en un eslogan carente de sentido, si no se lo interpreta mediante el recurso a ciertas pautas válidas, con criterio de justificación, que alejen la arbitrariedad (62).

El Comité de Derechos del Niño, en su observación general 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (63), describe al interés superior del niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. En lo que aquí nos interesa, el interés superior del niño es una norma procesalmente operativa: "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha

considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (pto. 6.c) (64).

El interés superior del niño se relaciona en forma directa con el segundo aspecto que queremos destacar relativo a la toma de decisiones —aun cautelares— relacionadas con la custodia y ejercicio de derechos de la responsabilidad parental: el derecho del niño a ser oído. En efecto, "la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la observación general 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el art. 3º, párr. 1º, y el art. 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El art. 3º, párr. 1º, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el art. 3º, párr. 1º, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida".

De tal modo, por criterio general, debe favorecerse la escucha de niños y niñas en forma previa a la toma de decisiones —aun cautelares y urgentes— relativas a su custodia, salvo casos excepcionales en que dicha actuación conspira contra una protección eficaz y oportuna en función de especiales situaciones.

En esta línea, establece el art. 707 del Proyecto de CCom: "Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez adecuado para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida, tienen derecho a ser oídas y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso".

Y en su parte pertinente, el art. 706 dispone: "(...) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas".

En cuanto a la determinación de régimen de comunicación o de contacto con el padre no conviviente, los criterios dichos son también aplicables. Hablar de un derecho de adecuada comunicación y no de un derecho de visita importa expresar el contenido de un derecho de titularidad recíproca de padres e hijos, que excede en mucho el hecho de la "visita" o "contacto" en períodos determinados o acotados, apreciándose su real dimensión como derecho del progenitor que no concentra el ejercicio de la responsabilidad parental, a mantener fluido contacto, comunicación y relación con su hijo, y el correlativo derecho de éste a realizar, a pesar de la separación de sus padres, su derecho constitucional a ser criado por ambos padres —arts. 7º, 8º, 9º, 18 y concs., CDN) (65)(66)—.

El ejercicio de este derecho también puede recibir intervenciones jurisdiccionales cautelares, sea a los fines de asegurar su cumplimiento (67), sea para suspender su efectividad, si bien en este último caso valorando su carácter restrictivo (68).

Una herramienta de interés en estas cuestiones, como recurso dirigido a asegurar la efectividad de las órdenes de vinculación parental, está dada por la imposición de terapia individual y/o familiar, bajo mandato judicial, por el tiempo a disponer en la resolución judicial. Es éste un recurso efectivo y necesario, desde una obligada mirada

interdisciplinaria a estos conflictos, en que la intervención jurídica resulta insuficiente. La terapia bajo mandato suele ser pedida por el Ministerio de Incapaces en representación de los hijos (art. 59 del Cód. Civil) (69), o resuelta de oficio por el propio juez (70) a fin de neutralizar la escalada de la disputa y obtener el auxilio interdisciplinario necesario, con miras a la eficacia de las decisiones.

Otra cuestión que involucra el ejercicio de la responsabilidad parental guarda relación con la toma de decisiones por parte de los progenitores frente a cuestiones que involucran el derecho a la salud de sus hijos menores de edad. La toma de estas medidas, en procesos necesariamente de carácter "urgente" no siempre califica como medida estrictamente cautelar: la mayor parte de las veces, por el contrario, revisten naturaleza autosatisfactiva, al independizarse de todo proceso principal.

En la resolución de estas medidas resulta imprescindible garantizar la escucha del niño o adolescente, por involucrar nada menos que el ejercicio de derechos personalísimos relativos al cuidado del propio cuerpo. Se actualiza aquí el respeto a la condición de persona de los niños y la posibilidad de ejercicio de su autonomía progresiva (71) en la prestación de su consentimiento informado al acto médico.

Al respecto, la ley 26.529 establece en su art. 2º, inc. e), que "El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud"(72). La reglamentación de la referida ley 26.529 mejoró profundamente el concepto (dec. 1089/2012).

Las situaciones de hecho que puedan dar lugar al planteo de estas medidas son variadas y pueden ser motorizadas por el propio equipo de salud ante la negativa de los padres a la práctica médica sugerida, o bien, asumiendo la representación directa del niño, el asesor de incapaces en caso que el niño carezca de padres en ejercicio de la responsabilidad parental (73) y/o también ante la negativa de ellos (74).

No obstante, debe dejarse aclarado que no toda situación sanitaria que involucra la toma de decisiones relativas a niños y niñas debe ser necesariamente judicializada. Al respecto, el art. 9º de la ley 26.529 establece como excepción al consentimiento informado: "a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales" .La situación de gravedad, peligro, emergencia, no puede ser determinada en mejor modo por nadie sino por el propio médico. ¿Cuál es la razón para pensar que un juez, ajeno absoluto al conocimiento médico, sabrá asumir la decisión más adecuada de intervención en una situación de emergencia y riesgo de vida del paciente? Ninguna (75).

En cuanto a las situaciones que sí resultan judiciales a partir del amplio plexo de las medidas urgentes, la jurisprudencia local y extranjera brinda numerosas muestras (76).

Cabe finalmente aquí recordar el caso resuelto por la Corte Suprema Nacional en relación a la vacunación obligatoria de un niño menor de edad, planteo promovido por la Asesoría de Incapaces en representación del recién nacido. Frente al recurso extraordinario provincial de inaplicabilidad de ley planteado por el Ministerio Público ante el rechazo por el Tribunal de Familia, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires —por

mayoría— revocó la sentencia e intimó a los padres a dar cumplimiento con el calendario de vacunación obligatorio, bajo apercibimiento de efectivizarse la práctica en forma compulsiva. El recurso federal interpuesto por los padres ante la Corte Nacional fue rechazado, confirmándose el fallo de la Suprema Corte local (77).

VI ATRIBUCIÓN CAUTELAR DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En materia de medidas derivadas del quiebre de la unión matrimonial, el Código de fondo prevé las medidas personales en su art. 231: "Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quien corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio. En el ejercicio de la acción por alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca".

En el ámbito procesal bonaerense, la norma se ve reglamentada a través del art. 237 bis, CPCC Bs. As., que dispone: "En el supuesto del art. 231 del Cód. Civil (ley 23.515), el juez podrá disponer ante pedido fundado de parte y a título de medida cautelar, la exclusión del hogar conyugal de alguno de los cónyuges, o su reintegro al mismo, cuando los motivos fundantes estén sumariamente acreditados y medien razones de urgencia impostergable. Cuando la exclusión o inclusión se promueva como pretensión de fondo, antes de la promoción de la demandada de separación personal o de divorcio vincular, tramitará según las normas del proceso sumarísimo. Encontrándose iniciada la demanda, la cuestión tramitará por incidente".

Sin detenernos en una enumeración casuística de los principales criterios para la atribución cautelar del hogar familiar, focalizamos nuestra mirada en los parámetros que guardan relación con la presencia de hijos menores o incapaces y su protección.

En algunos supuestos, la necesidad de decisión provisoria inmediata respecto de la exclusión de quien actúa conductas encuadrables en la ley de violencia familiar habilita la postergación de la bilateralidad, de modo razonable (78).

La determinación de cuál de los esposos debe permanecer, retirarse o reintegrar el inmueble sede del hogar conyugal configura una cuestión de hecho (79). Sin embargo, son pautas centrales la pretensión de mantenimiento del grupo familiar dentro de la vivienda que fue sede del hogar (80). Prevalece en esta decisión el interés de los hijos menores (81).

Cuando el inmueble ha sido la residencia habitual de los hijos menores —entendida ésta como el centro donde han desarrollado sus actividades culturales, educativas, sociales —, dicho factor debe considerarse especialmente a los fines de la decisión cautelar (82). Siguiendo el art. 3º, inc. f), de la ley 26.061, se debe respetar el centro de vida del niño, entendido como el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (83).

Incluso la titularidad del inmueble es aspecto no determinante, pues cede ante la presencia de hijos menores de edad cuyo interés —en función de circunstancias tales como las enumeradas, relativas al centro de vida,

estabilidad, etc.— merezca superior preferencia por sobre la titularidad dominial (84).

Una cuestión particular en el actual derecho reglamentario aparece dada por la discriminación negativa que viven los hijos de matrimonios y los de uniones convivenciales, por cuanto los segundos no se verían amparados por las normas civiles arribas citadas. En procura de vencer esta discriminación que violenta la protección constitucional y convencional igualitaria del derecho a la vivienda de niñas y niños, la doctrina y la jurisprudencia (85) han evaluado y resuelto estas cuestiones desde la valoración del derecho del niño a la vivienda familiar, independientemente de la consideración de la condición de sus padres (art. 2º, CDN) (86). Debe considerarse a este respecto también que la provisión de vivienda reviste carácter alimentario en favor del hijo menor de edad.

Las cuestiones brevemente expuestas han sido idóneamente solucionadas en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Así, bajo el título de "Medidas provisionales", en el art. 721 dispone: "Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

"Puede especialmente:

"a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;

"b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;

"c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;

"d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el título VII de este Libro;

"e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el art. 433".

En relación con las uniones convivenciales, regula igualmente la posibilidad de atribución de la vivienda como consecuencia de la ruptura de la pareja (art. 526).

VII. MEDIDAS CAUTELARES DE ASEGURAMIENTO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE NIÑOS Y NIÑAS

Toda política pública presupone derecho/s que pretenden tutelarse con su formulación y cuyo respeto constituye objetivo esencial del Estado. Resulta claro que el diseño, concepción, implementación y ejecución de las políticas pertenece a la esfera legislativa y administrativa, pero cabe admitir circunstancias en que el Poder Judicial pueda intervenir y en tal caso indagar el modo de hacerlo sin que ello implique una afectación de la regla de la separación de poderes (87). El reconocimiento de la condición de derechos fundamentales que se les atribuye a los derechos

económicos, sociales y culturales justifica la posibilidad de incursión judicial en este área (88).

Si bien una primera apreciación podría llevar a concluir que en materia de derechos económicos y sociales los documentos internacionales hubieran adoptado una posición de "inferior exigibilidad", en razón de que las fórmulas empleadas parecen comprometer a los Estados "en la medida de los recursos disponibles" (art. 26, CADH; art. 2º, PIDESC), frente a derechos económicos y sociales de niños y niñas, la Corte IDH en la OC17 ha aclarado que el Estado debe "realizar el mayor esfuerzo para asegurar el acceso de los niños a sus derechos", no pudiendo supeditarlos "al máximo de recursos disponibles" (89).

Operaría entonces aquí el control judicial que determinará si la política pública es adecuada para asegurar los derechos humanos (90). Es que en el entramado de derechos humanos, los derechos sociales fundamentales presentan un núcleo central que asegura "un mínimo existencial" necesario para garantizar la dignidad humana (91); se trata de un derecho a las condiciones mínimas de existencia digna, que exige acciones positivas del Estado (92).

De tal modo, adoptado un curso de acción por el Ejecutivo, o bien, por el contrario, verificándose un supuesto de "omisión material", el Poder Judicial tiene la posibilidad de examinar —ante un caso concreto— si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los interesados al derecho (93). Postular lo contrario implicaría tanto como hacer tabla rasa con el principio de equilibrio de poderes y el régimen de pesos y contrapesos (94).

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia (95) ha entendido involucrado en el alcance del control judicial sobre la actividad pública del Estado en materia de derechos económicos sociales y culturales, "no sólo la existencia de programas o planes específicos para abordar tales problemáticas, sino su eficacia y suficiencia frente a la dimensión concreta y real del caso".

Los anticipos jurisdiccionales urgentes integran así el derecho a la tutela efectiva, en la dimensión que expusieramos al inicio del presente. Nuestra propia Corte Suprema de la Nación ha sostenido (96) que "...la privación de justicia se presenta no sólo cuando el afectado se encuentra ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones para que los jueces ejerzan su imperio jurisdiccional de manera eficaz y concreta".

En efecto, muchas veces el conceder una medida cautelar —aun coincidente total o parcialmente con el objeto de la litis— aparece como el único medio para evitar que los tiempos del trámite judicial hagan perder eficacia al pronunciamiento que reconocerá finalmente el derecho (97).

Existen numerosos precedentes judiciales en que se asumió una labor proactiva con carácter de anticipo cautelar jurisdiccional en defensa de la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales de un grupo familiar (98). Por razones de espacio, nos limitamos a citar algunos de aquellos en los que se garantizó, mediante la intervención jurisdiccional efectiva, el mantenimiento de los niños en su ámbito familiar y el aseguramiento de condiciones dignas de vida en dicho espacio, esto es, dirigidos a la satisfacción de derechos económicos sociales y culturales, en general.

Por razones de actualidad, en tanto, citamos una contemporánea decisión que, si bien dictada por la justicia marplatense, arroja repercusión en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. Así, en respuesta a la medida cautelar planteada en el marco de un proceso sumarísimo por la Asesoría de Incapaces n. 1 de Mar del Plata, dirigida a obtener por vía de orden judicial la restitución del número de "cupos escolares" con que cuentan los colegios con servicios de comedores escolares del Partido de General Pueyrredón, el Juzgado de Familia n. 1 departamental (99) hizo lugar a la medida cautelar interpuesta —a cuyos fines legitimatorios asumimos la representación colectiva de la totalidad de niños y niñas asistentes a dichos establecimientos—, ordenando la restitución inmediata a los cupos, a las condiciones existentes antes de su restricción por decisión del Poder Ejecutivo provincial. Se dijo allí que "En el caso en análisis, surge prima facie acreditado que la decisión del Ejecutivo provincial de suspender el servicio que brindaba afecta los derechos constitucionales a la alimentación —como parte integrante del derecho a la salud— y a la educación. Estos derechos han sido reconocidos tanto por las convenciones internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) —arts. 3º, 4º, 6º, 24, 27 y 28—, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADDHH) —arts. 1º y 19—, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —arts. 2º, 11 y 13.1 y 13.2.a y e—, como por las Constituciones Nacional —art. 14— y provincial —art. 36— y las leyes inferiores —ley nacional 26.061, arts. 2º, 4º, 5º y 15—. A ello se suma el carácter prioritario que compromete el superior interés de los niños —art. 3º, CDN, y art. 3º, ley 26.061—. En relación a la dimensión temporal de la cuestión, intrínsecamente relacionada con su eficacia, se explicó que "La satisfacción urgente del derecho a la alimentación de este grupo de niños no admite demora, en tanto el transcurso del tiempo va en detrimento de su salud y de su educación. No sólo resulta verosímil el derecho invocado por la Sra. asesora, sino la urgencia en su materialización". Se resolvió de tal modo acogiendo el planteo interpuesto (100).

VIII. MEDIDAS URGENTES Y DERECHOS SOCIALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La innegable vulnerabilidad que en la vida cotidiana atraviesan las personas con discapacidad es una evidente muestra de la disociación entre el derecho y la realidad, entre el discurso jurídico sostenido desde el plano convencional y la accesibilidad. El generoso plafón de rango constitucional en nuestro país —art. 75, inc. 22, CN—, especificado en modo pertinente a través de un documento particularizado a la situación de discapacidad como es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378, así como a nivel legislativo inferior con la reciente ley nacional 26.657 de Salud Mental, encuentran serias barreras estructurales al momento de su implementación, atentando contra la igualdad de derechos, la equidad y la dignidad de las personas con discapacidad.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (101) contemplan, por su parte, a la discapacidad entre las causales de obstrucción del acceso a la justicia —Reglas 3 (102) y 4 (103)—; la Regla 8 exige "establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos...".

No abordaremos aquí el análisis tradicional de las medidas cautelares en los procesos de "insania o inhabilitación"(104). Tampoco las medidas de carácter personal, como la internación psiquiátrica forzosa, por las razones expuestas al inicio de este artículo.

Nos interesa detenernos en algunas pocas y puntuales cuestiones que involucran los mecanismos de las tutelas

urgentes en resguardo de derechos económicos sociales y culturales de las personas con discapacidad.

A partir de lo dispuesto en los instrumentos internacionales, se ha reafirmado en numerosos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud de las personas (105), más aún de las afectadas en su salud mental, destacando la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar este derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (106).

El art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378, dispone: "Los Estados partes: a) proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades... b) proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de esas personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales".

Prácticamente en forma invariable la jurisprudencia ha entendido que corresponde postergar las exigencias formales y burocráticas invocadas por las prestadoras de salud, pues ello significaría otorgar primacía a las cuestiones formales en desmedro de derechos fundamentales de preferente tutela constitucional. Con tal criterio, ha concedido reiteradamente medidas cautelares y/o tutelas anticipadas, a los fines de asegurar la provisión de medicación, asistencia, gastos extraordinarios, terapéuticos, cobertura de internación, etc., en aseguramiento del derecho a la salud integral (107). No pretendemos esbozar una enumeración de tales precedentes, aunque sí podemos señalar que aquellos decisivos hoy se ven reforzados por lo dispuesto por la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, que reconoce a las personas con padecimiento mental —entre otros— el derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de la salud (art. 7°).

Así, las medidas conservatorias y cautelares innovativas resultan apropiadas para hacer efectivos los derechos involucrados en materia de atención de la salud mental (108). Entre ellas —y a mero título ejemplificativo—, la reafiliación a obra social (109), el rechazo de límites de cobertura (110), la garantía de vigencia de derechos económicos, sociales y culturales aun en ámbito internativo. Este escenario se expande incluso a acción de la propia CIDH (111).

Con igual objetivo tuitivo, se ha resuelto rechazar el proceso de declaración de incapacidad (112) iniciado al exclusivo fin del otorgamiento de un beneficio de pensión en favor de la persona con discapacidad, y se ha ordenado al órgano administrador el otorgamiento de dicho beneficio. Frente al planteo efectuado por la Asesoría de Incapaces que señaló la falta de adecuación y proporcionalidad entre el objetivo económico-social de promoción pretendido y el impacto en la amplia esfera de derechos civiles de la persona, se analizó la cuestión a la luz del art. 75, inc. 23, CN, el principio de igualdad de oportunidades, la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, concluyéndose que "no resulta la vía conducente en el momento actual designar un curador que sustituya la voluntad y la decisión del joven... su padre perfectamente puede resultar ser el apoderado de su hijo". Por lo que se resuelve rechazar la pretensión inicial, establecer un sistema de apoyo de la persona, a cargo de su padre, que le permita celebrar actos en forma alternada, indistinta y/o conjunta para tramitación del beneficio previsional y se ordena al órgano administrador provincial el otorgamiento del beneficio sin exigencia de declaración de insania y/o curador, a través del mandato otorgado por el joven a su padre, de conformidad a la práctica administrativa.

En otro precedente resuelto por el Juzgado Civil y Comercial n. 13 de Mar del Plata, la Asesoría de Incapaces n. 1 de dicho departamento judicial solicitó se ordene a la ANSeS a incorporar a N. G. como hijo discapacitado a cargo de su madre, declarando a tal fin la inconstitucionalidad de la res. 14/2002, la ley 24.714 (arts. 6º, inc. b, 8º y 15, inc. c) y toda otra invocable en igual sentido por la Administración, que exigen en la persona del hijo discapacitado a cargo, la calidad de "soltero, viudo, divorciado o separado legalmente".

La sentencia analiza el principio de igualdad a la luz del reconocimiento de desigualdades de hecho de colectivos vulnerables y estima que del respeto estatal de la igualdad ante la ley no sólo requiere evitar criterios irrazonables para justificar tratos diferentes; también demanda acciones tendientes a eliminar situaciones de exclusión —acciones positivas (art. 75.23, CN)—. Recuerda la doctrina de la CIDH en el caso "Furlán" ya citado, que estableciera que "toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial". Entiende que "esta regulación excluyente y arbitraria (ilegítima) agrava la desigualdad fáctica en la que se encuentra quien forma parte de un grupo vulnerable y desventajado que el Estado está obligado a tutelar", por lo que resuelve "respecto al caso particular de N. G., declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 4º del Anexo res. 14/2002 de la Secretaría de Seguridad Social (arts. 1º, 14 bis, 16, 28, 75, incs. 22 y 23, CN; art. 4º, apart. I, incs. a, b y d, de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad —ley 26.378— y art. III.1, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280—)" y "ordenar a la ANSeS que en forma inmediata conceda a la Sra. B. E. G. —madre de N. B. G.— el beneficio de la asignación familiar por hijo discapacitado (arts. 7º, 8º, 15º inc. c, 17 y concs. de la ley 24.714; arts. 4º y ss., res. 14/2002)".

Finalmente, el Juzgado de Familia n. 2 de Mar del Plata (113) hizo lugar al planteo formulado por la misma Asesoría de Incapaces local en el marco de un proceso de restricción a la capacidad jurídica, a los fines de provisión por la obra social de una computadora en favor del joven protegido, a los efectos de potenciar sus capacidades, posibilitar su desarrollo cognitivo y mejorar su comunicación e integración social. Dicha prestación había sido rechazada por la obra social (114). La magistrada estima que a la luz del modelo social propugnado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Estado debe tomar todas las medidas de acción positiva dentro del principio de diseño universal, las respuestas del Estado deben propender a la inclusión a través de la igualdad de oportunidades.

Así, en función de los arts. 2º —no discriminación—, 9º —accesibilidad—, 19 —derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad—, 25 —derecho a la salud—, 26— habilitación y rehabilitación—, se hace lugar a la pretensión planteada.

La originalidad del caso da cuenta de la necesidad de "...estudiar la discapacidad dentro del discurso de los derechos humanos, partiendo de su principal referente, que no es otro que la idea de dignidad humana... Esta perspectiva, que enfatiza la autodeterminación, la integración, la igualdad de trato, y la valoración de la diversidad, implica situar la dignidad en el corazón mismo de los debates relevantes en relación con la discapacidad"(115).

IX. CONCLUSIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva presenta un carácter bifronte; es, por un lado, un derecho fundamental en sí,

y es a la vez garantía en favor de la defensa y realización de todos los demás derechos e intereses legítimos de las personas (116). Esta funcionalidad se refuerza cuando los destinatarios de la protección estatal son niños y niñas, personas con discapacidad, adultos mayores y todos aquellos sujetos que en función de su particular condición califican como personas en situación de vulnerabilidad (conf. 100 Reglas de Brasilia, cit.).

La tradicional regulación procesal, piso original de diseño y reglamentación de las medidas cautelares —y más ampliamente, de las medidas urgentes— no es ajena a la influencia de los principios superiores derivados de los tratados internacionales de derechos humanos, de seguimiento imperativo por el Estado a la luz del control de constitucionalidad y convencionalidad de normas y prácticas. En este sentido, no es ajeno al proceso de constitucionalización del derecho privado, la interpretación constitucional del derecho procesal.

Esta universalidad expansiva en la protección de los derechos humanos aporta un escenario que re-vivifica y oxigena las normas y doctrinas en materia de tutelas judiciales urgentes, con el fin primordial de una adecuada y eficaz protección de los derechos de la persona humana, sobre todo, en tiempo útil.

(*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UNR). Especialista en Magistratura Judicial (UNMDP). Diplomada en Protección Jurisdiccional de Derechos del Niño (UNICEF - Universidad Diego Portales). Asesora de Incapaces del Departamento Judicial Mar del Plata. Docente de grado y posgrado UNMDP, UAA. Docente de posgrado en la UBA, UN Sur, UN Rosario.

(1) A simple título referencial, y sin que agote la nómina, puede verse Ferreyra de de la Rúa, Angelina, "Medida autosatisfactiva en el procedimiento de familia", LL, año LXIII, nro. 199, ps. 1 y ss.; Peyrano, Jorge, "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", LL del 16/2/1992; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios procesales y tribunales de familia", JA 1993-IV-676; Berizonce, Roberto O., "La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria", Revista de Derecho Procesal, Medidas cautelares, t. I, ps. 145/167; Guahnon, Silvia, "Medidas cautelares en los procesos de familia", JA 2002-I-1052; Míguez, Agustín A., "El embargo como garantía del pago de cuotas alimentarias futuras", LL 1998-B-1152; Guahnon, Silvia, "Peculiaridades de las medidas cautelares en los procesos de familia", RDF 28; Guahnon, Silvia V., "El juez de familia, su perfil actual y los límites de su actuación", Microjuris, Doctrina, 12/7/2011, MJD5426; Basile, Carlos Alberto, "Aportes críticos en la aplicación de la ley 12569 de protección contra la violencia familiar de la provincia de Buenos Aires", LLBA 2004-244; Sosa, Toribio, "Medidas pre o subcautelares en materia de violencia familiar", LL 2005-C-940; Baldi Cueli, María M., "Las medidas autosatisfactivas en el marco de la ley de protección contra la violencia familiar", eIDial.com—DCE3A, 4/6/2008; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar", JA 1998-III-693; Morello, Augusto M., "Aspectos procesales de conflictos referentes a la guarda y custodia de menores separados", RDF 28.

(2) Gil Domínguez, Andrés; Herrera, Marisa y Famá, María Victoria, "Derecho constitucional de familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009; Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Herrera, Marisa (coord.), "La familia en el nuevo derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, entre otros.

(3) Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa, "¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del Alto Tribunal", JA 2005-IV-26/38; Fernández, Silvia, "El desafío al tiempo en la adopción", Revista Derecho Privado, año II, nro. 6, Ediciones Infojus, p. 35.

(4) Desde nuestro interés en relación al derecho familiar, en el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos; en el ámbito universal, el Comité de Derechos del Niño respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el espacio europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la Convención Europea de Derechos Humanos.

(5) Ver jurisprudencia de la Corte Sup., "Ekmekdjian v. Sofovich", 7/7/1972; "Espósito", 23/12/2004; "Mazzeo", 13/7/2007; "Videla", 31/8/2010; entre otros.

(6) El llamado "control de convencionalidad" en términos de la CIDH abarca dos significaciones: por un lado, refiere al practicado por la propia Corte respecto de las normas estatales ante la Convención Americana de Derechos Humanos (confr. CIDH, in re "La última tentación de Cristo", "Boyce v. Barbados"), actuación calificada por algunos autores como "control interno supra nacional" —"desde arriba"—; en segundo lugar, el término comprende el control que los propios jueces nacionales deben efectuar respecto de sus normas en relación con la CADH, "segundo nivel" del control de convencionalidad, control "nacional" o "desde abajo". En este último sentido, la CIDH se ha expresado en "Myrna Mack Chang" (25/11/2003), "Tibi" (7/9/2004) —ambos voto del Juez Cañado Trindade—, y Corte en pleno en "Almonacid Arellano" (26/9/2006), "Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú" (24/11/2006), "Radilla Pacheco" (23/11/2009), "La Cantuta" (29/11/2006), "Boyce v. Barbados" (20/11/2007), "Fermín Ramírez y Raxacó Reyes" (9/5/2008), "Heliodoro Portugal" (12/8/2008), "Manuel Cepeda Vargas" (26/5/2010), "Comunidad Indígena Xámok Kásek" (24/8/2010), "Fernández Ortega" (30/8/2010), "Rosendo Cantú" (31/8/2010), "Ibsen Cárdenas y otro" (1/9/2010), "Vélez Loo" (23/11/2010), "Gomes Lund" (24/11/2010), "Cabrera García-Montiel Flores" (26/11/2010), "Gelman" (2011), entre otros. Ver Sagüés, N., "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos, sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta, marzo 2014.

(7) Puntualmente, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé en su art. 25 que en situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a pedido de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente. Estas medidas pueden también ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables —v.gr., pueblos indígenas—. El Reglamento aclara que el otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la CADH y otros instrumentos aplicables.

(8) V.gr., CIDH, "MC 457/13 - Integrantes de la Asociación para una Vida Mejor de Honduras (APUVIMEH)" (la solicitud indica que, debido a las actividades de acompañamiento, defensa, protesta y protección de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en Honduras, sus integrantes estarían siendo objeto de asesinatos, amenazas, actos de hostigamiento y de violencia. La CIDH solicitó al Estado de Honduras que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de Integrantes de la Asociación para una Vida Mejor de Honduras (APUVIMEH), que concierte las medidas a adoptarse con las y los beneficiarios, e informe las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de medidas cautelares); "MC 409/13 - Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos respecto de El Salvador" (la Comisión solicitó al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para preservar la vida

y la integridad personal de los miembros de la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos, que concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes, y que informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de la presente medida cautelar y así evitar su repetición); "MC 137/13 - Niñas privadas de libertad en centros de detención para adultos, Jamaica" (el 31 de julio de 2013, la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de niñas privadas de libertad en centros de detención para adultos, en Jamaica. La solicitud alega que las niñas son detenidas con los adultos y en condiciones que presumiblemente las sitúan en riesgo de daño irreparable. Específicamente, la Comisión Interamericana requirió al Estado adoptar todas las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal, proveyendo el cuidado médico físico y mental requerido por las beneficiarias e investigando las alegaciones de abusos sexuales y físicos; proveer a la CIDH la lista de todas las niñas detenidas en centros de adultos, incluyendo sus nombres, edades, estatus judicial actual y estado de salud; y adoptar las medidas necesarias para trasladar a todas las niñas alojadas en todos los otros centros de detención de adultos a instalaciones apropiadas, tomando en cuenta su situación legal y sus necesidades médicas o psicológicas, y evitando que cualquier niño sea privado de su libertad en centros de detención para adultos); "MC 114/13 - B, El Salvador" (la solicitud de medidas cautelares señala que el Ministerio de Salud y el Comité del Hospital donde se encuentra internada "B" determinaron que padece de una serie de patologías, que su embarazo conlleva un alto riesgo de muerte para la madre, y que el feto es anencefálico. Los solicitantes manifestaron que, a pesar de haber requerido a las autoridades estatales, entre ellas la Corte Suprema de Justicia, que se le proporcionara el tratamiento recomendado por los médicos especialistas, no existe una respuesta final hasta la fecha. La CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y salud de "B". Específicamente, la Comisión Interamericana solicitó al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital, con el objetivo de salvaguardar la vida, integridad personal y salud de "B". El 27 de mayo de 2013 la CIDH solicitó medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH ordenó medidas provisionales el 29 de mayo de 2013, y las levantó el 19 de agosto de 2013); "MC 425/11 - X, Argentina" (el 18 de noviembre de 2011, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de X, en Argentina. Se alegó que X habría sido víctima de ataques contra su vida e integridad por parte de agentes del Complejo Penitenciario Federal nro. 2 de Marcos Paz, donde se encontraba detenido. Como resultado de uno de esos ataques, habría debido ser internado en un hospital de Buenos Aires. La Comisión solicitó al Estado adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de X, concertar las medidas a adoptarse con el beneficiario y su representante, e informar sobre las acciones a fin de investigar los hechos que dieron lugar a esta medida cautelar); "MC 192-10 - L. M., Paraguay" (el 10 de noviembre de 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de LM, en Paraguay, fundada en la existencia de una serie de procesos judiciales para determinar a quién corresponde la guardia y custodia del niño L. M., que provoca que sus presuntos familiares biológicos no habrían podido tener acceso a él. Sobre la base del principio del interés superior del niño, la CIDH otorgó medidas cautelares con el fin de asegurar que el factor del tiempo no se convierta en un elemento determinante para las instancias internas, en menoscabo de los derechos de L. M. La Comisión solicitó al Estado que adopte las medidas necesarias para asegurar que, en un período de tres meses, se hayan resuelto los procesos relacionados sobre la guarda y cuidado niño L. M.).

(9) Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios...", cit., y Guahnon, Silvia, "Peculiaridades...", cit.

(10) Guahnon, Silvia V., "Medidas cautelares en el derecho de familia", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2007, p. 58.

(11) Peyrano, Jorge "Anotaciones sobre algunas singularidades de la tutela cautelar familiar", RDF 39, "Medidas cautelares en el derecho de familia", ps. 99 y ss.

(12) Morello, Augusto M., "La eficacia del proceso", 2ª ed. ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p.

48.

(13) La protección eficaz y el acceso a una tutela expedita de derechos surge de los propios instrumentos internacionales; así, el art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". El art. 2º, inc. 3.a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, que los "Estados Partes en el mismo se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". A su turno, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Esta protección recibe su cuota de especialidad o tutela reforzada en materia de infancia, conforme establece la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 4º dispone: "los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención".

(14) Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", LL 1993-B-1089.

(15) Se explica que las normas procesales funcionarán en esta materia en cuanto normativa inferior a las civiles, de modo subsidiario. Peyrano, Jorge, "Anotaciones...", cit., p. 100.

(16) Guahnon, Silvia V., "Medidas cautelares en los procesos de familia", JA 2002-I-1052/1056, citado en "Derecho argentino de familia - Abril 2006/abril 2007", Legis, Colombia, ps. 124/125.

(17) Conexión puesta de manifiesto en numerosas instituciones del derecho familiar por la prestigiosa doctrinaria Dra. Marisa Herrera.

(18) Luminoso, Ángel, cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Derecho procesal de familia. Principios procesales", MJ-DOC-5283-AR/MJD5283, 31/3/2011; C. Cont. Adm. La Plata, 26/4/2007, AP 70039215.

(19) Peyrano Jorge, "Tendencias pretorianas en materia cautelar", Jurisprudencia Santafesina, nro. 77 ps. 181 y ss.

(20) Las medidas autosatisfactivas constituyen decisiones que se adoptan en un procedimiento extremadamente abreviado, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela. Agotan por completo la pretensión del solicitante, el carácter autónomo es una de las principales características de estas medidas.

(21) Capelletti, Mauro y Garth, Bryant, "El acceso a la justicia", Colegio de Abogados del Departamento Judicial

La Plata, 1983.

(22) Mayo, Jorge A., "Sistemas cautelares atípicos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 76, con especial referencia al leading case "Camacho Acosta v. Grafi Graf S.R.L", de la Corte Sup., Fallos 320:1633.

(23) CIDH, "Caso Bayarri v. Argentina", sentencia de 30 de octubre de 2008, www.corteidh.or.cr.

(24) Cfr. Heñín, Fernando A., "Implicancias procesales del fallo de la CIDH en 'Fornerón'", en Peyrano, Jorge W. (dir.), "Nuevas herramientas procesales", t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, ps. 259 y ss. www.cidh.org.

(25) CIDH, in re "Furlán Sebastián y familiares v. Argentina", 31/8/2012, fallo disponible en www.corteidh.or.cr/casos.cfm.

(26) Juzg. Civ. Com. Conc. y Familia Villa Carlos Paz, A.I. nro. 279, 26/4/2006.

(27) Kielmanovich, Jorge, "Los principios del proceso de familia", "Derecho procesal de familia - I", Revista de Derecho procesal 2002-1, Rubinzal-Culzoni, ps. 34, 35. C. Nac. Civ., sala M, 8/5/2007, RDF, p. 162.

(28) Ver para un estudio de las tutelas anticipadas, AA.VV., "Sentencia anticipada", Ed. Ateneo de Estudios del Proceso civil de Rosario - Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

(29) Ver Corte Sup., in re "Camacho Acosta, Maximiliano v. Grafi Graf S.R.L y otros s/daños y perjuicios", Fallos 320:1634, 7/8/1997.

(30) Guahnon, Sivia, "Medidas...", cit., p. 60.

(31) Entre muchos, C. Nac. Civ., sala E, 13/6/1983, LL 1984-A-463; sala D, 15/11/1978, LL 1979-A-362.

(32) Kielmanovich, Jorge, "Los principios...", cit., p. 36.

(33) "Ante el reiterado incumplimiento por parte de una madre que tiene la guarda de sus hijos menores de los deberes asumidos en un compromiso de re-vinculación paterno-filial, resulta procedente ordenarle que se abstenga de cualquier acción u omisión que perturbe la vinculación de los niños con su padre no conviviente bajo apercibimiento de reconsiderar la guarda que ejerce sobre ellos". C. Nac. Civ., sala B, 19/3/2009, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 2 [2009], con nota de Massano, Alejandra y Roveda, Eduardo, "La participación del niño en un proceso judicial de re-vinculación paterno-filial. El abogado del niño"; ED 232-396; JA 2009-III-677; Doc. Jud. nro. 31, 5/8/2009, p. 2174; LL 2009-B-709. "Frente a un incumplimiento reiterado e irreductible, sin esperanza razonable de cambio de actitud y si han fracasado otras medidas para hacer efectivas las relaciones personales, el interés superior del niño indica que debe modificarse la guarda, aun cuando esta modificación implique no respetar el statu quo". Juzg. Familia Rawson n. 3, 16/9/2009, ED 237-54.

(34) Para algunos, estas decisiones resultarían violatorias del derecho de acceso a la justicia; para otros, aparecen como ineficientes, proponiéndose otras más graves, como la suspensión en el ejercicio de la patria potestad. Álvarez Onofre, Osvaldo, "Un aporte para analizar la inconveniencia de la suspensión de los procesos conexos ante el incumplimiento de la obligación alimentaria", ED 172-504.

(35) Trib. Colegiado 5ª nom. Rosario, 29/10/2010, LL del 8/2/2011. Aprobando la solución, se ha dicho que "hay un derecho constitucional a la eficacia de la sentencia. Por otro lado (...) el interés superior del niño es hoy un principio general de derecho, con base constitucional y de derecho internacional de derechos humanos. Ser superior es precisamente eso: en el conflicto, priorizar el interés del niño por encima de otros titularizados por personas que destrozan los derechos de la persona vulnerable a través del incumplimiento de concretas prestaciones a su cargo". Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Derecho procesal...", cit. Grosman Cecilia, "Medidas frente al incumplimiento alimentario", LL 1985-D-936, LL 1983-B-1155; C. Nac. Civ., sala B, 30/11/1990, ED 141-141; C. Nac. Civ., sala G, 10/12/1982, LL 1984-A-236.

(36) Kielmanovich, Jorge L., "Juicio de divorcio y separación personal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 89; Kielmanovich, Jorge I., "Los principios...", cit., p. 37.

(37) Álvarez, María Laura, "Medidas cautelares en los procesos de familia", MJ-DOC-3121-AR|MJD3121.

(38) Sup. Corte Bs. As., AC 98.260, 12/7/2006.

(39) Arazi, Roland, "Medidas cautelares", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, nro. 4, p. 6; "Digesto práctico La Ley. Medidas cautelares y procesos urgentes", nro. 83; C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, A 44165 RSD30997, 14/8/1997, "S., S. v. G., M. s/fijación régimen de visitas", sumario Juba B252806; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 2ª, 21/9/2010, "D. P., S. E. v. D., N. D.", AP 70065734.

(40) El Proyecto de Código Civil y Comercial específicamente dispone para el supuesto de medidas provisionales relativas a los bienes en el proceso de divorcio y nulidad de matrimonio, que "...la decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración" (art. 731).

(41) C. Nac. Civ. sala C, 9/11/1993, "Russo, Osvaldo J. v. Ramos, Ernesto A."

(42) Doctrina que señala que los recaudos clásicos cautelares: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela no deben valorarse como exigencias estancas sino como "vasos comunicantes", vale decir, unidos por conductos que permiten que ante una acentuada verosimilitud del derecho se podrá ser menos exigente en relación a la contracautela y hasta dispensarla. Peyrano, Jorge, "Anotaciones...", cit., p. 103.

(43) Esto no es aplicable, v.gr., en materia de divorcio, en que el demandado puede solicitar medidas cautelares contra el actor. Peyrano, Jorge, "Anotaciones...", cit., p. 100.

(44) La medida conminatoria se constituye como cualquier orden de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales, emanada de un tribunal de justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial desobedecido, a través de la voluntad del destinatario y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que prima facie podría llegar a ser de mayor entidad que el persistir en actitud contumaz. Peyrano, Jorge, "Procedimiento civil y comercial", t. 2, Ed. Juris, Rosario, 1992, p. 13.

(45) Así, la inscripción en registro de deudores morosos alimentarios, el apercibimiento de cambio de guarda ante el incumplimiento reiterado del régimen de comunicación, la suspensión del trámite del proceso de disminución de cuota ante el incumplimiento de la prestación provisoria, la paralización del proceso de divorcio ante el incumplimiento de los alimentos, entre otros.

(46) Redactado por la Comisión de Reforma designada por decreto 191/2011, Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Helena Highton y Ricardo Lorenzetti, actualmente en debate legislativo.

(47) Que por lo demás consideramos no encuadrables como medidas cautelares, ya que son autónomas a la promoción de un posterior proceso de fondo —v.gr., tutela, adopción, guarda, privación de responsabilidad parental—, a la vez que en muchas ocasiones agotan su objeto en sí mismas —lo que ocurre cuando como su resultado se obtiene el retorno del niño a su grupo familiar de origen y la restitución de sus derechos—.

(48) Hemos abordado la cuestión en capítulo "Medidas cautelares respecto de personas", en Camps, Carlos (dir.), "Tratado de las medidas cautelares", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.

(49) También ajenas a la naturaleza cautelar, por no ser siempre accesorias a un proceso de fondo —v.gr., de restricción de la capacidad jurídica—.

(50) Esto, ya que sería ilusorio —amén que irresponsable— pretender un tratamiento íntegro de las posibles cuestiones en un aporte de breves páginas como el presente.

(51) Camps, Carlos (dir.), "tratado...", cit., p. 450; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 14/4/1998, "K. P. v. P. M. s/incidente reducción cuota alimentaria provisoria", BA B1351567.

(52) Louge Emiliozzi, Esteban, "Algunos aspectos problemáticos de la obligación alimentaria", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 568.

(53) C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 7/0/2009, Juba B250756; AP 14/154075.

(54) Grosman, Cecilia, "Alimentos de los hijos y derechos humanos", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 163; Trib. Col. Familia n. 5 Rosario, 25/7/1996, "R. S. M. v. M. J. A."; ídem, 6/10/2008, "G. B. P. v. M. H. H. s/alimentos"; Trib. Col. Familia n. 1 La Plata, 23/12/2002.

(55) C. Nac. Civ., sala D, 3/5/1983, LL 1983-D-352; Bigliardi, Karina; Lopes, Cecilia; Pietra Luciana y Robledo,

Leandro, "Alimentos provisorios para el hijo por nacer", RDF 26-184.

(56) RDF 26-187.

(57) C. Nac. Civ., sala F, 5/10/2005, elDial.com - AE2164.

(58) C. Nac. Civ., sala M, 23/11/2000, elDial.com - AE163C.

(59) C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 18/10/1994, "B., G. v. E., P. s/tenencia y restitución menores", Juba B251520; C. Nac. Civ., sala M, 30/4/2001; Juzg Familia 3ª nom. Córdoba, 1/12/1999; Juzg. Familia 3ª nom. Córdoba, 9/5/2000, "M. D. H. v. M. B. M. F."; Corte Sup., 29/4/2008; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, expte. 129944, 9/6/2005, Semanario Jurídico de Córdoba nro. 1519, 4/8/2005, p. 176; C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 14/2/1995, AP 14/12812; C. Nac. Civ., sala F, 25/8/1981; íd., sala B, 23/12/1991, ED 149-643; C. Nac. Civ., sala F, 25/6/1996, Trib. Familia n. 2 Mar del Plata, "I., G. M. v. M. C. s/régimen de visitas", 30/3/2011, inédito; Trib. Familia n. 1 Mar del Plata, "D., A. M. v. B., M. F. s/tenencia de hijo", 8/10/2009, inédito; C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 23/2/2010, causa 54.030, "S., S. M. v. M. M., A. L. s/tenencia - régimen de visitas", entre muchos otros.

(60) Juzg. Familia 4ª nom. Córdoba, 8/2/2004, Actualidad Jurídica de Córdoba, vol. 1, mayo 2004, p. 43.

(61) CIDH, "Atala Riffo e hijas v. Chile", 24/2/2012.

(62) Comité de Derechos del Niño, observación general 14: "La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales (...)" (p. 34).

(63) CRC, 29/5/2013, CRC/C/GC/14.

(64) "El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente" (pto. 29).

(65) La Convención de los Derechos del Niño, en su art. 9º, inc. 3, establece que "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

(66) C. Nac. Civ., sala K, 16/8/2006, Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad, vol. 36, abril 2007, p. 3783.

(67) Corte Sup., 26/10/2010, "G., M. S. v. J. V., L."; C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, 28/8/2007, AP 70040351; Corte Sup., Fallos 324:975 y 327:5210.

(68) Guahnon, Silvia V., "Medidas Cautelares...", cit., ps. 204/205; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 2ª, 21/9/2010, "D. P., S. E. v. D., N. D.", AP 70065734; C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, 29/0/2007, AP 70039305; C. Civ. y Com. La Matanza, sala 2ª, 21/9/2010, AP 70065734; C. Nac. Civ., sala E, 24/9/2007, DJ Online AR/JUR/5381/2007; C. Nac. Civ., sala K, 16/8/2006, DJ del 1/11/2006, p. 658; C. Nac. Civ., sala M, 8/5/2007, DJ 2007-III-1212, AR/JUR/2650/2007; Trib. Col. Familia Rosario n. 5, 12/6/2006, RDF 2007-II-175 y ss.; C. Nac. Civ., sala M, 8/5/2007, RDF 39-161 y ss.; Corte Sup., 26/10/2010, AP 1/70065729-3.

(69) Juzg. Fam. n. 6 Mar del Plata, "M. M. v. L.G.", expte. nro. 28027/11, 21/10/2013, inédito.

(70) Trib. Fam. n. 2 Mar del Plata, 7/12/2009, "R. G. M. J. v. C. G. V.", expte. nro. 48.166/07, inédito.

(71) Famá, María Victoria, "El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Herrera, Marisa (coord.), "La familia...", cit., t. II, ps. 343/362; Herrera, Marisa, "Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061" en Flah Lily R. (dir.); Fodor, Sandra y del Árbol, Mabel (coords.), "Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI, homenaje a la Dra. Nelly Minyersy", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2011, ps. 693 a 720.

(72) Oportunamente dijimos que la alusión de la ley 26.529 a la "intervención" de niños, niñas y adolescente en la toma de decisión respecto de su salud, resulta equívoca: "La cuestión es ardua y compleja. Es que en el ámbito del ejercicio de derechos personalísimos de niños y adolescentes sobre su propio cuerpo es uno de aquellos en que más fuertemente se revela el enfrentamiento entre el régimen civil de incapacidad propio de la menor de edad —y la representación legal que es su consecuencia—, con ciertos derechos básicos a nuestro Estado democrático constitucional de derecho: la dignidad de la persona, el respeto a la personalidad jurídica, la libertad, la justicia, la igualdad, la autonomía personal y el respeto a la intimidad. (...) Las decisiones del campo de la salud que implican a pacientes menores de edad muestran una relación triangular en la que participan el niño/adolescente, sus representantes legales y el profesional o equipo de salud. Cuando se plantea el conflicto surge la necesidad de adopción de las llamadas 'decisiones de sustitución', en las que los actores se amplían: así, además del niño, los profesionales del arte médico —o equipo de salud— y los representantes legales, se agregan las figuras del juez y el asesor de incapaces (conf. arts. 59, Cód. Civil; 23, ley 26.061 y 54, ley 24.946)". Fernández, Silvia E., "Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado de su propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26.529 de Derechos del Paciente", JA 2010-III-13 y ss.

(73) Trib. Familia n. 2 Mar del Plata, "B. I. T. s/abrigo", 31/5/2011. Autoriza cirugía plástica por labio leporino y paladar hundido a un niño institucionalizado: "En el caso de autos nos encontramos con un niño de sólo un año de edad, a quien lógicamente no puede aplicarse la noción de competencia para la toma de decisiones respecto de su propio cuerpo. Es decir, no puede expresarse respecto de la conveniencia de la práctica médica solicitada que a criterio médico requiere debido a su cuadro clínico. Es en estos casos donde con claridad funciona en plenitud el mecanismo de sustitución dado por la figura de la representación. Pero justamente, tal como se puso de manifiesto en el apartado precedente, surge a todas luces evidente la imposibilidad e incluso el actuar disfuncional de su

progenitor —representante legal del niño—, y es aquí donde ingresamos en el campo de las denominadas decisiones de sustitución propias de la jurisdicción. A esta situación personal del paciente, se agrega la inexistencia de familiares responsables que puedan prestar dicho consentimiento en los términos del art. 19 de la ley 17.132; y la necesidad de realizar la práctica médica a la brevedad", inédito. El Juzg. Fam. n. 5 Mar del Plata, 30/5/2014, en proceso de determinación de capacidad, autorizó llevar a cabo una gastrostomía en la persona de una joven menor de edad, discapacitada, en ausencia de sus progenitores: "dada la perentoriedad de la prestación que requiere la niña D., en el sentido de evitar el severo daño a la salud y con riesgo de vida que puede derivarse de la prolongación de una decisión ritualista que no contemple el gravísimo riesgo para la vida, corresponde arbitrar todos los medios que sean conducentes a tales fines", inédito.

(74) Ver Trib. Familia n. 2 Mar del Plata, "G. G. s/medida autosatisfactiva", 6/2/2009, en la cual se autorizó la colocación de un botón de gastrostomía y a una niña de doce años, frente a la falta de acuerdo del padre y de la madre para la realización de la práctica. La negativa de la niña a la práctica fue evaluada en el contexto de su imposibilidad personal de elaborar un juicio crítico adecuado de las consecuencias que su negativa generaría, teniendo en cuenta el informe psicológico que daba cuenta del alcance y posibilidad de pensamiento abstracto y proyectivo. RDF 2009-III-79 y ss.

(75) La ley 17.132 establece en su art. 19 que "Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: (...) 2) asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente". Ver Trib. Familia n. 2 Mar del Plata, autos "T. B. M. s/autorización", 26/8/2011, causa 21.525: "de conformidad con la aplicación del 'paradigma de desjudicialización' que ha inspirado a la reciente sanción de la ley nacional 26.529 y que se encuentra implícitamente reconocido por ésta en su articulado, la judicialización del presente caso ha resultado innecesaria; ya que la cuestión sobre la responsabilidad médica subyacente —que en parte justificaba en el pasado la tramitación de causas similares—, ha sido zanjada con la clara letra de la ley mencionada, que ahora se ubica como una normativa de indudable valía en nuestro derecho positivo interno". Con cita de los arts. 2º, 4º y 9º de la ley 26.529 y art. 19 de la ley 17.132, se desestimó la judicialización, "por entender que en el caso particular de autos, encontrándose en juego el 'valor vida' y frente a una situación de emergencia de salud, la cuestión debatida no admite judicialización; debiendo la institución médica accionante proceder sin demora a realizar el procedimiento quirúrgico que resulte necesario de acuerdo a lo aconsejado por los médicos tratantes de la niña", inédito.

(76) V.gr., casos de negativas a recibir transfusiones a menores de edad, por parte de sus padres, v.gr., C. Cont. Adm y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª, "C. L. K.", 13/11/2002, LL 2003-F-93; Juzg. Civ. n. 34, 3/4/1985, ED 114-115; Juzg. Crim. y Corr. n. 1 de Transición Mar del Plata, 9/5/2005, "H. I. G. A.", JA 2005-III-42; Juzg. Familia n. 6 Mar del Plata, "V. B. s/autorización", 27/1/2014, inédito, entre muchos otros.

(77) Corte Sup., 12/6/2012, "N. N. o U. V. s/protección de persona", RDF 2012-VI-1 y ss.

(78) Sup. Corte Bs. As., 8/3/2007, AP 14/115329.

(79) C. Nac. Civ., sala M, "C., O. v. G., N.C. s/divorcio", 26/2/2002, eIDial.com - AE1884.

(80) "La exclusión de uno de los cónyuges del domicilio común, debe resolverse atendiendo a la protección que ha de merecer el núcleo familiar más numeroso respecto del problema de la vivienda". C. Nac. Civ., sala H, 30/11/1994, H155361.

(81) C. Nac. Civ., sala H, 27/8/1997, H190740.

(82) Juzg. Civ. y Com. Venado Tuerto, 21/3/2011, "S., P. v. M., O. S."

(83) Juzg. Civ. y Com. Venado Tuerto, cit.

(84) C. Nac. Civ., 29/1/2010, elDial.com - AA5A63.

(85) C. Nac. Civ., 29/1/2010, elDial.com - AA5A63.

(86) Aplicando analógicamente el art. 1277, Cód. Civil, a las uniones convivenciales, ver antiguo fallo del Juzg. Civ. y Com. Mar del Plata n. 7, 30/4/1996, causa 85.543/93, rechazando temporariamente la demanda de división de condominio interpuesta por el ex concubino respecto del inmueble habitado por la ex concubina y tres hijos menores de ambos. Confirmado por la C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 25/3/1997, reg. nro. 68/51), Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 17, 1998, p. 362; Juzg. Familia. Mar del Plata n. 6, "Z. S. E. v. M. C. A. s/exclusión de hogar", expte. nro. 30073, 20/4/2011, RSI nro. 1403, folio nro. 959, inédito.

(87) Berizonce, "El derecho procesal en vísperas del bicentenario", Revista de Derecho Procesal 2010, Rubinzal-Culzoni, ps. 184, 185.

(88) Fayt, Carlos, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma", LL 2006-F-1057.

(89) Arts. 2º, PIDESC; 4º, CDN.

(90) Un Estado sólo puede invocar la falta de recursos si demuestra que ha empleado todos los medios al alcance para cumplir las obligaciones mínimas (observación general 3, Corte IDH).

(91) Se incluyen en el "mínimo existencial", entre otros, el derecho a la educación, a la salud, a la asistencia social, al ambiente y el acceso a la justicia (Rocha Junior, Paulo S., cit. por Pellegrini Grinover, Ada, "El control de políticas públicas por el poder judicial", en "El derecho procesal en vísperas del bicentenario", RDP 2010-328.

(92) "Las condiciones materiales de existencia no pueden retroceder por debajo de un mínimo, del cual ni los prisioneros, ni los enfermos mentales ni los indigentes pueden ser privados". Pellegrini Grinover, "El control...", cit., p. 327. Así, el aseguramiento de la dignidad del hombre que incluye las condiciones materiales mínimas de existencia, constituye el eje prioritario de los gastos públicos, y su deficiente cumplimiento habilita la

intervención judicial, p. 189.

(93) C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª, 12/3/2002, "Ramallo, Beatriz y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" (Fallo en extenso: elDial.com - AA2494); LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 2002-58; Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro. 28, setiembre 2003, p. 30.

(94) Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 16, nro. 18.

(95) C. Cont. Adm. La Plata, en "Actualidad en Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires 5/2009", 30/12/2009, JA 2009-IV-52.

(96) Corte Sup., Fallos 305:504.

(97) C. Nac. Civ., sala A, JA del 12/1/2000, p. 73.

(98) Entre muchos, Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 6/10/2006, "Panza v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (ordenando la incorporación a planes de emergencia habitacional); Corte Sup., 7/3/2006, "Rodríguez, Karina" (ordenando el cumplimiento del Programa Nacional de Alimentación.); Sup. Corte Bs. As., 14/6/2010, "P., C. s/amparo" (acogiendo el reclamo por derecho a la vivienda de madre e hijo discapacitado); Sup. Corte Bs. As., 14/6/2010, "C., M. S. s/amparo" (con igual condena al municipio y provincia a los fines de posibilitar la externación de quien habitaría en una vivienda en deplorables condiciones); C. Cont. Adm. San Martín, 13/12/2010 (garantizando el derecho a vivienda de una persona mayor en situación de calle, con múltiples intervenciones médico-quirúrgicas), entre muchos otros. Juzg. 1ª Inst. Cont. Adm. n. 1 La Plata, 11/10/2005, "E., C. E. v. Provincia de Buenos Aires y otros"; C. Civ., Neuquén, sala 2ª, 3/9/2002, "Defensor de Derechos del Niño y Adolescente v. Provincia del Neuquén", LL 2002-F-746; Sup. Corte Bs. As., Ac. 70717, 14/6/2010; ídem, causas A. 70.738, "Cruz", sent. del 14/7/2010, y A. 69.412, "P. L. J. M.", sent. del 18/8/2010; Trib. Familia Mar del Plata n. 2, "T. F., L. A. s/materia a categorizar", 28/3/2011, Mg. Dra. Adriana Rotonda; Trib. Familia Mar del Plata, n. 1, autos "G. B., M. s/materia a categorizar", 24/5/2011, Mg. Dra. María Graciela Iglesias; Trib. Familia Mar del Plata n. 2, 31/3/2011; Trib. Familia. Mar del Plata, n. 2, 30/9/2011, "R., B. E. s/guarda institucional", Mg. Dra. Adriana Rotonda, inédito.

(99) Juzg. Familia Mar del Plata n. 1, Mg. Dra. Silvana Ballarín, "Asesoría n. 1 v. Fiscalía de Estado - Provincia de Buenos Aires s/materia a categorizar", 18/6/2014.

(100) "(...) Resuelvo: I) Hacer lugar a la medida urgente peticionada por la Asesora de Incapaces n. 1, Dra. Silvia Eugenia Fernández, en representación del colectivo de niños que concurren a las escuelas provinciales del Partido de General Pueyrredón bajo el programa de servicio alimentario en sus dos modalidades DMC (desayuno, merienda completa) y comedor (una sola comida) y programa adolescente, también en sus dos modalidades de módulo simple y módulo doble, y, en consecuencia, disponer la inmediata restitución de los cupos alimentarios existentes al 31 de mayo de 2014, a cuyo fin, notifíquese al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires, con habilitación de días y horas inhábiles art. 135, 153 del CPCC)".

(101) XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

(102) "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

(103) "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad".

(104) Hoy calificables como "procesos de determinación de restricciones a la capacidad jurídica", en función de la inadecuación convencional de los arts. 141 y ss. a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(105) Véase Morello, Augusto M. y Cafferatta, Néstor, "Dimensión social del derecho de la salud. Problemas, enfoques y perspectivas", ED del 11/8/2005, ps. 1/3. V.gr., también Bazán, Víctor, "Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales", JA, Número Especial "A 10 años de la reforma constitucional", 2004-III-12/29. Juzg. Corr. n. 4 Mar del Plata, 24/10/2008, "R., E. S. v. Instituto de Obra Médico Asistencial - IOMA".

(106) Corte Sup., Fallos 321:1684 y causa "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social —Estado Nacional— s/amparo ley 16.986", 1/7/2000.

(107) Corte Sup., "Policlínica Privada de Medicina Cirugía S.A v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 11/6/1998; ED del 23/5/2006, p. 18; Sup. Corte Just. Mendoza, LL 1993-E-36; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 9/5/2006, elDial.com - AF5B2E.

(108) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 21/02/2011, elDial.com - AF5812; ídem, sala 2ª, causa 7270/95 26/10/2006; ídem, sala 3ª, 6/8/2009, elDial.com - AF48ED.

(109) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 17/3/2009, elDial.com - AF4600; C. Fed. Seguridad Social, sala 2ª, 9/8/2006, elDial.com - AC28CB; C. Fed. San Martín, sala 1ª, 24/2/2011, elDial.com - WSA0F.

(110) C. 1ª Familia Córdoba, 15/6/2007, AP 70039942. Ver también expte. nro. 33253/0, "Asesoría Tutelar General de la CABA v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCABA)", Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As. n. 13, 12/3/2009, elDial.com - AA50D7; C. Cont. Adm. La Plata, 24/9/2010.

(111) "Mental Disability Rights International, OAS Human Rights Commission Orders Paraguay To End Horrendous Abuses in National Psychiatric Facility", December 18, 2003,

www.mdri.org/projects/americans/paraguay/pressrelease.htm. "La Declaración de Caracas: Un instrumento esencial para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidades mentales", Javier Vásquez. Área de Tecnología y Prestación de Servicios de Salud /Área de Asuntos Jurídicos (THS/LEG). Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS). www.psiquiatriasur.cl/.../documento_declaracion_de_caracas_j_vasquez.

(112) Trib. Familia Mar del Plata n. 1, 4/12/2009, inédito.

(113) Juzg Familia Mar del Plata n. 2, "G., R. s/insania", 4/11/2013, disponible en www.infojus.gov.ar/resource/kbee:/saij-portal/content/jurisprudencia/fallo/local/buenos%20aires/8ce5b070-668a-11e3-8faf-00000a020351/2013/11/NV6740/NV6740/gra.pdf.

(114) Según el informe interdisciplinario agregado: "el uso de la computadora favorecería la comunicación con los otros (...) promoverá estados de ánimos óptimos dada la capacidad e interés de R. en estar conectado con los otros y el medio externo".

(115) Palacios, Agustina y Románach, Javier, "El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional", Ed. Diversitas - AIES, España, ps. 135 y ss.

(116) Toller, Fernando M., "El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales", Revista de Derecho Administrativo, 2003, año 15, Buenos Aires, Depalma.