En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Mario Luis VIVAS para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"AFI s/ Incapacidad de A.A. I." (Expte. 289 - Año 2012)**, venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte Nº 168/10), en apelación. Los Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia dictada a fs. 228/238 vta.?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 270.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1) Antecedentes y la Sentencia.

Llegan los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 241 por la Sra. Defensora Pública Civil, el cual fuera mal concedido a fs. 242 en cuanto a su efecto, conforme lo resuelto a fs. 265/266 por esta Cámara a lo que corresponde remitirme. El recurso se tuvo por fundado mediante la presentación obrante a fs. 244/250 vta. (ver fs. 266), siendo contestado su traslado por la Asesoría de Familia e Incapaces a fs. 255/256.

La sentencia recurrida declaró a A. A. I. (D.N.I. N° X *.***.***) incapaz para dirigir su persona así como realizar actos jurídicos de disposición y/o administración de sus bienes; debiendo contar para ello con la representación necesaria de la curadora definitiva que en el mismo acto se designó, así como también que requiere asistencia permanente respecto a los actos o decisiones cotidianas que hagan a su subsistencia, cuyo apoyo y

supervisión estará a cargo de la persona o institución que se encuentre a su cuidado, sin perjuicio de la facultad de la curadora para intervenir en tales actos y decisiones, si así lo creyese conveniente a los fines de garantizar los derechos de la Sra. I. y la responsabilidad del Estado a través de la Secretaría de Salud Pública Provincial de velar por las condiciones de internación y tratamientos brindados. Ello, por el término de tres años, esto es hasta el día 17 de Septiembre del año 2015, en los términos de la CDPCD y arts. 141, 152 ter. y concs. del Código Civil, oportunidad en la que corresponderá la revisión de la presente o instar en su caso, los legitimados a ello, el procedimiento del artículo 643 del CPCC, si correspondiere.

Declaró también la inconstitucionalidad del inc. 5° del artículo 3 de la Ley N° 139 en tanto establece: "…No son designados por los jueces como curadores definitivos". Dispuso la continuidad de la intervención de la Curadora Provisoria, Dra. Mónica Espara, en calidad de Curadora Definitiva en tanto no se modifiquen las circunstancias tenidas en cuenta para su designación, quien deberá comparecer ante el Juzgado y Secretaría actuantes para el discernimiento del cargo. Ordenó librar oficio con copia de la decisión, cumpliendo los recaudos del art. 141 del CPCC, a la Secretaría de Salud de la Provincia del Chubut en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley de Salud Mental y la inscripción de la misma en el Registro de Juicios Universales de Rawson y en la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Buenos Aires. Por último, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes en el proceso.

Consideró la sentenciante que el informe de la junta médica (fs. 48) dictaminó que la Sra. I. padece de demencia vascular desde hace más de veinticinco años atrás, siendo su pronóstico desfavorable, deteriorante y crónico, aconsejando el régimen actual de internación con permanentes cuidados higiénicos y dietéticos, indicando que tiene un absoluto grado de

indefensión. Hizo referencia al dictamen del Equipo Técnico del fuero quien indicó que la causante requiere de atención y cuidados permanentes, presenta una situación de dependencia incluso en relación a las tareas básicas elementales de su vida cotidiana y al informe del Cuerpo Médico Forense del Tribunal quien refirió que la Sra. I. demuestra no poder desempeñarse sola para las actividades básicas de la vida; que prácticamente no camina desde hace un año y pierde la estabilidad, está siempre en su silla de ruedas; cursa un cuadro esquizofrénico, registrando un importante nivel de deterioro de sus funciones mentales lo cual constituye una patología crónica, irreversible.

Atento lo concluyente de las pericias realizadas por los profesionales intervinientes y conforme lo prescripto por los arts. 140, 141 y 468 del Código Civil, consideró la Sra. Magistrada a quo que corresponde hacer lugar a lo peticionado y declarar insana a la Sra. A. A. I.

Continúa la decisión final diciendo que a lo fines de dotar a la incapaz de los instrumentos de protección jurídicamente previstos, en defensa de sus intereses y conforme el art. 468 del Cód. Civil, se le designará un curador, revisándose todas las medidas adoptadas en la presente resolución en un lapso de tres años.

Tuvo en cuenta luego la petición de la Asesoría de Familia tendiente a que sea designado curador definitivo un abogado de la matrícula, en virtud de la modificación de la Ley V N° 139 que en su art. 3, inc. 5, prescribe que los abogados del Ministerio no son designados por los jueces como curadores definitivos. Remarcó que se acreditó que la Sra. I. no posee bienes y que los miembros de su familia no revisten la aptitud necesaria para asumir tal función, por lo que ante la falta de capacidad o idoneidad de los llamados a ejercer encargo de tutor, es el Estado quien tiene a su cargo la protección integral de las personas discapacitadas, sin perjuicio de la facultad de

subrogarse en el ejercicio de las acciones que correspondan contra los obligados (art. 30 de la Const. Prov.).

Seguidamente detalló los antecedentes de la causa de los que se infiere tanto la ineptitud de los familiares de la Sra. I. para asumir el carácter de curadores definitivos como la falta de bienes de la nombrada y su particular estado de vulnerabilidad. Es así que tuvo en cuenta que la causante está internada en la Clínica San Ignacio desde el 15 de Enero de 2002 luego de que falleciera su hija que la tenía bajo su cuidado, dado que sus otros hijos residen fuera de la provincia del Chubut; que la misma tiene dos hermanos, uno que reside en Ciudadela (Pcia. Bs.As.) y otro que residiría en la provincia de San Juan; que ninguno de estos hermanos la ha visitado en casi un año según lo manifestado por el personal de la clínica; que los hermanos a que hiciera referencia la Asesoría de Familia en su presentación inicial, son los hijos de A.; que cautelarmente se designó a la Dra. Mónica Espara Curadora Oficial provisional de la presunta insana, así como Defensora Oficial en los términos del art. 482 del Cód. Civil; que en oportunidad de concurrir a la clínica donde está internada, la Magistrada a quo se entrevistó con la psiquiatra de la institución quien le informó que la Sra. A. recibe la visita de sus dos hijos dos veces al año, viviendo uno en San Juan y el otro en Buenos Aires; que del informe de la Junta Médica (fs. 48) surge el total estado de indefensión o vulnerabilidad de A.; que del informe del E.T.I. del fuero (fs. 139) surge que desde hace un año y medio los hijos de la Sra. I. no la han visitado y que el hijo que tiene a su cargo el cobro de la pensión de su madre sólo le envía un importe de $ 150.- mensuales, lo cual no es suficiente para sus gastos relacionados a sus requerimientos personales por mes; que a fs. 104 vta. la Lic. F. informó que la Sra. A. no cuenta con bienes, conforme se lo hiciera saber uno de sus hijos; que la Lic. F. concluyó que el Sr. S. mantiene una relación distante con su madre, con quien dejó de convivir desde su adolescencia, que tiene un

conocimiento limitado de la vida cotidiana de su madre y que no se encuentra en condiciones de contribuir a la satisfacción de sus necesidades emocionales; que este señor no sería la persona adecuada para detentar la curatela de la Sra. I.; que la Asesoría Civil de Familia informó que el Sr. S. S. manifestó que le es imposible asumir la responsabilidad que conlleva el cargo de curador definitivo de su madre porque él mismo tiene actualmente problemas de salud físicos y psíquicos; que la Lic. Sanchez, psicóloga forense que integra la Comisión evaluadora designada en autos, expresó que la Sra. I. tiene dos hermanas en Buenos Aires, que en algún momento se han presentado, pero que actualmente no la visitan ni se conectan con ella, con respecto a los hijos el personal de la institución los llama pero no asisten y que la pensión que cobra no le alcanza para sus requerimientos cotidianos; que al dictaminar la Asesoría Civil de Familia destacó que los familiares de Antonia mantienen una vinculación distintante con la misma por haberse distanciado de ella desde hace muchos años, sin compromiso con la realidad de la madre, desafectivizada, que el traslado de la Sra. a otra institución no garantizaría la vinculación efectiva ni la visita por parte de sus hijos y repercutiría severamente en su salud emocional y afectiva; que con respecto a la designación del curador definitivo, la Asesoría ratificó la no idoneidad del Sr. G. S. para asumir la curatela de su madre y que ante la imposibilidad de nombrar a otro de sus familiares según surge de los informes obrantes en autos y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 3, inc. 5 de la ley que rige el Ministerio Público de la Defensa que establece que “los abogados del Ministerio no son designados por los jueces como curadores definitivos”, solicitó que se designara a un abogado de la matrícula siguiendo el procedimiento establecido para la designación de los curadores provisorios.

Al tratar el punto que corresponde a la designación del curador definitivo, coincidió la sentenciante con el dictamen de la Asesoría de Familia en

cuanto a que no se acreditó la idoneidad de ningún familiar para que asuma tal función, entendiendo que no corresponde en el caso designar a un abogado de la matrícula. Según la a quo debe continuar la intervención de la curadora provisoria designada en autos, Dra. Mónica Espara, toda vez que la Sra. I. se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, no posee bienes y no se acreditó que alguno de los familiares previstos por los arts. 476 a 478 del C.Civil revistan la aptitud suficiente para cumplir tal función.

Remarca la sentencia que se advierte la presencia de intereses contrapuestos entre sus hijos con su madre, lo cual surgió con el producido de la venta de un inmueble de su propiedad y a que el Sr. S. pretende la reducción de la cuota alimentaria respecto de sus hijos presentando en el proceso judicial respectivo las facturas que acreditan la compra de pañales para su madre, lo que ha sido interpretado por la perito como la pretensión de beneficiarse en lo personal con la administración de la pensión de su progenitora. Destacó que el juez puede apartarse de lo establecido en los arts. 476 a 478 del Cód. Civil cuando haya imposibilidad justificada de designar a las personas allí enumeradas.

Es así que la a quo dijo que no habiéndose acreditado la idoneidad de familiares de la Sra. I. para asumir la función de curador definitivo, no correspondiendo, asimismo, la designación de un abogado de la matrícula, (conforme lo pretende la Asesoría de Familia), y no habiéndose creado en el ámbito provincial la curaduría oficial de alienados, corresponde continúe la intervención de la curadora provisoria designada en autos, en su calidad de curadora definitiva de la Sra. A. I., ello en la medida en la que no se superen las circunstancias tenidas en cuenta para su designación.

Cabe destacar, continuó diciendo, que el Art 3 inc. 5to. de la Ley V N 139 de la Ley Orgànica del Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces (Defensa Pùblica), recientemente modificada (Promulgada

mediante Decreto 854/12 de fecha 8 de Junio) afirma que los Abogados del Ministerio no son designados por los Jueces como curadores definitivos. A continuación, el art. 6 refiere que poseen los Abogados del Ministerio una competencia residual que los obliga a intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial cuando las personas interesadas acrediten reunir las condiciones para acceder al servicio. No intervienen, cuando se trata de alguna cuestión que es atendida en forma especial por otro sistema jurìdico gratuito.

Y agrega: *"…Lo cierto es que el art 3 inc. 5to de la Ley V N° 139 debe interpretarse a la luz del art. 196 de la Constituciòn Provincial, siendo la función de dicho Ministerio, la defensa de los intereses de los pobres, ausentes, menores, demás incapaces, presos y condenados, por lo que en el caso la aplicación del inc. 5to del art. 3 de la Ley V N° 139, en tanto veda a los jueces designar a los Abogados de ese Ministerio como curadores definitivos, conculca el art. 196 de la Constitución de la Provincia de Chubut, por lo que, conforme a ello, corresponde me expida declarando la inconstitucionalidad de su aplicación en el caso puesto a resolver. Cabe destacar que en tanto no sea organizada de otra manera la curaduría oficial de alienados en el ámbito de la provincia de Chubut, son los funcionarios de ese Ministerio quienes en la actualidad se encuentran en mejores condiciones para ejercer la función asignada. Adviértase que el art. 75 de la Ley III N° 21 prescribe que será requisito ineludible para la designación de los Jueces y funcionarios del Fuero la capacitación y versación en la materia…".*

Con respecto al control de constitucionalidad ha dicho la Magistrada del inferior que ello resulta no sólo una competencia que la Constitución ha puesto en cabeza del Poder Judicial sino un deber impuesto a los jueces que conforman dicho poder.

2) <u>Los agravios de la Sra. Defensora Pública</u>.

Causa gravamen a la Sra. Defensora Pública que la sentencia haya declarado la inconstitucionalidad del inciso 5 del Art. 3 de la Ley V N° 139, designándola Curadora Definitiva de la Sra. I., afirmando que ello viola la autonomía funcional del Ministerio al que pertenece. Afirma que la decisión de la a quo le impone el cumplimiento de una función en contradicción con la Ley Orgánica del Ministerio.

Reconoce que el art. 196 de la Constitución Provincial pone en cabeza del Ministerio de la Defensa Pública la defensa de los intereses de los pobres, ausentes, menores y demás incapaces, pero ello -afirma- en el marco de la misión fundamental que es la asistencia letrada, que incluye el patrocinio letrado o el apoderamiento en causas judiciales, pero en ningún caso la Defensa Pública cumple un rol de asistencia a la persona, que es el rol del curador definitivo.

Insiste en que el nuevo texto legal determina la prohibición de que el defensor público sea curador definitivo y que ello no puede inferirse de la competencia residual ya que no son funciones naturales del defensor y que éstos poseen una misión más acotada en el proceso, circunscripto a la acción litigiosa propiamente dicha, mientras que los Curadores cumplen funciones que se prolongan mucho más que la de un defensor.

Refiere luego que analizados los informes socio ambientales respecto del Sr. G. S. (fs. 101/105) y de la Sra. I. (fs. 185/189), puede concluirse que no se ha trabajado diligentemente con el grupo familiar para lograr un compromiso de los mismos. Apunta a que la curatela legítima la fijan los arts. 476 a 478 del Código Civil y que el orden de preferencia legal privilegia los lazos familiares.

Remarca que teniendo en cuenta el conjunto de funciones que le son atribuidas legalmente a los Defensores Públicos, es dable sostener que, la acumulación con las funciones de un Curador Definitivo, no es más que

imprimir la misma solución burocrática que, históricamente, no produjo buenos resultados y en la que el curado es el gran ignorado.

Entiende que el pronunciamiento considera al incapaz como objeto de protección y no como sujeto de derechos, conforme enfatiza la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Entiende que la Sra. Jueza a quo yerra al encadenar la misión constitucional con el cargo de curador definitivo y al decir que los funcionarios de su Ministerio son quienes actualmente están en mejores condiciones para ejercer la función asignada. Entiende que, ante la sanción de la Ley V N° 117 (creación en el ámbito del Poder Legislativo de la Defensoría de los Derechos de las Adultas y los Adultos Mayores), correspondería que sea designado como Curador Definitivo el Defensor que crea esta ley especial dado que el mismo tiene asignadas funciones acotadas a la problemática que importa velar por la protección de los derechos consagrados en la Constitución Nacional.

Remarca que la declaración de inconstitucionalidad recaída en autos y la designación de la Defensora como Curadora Definitiva, resulta una "práctica" que contraviene los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Reitera que a la luz de la Ley V N° 117 y hasta tanto sea organizada de otra manera la curaduría oficial de alienados en el ámbito provincial, el funcionario que crea dicha normativa es quien en mejores condiciones se encuentra para cumplir la función asignada.

Finaliza haciendo el planteo del "Caso Federal".

3) <u>Tratamiento de los agravios</u>.

A los efectos de un mejor análisis de las quejas planteadas por la recurrente, considero necesario responder a los puntos esgrimidos como agravios ordenándolos de manera más armónica a fin de transitar el camino

que conduzca a proponer la adecuada solución que debería darse a la cuestión debatida en el proceso.

3.1) <u>El trabajo con el grupo familiar de la incapaz</u>.

Afirma la quejosa (fs. 247) que *"…no se ha trabajado diligentemente con el grupo familiar para lograr un compromiso de los mismos…"*.

Ante una afirmación de este calibre, era fundamental que la quejosa explicara y demostrara a este Cuerpo cuál es la razón que la conduce a efectuar tal afirmación y qué es lo que faltó concretar en autos con relación al grupo familiar de la Sra. I. para lograr un compromiso de los mismos. No lo ha hecho y de allí que su expresión no deja de ser simplemente eso, una expresión carente de fundamentación suficiente. De allí que no alcance la categoría de "agravio" digno de ser aquí evaluado.

Lo expuesto me conduce a que se declare desierto esta porción de la queja en tratamiento (arg. arts. 268, 269 CPCC).

3.2) <u>La designación de la Defensora como Curadora Definitiva contraviene la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</u>.

A fs. 249 la agraviada afirma que la declaración de inconstitucionalidad recaída en autos que acarrea la inaplicabilidad del Art. 3 inc. 5 de la Ley V N° 139 (Ley Orgánica de la Defensa), por la que la Defensora deberá cumplir con la función de Curadora Definitivo de la Sra. I. *"…resulta una "práctica" que contraviene expresamente los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad…"*.

He aquí otra afirmación -planteada como agravio- carente del sustento demostrativo necesario para su análisis. O sea, la agraviada no explica en su presentación dónde radica la contraposición entre lo decidido por la a quo

y los postulados de la Convención que menciona. Mal puedo entonces proceder a su tratamiento.

Lo expuesto me conduce, al igual que el punto anterior, a considerar desierto el agravio (arg. arts. 268, 269 CPCC).

3.3) <u>La designación como Curador Definitivo al Defensor de los Derechos de las Adultas y los Adultos Mayores (Ley V N° 117)</u>.

Afirma la recurrente que, hasta tanto no sea organizada de otra manera la curaduría oficial de alienados en el ámbito de la Provincia del Chubut, el funcionario creado por la Ley V N° 117 es quien se encuentra en mejores condiciones para ejercer la función de Curador Definitivo de la causante.

Sin perjuicio de que la pretendida aplicación de esta normativa aparece recién en la expresión de agravios de la recurrente, no habiéndose ello planteado durante el curso del proceso a fin de ser considerado por la sentenciante, procederé a considerar la petición, atento la especial índole de la cuestión en debate y a la amplitud de criterio con que debe ser analizada la solidez de los fundamentos recursivos en esta instancia.

La ley mencionada creó en el ámbito del Poder Legislativo, la Defensoría de los Derechos de las Adultas y los Adultos Mayores, cuya función será la de velar por la protección y promoción de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, Constitución de la Provincia del Chubut, leyes nacionales y provinciales (conf. art. 1). Esta Defensoría tiene su asiento permanente en la ciudad de Rawson con dos Defensorías adjuntas que funcionan en las ciudades de Comodoro Rivadavia y Esquel (conf. art. 2). O sea, no está previsto en la ley que funcione una Defensoría adjunta en la ciudad de Puerto Madryn. Al estar previsto sólo el funcionamiento de las Defensorías en tres ciudades, quedan huérfanas de la prestación que corresponda las demás ciudades de la Provincia, entre las cuales está Puerto Madryn. La incapaz de autos vive en esta ciudad y nos encontraríamos con

un primer inconveniente que es el de no contar aquí con una Defensoría adjunta que cumpla el rol de Curador Definitivo de la causante, tal como pretende la apelante. He aquí un primer inconveniente para acceder a ello y admitir su agravio.

Con respecto a las "funciones" que cumple esta Defensoría, las mismas están expresamente contempladas en el art. 10 de la ley y consisten en: promover acciones para proteger los intereses difusos o colectivos relativos a los adultos mayores; interponer acciones para proteger los derechos de los adultos mayores, velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales de los adultos mayores, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso; incoar acciones para aplicar sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de los adultos mayores; supervisar a las entidades públicas y privadas que se dedican a la atención de adultos mayores; requerir el auxilio de la fuerza pública en el desempeño de sus funciones y de los servicios médicos-asistenciales necesarios; proporcionar asesoramiento de cualquier índole a los adultos mayores y sus familias; asesorar a los adultos mayores y sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para solucionar su problema; intervenir en la instancia de mediación o conciliación y recibir cualquier denuncia de los adultos mayores debiéndosele dar curso de inmediato.

La ley aclara (art. 3) que a los fines de la ley se entiende por "adulto mayor" a toda persona mayor de sesenta (60) años de edad.

Ante las características especiales que presenta la ley bajo análisis, advierto que sólo está dirigida a la problemática que afecte a las personas "mayores de sesenta (60) años de edad", con lo cual están excluidos los menores de esa edad. Por lo tanto, de estar a lo que propone la quejosa, esta Defensoría sólo podría ser Curador Definitivo de las personas "mayores de sesenta años de edad", no así de quienes tengan menos de esa edad. Esta

diferenciación no puede ser admitida a la luz de los claros principios constitucionales que están en juego y que tienden a la protección de los incapaces y los discapacitados. Es evidente que no pueden estar contemplados, a los efectos de contar con un Curador Definitivo, los mayores de una edad y no los menores a la misma. Esta diferenciación constituye otro impedimento para que no pueda recurrirse a esta Defensoría para la designación de un Curador Definitivo, conforme la pretensión de la agraviada.

A los motivos hasta aquí expuestos que, para mí, tornan inaplicable la normativa en tratamiento como solución de la cuestión en debate, corresponde agregar que surge de las "funciones" que la ley le asigna a esta dependencia, que en ninguna de ellas puede incluirse la posibilidad de que el Defensor de adultos mayores se constituya en Curador Definitivo. Basta con remitirse a las que he transcripto supra para advertir la certeza de mi afirmación.

Lo hasta aquí expuesto me conduce a afirmar que no advierto porqué la quejosa considera que es este funcionario quien se encuentra en mejores condiciones para ejercer la función de Curador Definitivo, circunstancia que -por otra parte- la Sra. Defensora no explica en la fundamentación de su recurso.

Es por ello que he de proponer al Acuerdo el rechazo del agravio en tratamiento.

3.4) <u>La designación del Curador Definitivo</u>.

3.4. a) La problemática de quien sufre padecimientos mentales, desde el punto de vista jurídico, se enmarca en un esquema normativo escaso e insuficiente para atender tanto la multiplicidad de sus facetas, como los modernos avances que se han registrado fundamentalmente en la disciplina psiquiátrica y que han recogido varios documentos internacionales y

legislaciones modernas (conf. “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”, Resolución 46/119 de la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas: 17.12.91; “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidades” y su protocolo facultativo (Resolución 61/106 de la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas) aprobado por Ley 26.378).

Nuestra legislación civil sienta las bases de su protección en tanto persona vulnerable por el déficit psíquico que padece, a través de dos vías: la incapacitación y la inhabilitación civil (arts. 140 y sigs. y art. 152 bis del Cód. Civil respectivamente).

En ambos casos, tratándose de medidas restrictivas de su autonomía, requieren de decisión judicial expresa, lo que implica el desarrollo de un proceso donde se contemple la concurrencia de los requisitos de fondo previstos por el Código Civil para cada una e las situaciones consideradas, con las normas procedimenales instituidas en garantía del interesado. Estas últimas, nos la proveen tanto el citado Código como los códigos procesales locales.

Doctrina y jurisprudencia son contestes en sostener que el juicio de incapacitación -y por analogía, el de inhabilitación- es un recurso creado en miras del interés -personal y patrimonial- del sujeto involucrado por sobre todas las cosas y que está destinado a la salvaguarda de sus derechos. De allí que todos los actos procesales deban orientarse a la tutela de este “interés superior”.

En este orden de ideas, uno de los temas de mayor trascendencia en la vida del sujeto afectado, es la institución de *la curatela* (conf. GIAVARINO, M.B., “El discernimiento de la curatela. La idoneidad del curador”, La Ley 2008-E, 486).

Vélez incluyó como Título XIII - Sección II - Libro Primero del Código Civil, el instituto *“De la curatela”*, dividiéndolos en dos capítulos: *“Curatela a los*

incapaces mayores de edad" y *"Curatela a los bienes"*. La doctrina ha marcado esta partición de la institución, separando la curatela general y la curatela a los bienes, sosteniéndose en algunas diferencias apreciables en el tema, como la cantidad de curadores que pueden ejercer la función o que en el segundo caso, ésta "…se caracteriza por limitarse a la gestión patrimonial sin ir acompañada del gobierno de la persona del propietario" o que el curador a los bienes solo puede realizar actos de mera administración y conservación de aquéllos (arts. 488/9 del Cód.Civ.) (ver BELLUSCIO, A.C., "Manual de Derecho de Familia", T. II, pág. 354, Ed. Depalma, 1974; REQUEIJO, O., "Curatela" en Enciclopedia de Derecho de Familia - Directores: Lagomarsino, C. y Salerno, M., T. I, pág. 754 y sigs., Edit. Universidad, 1991).

3.4. b) La designación de curador va de la mano con la necesidad de tutelar un patrimonio cuando, por razones puntuales y excepcionales, su titular o el sujeto legitimado al efecto, se ve impedido o disminuido para gestionarlo o está indeterminado (conf. ROCCA, H.E., "La curatela en el Código Civil").

Pero cuando la causa está en la incapacitación o inhabilitación de su titular, el curador debe, además y prioritariamente por imperativo legal, proveer a la recuperación del sujeto involucrado afectando a ello dicho patrimonio (art. 481 Cód.Civ.). Hay entonces una obligación esencial que apunta a optimizar las condiciones de vida de su curado a través de la administración de sus bienes (conf. CNCiv., Sala A, 25/09/95, La Ley, 1996-A, 582; CNCiv., Sala G, 09/11/93, ED, 158-104).

Esta doble función propia del rol del curador de incapaces -y, en lo pertinente y por analogía, del inhabilitado-, es una particularidad que adquiere trascendencia al momento de decidir su elección. La necesidad de compatibilizar adecuadamente el objetivo de velar por la persona del

insano o del inhabilitado en tanto entidad física, psíquica y espiritual, con el reguardo de sus derechos y de sus bienes, requieren de ciertas cualidades en quien ha de desempeñar tan excelsa labor.

No se trata tan solo de un "buen administrador", sino que el postulado debe evidenciar cualidades y valores personales acordes al interés del insano que es, en definitiva, el tutelado por el derecho. De allí que la función se considere indelegable (conf. MOLINA, A., "Organización de la curatela pública", Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 31-2005, pág. 119: GIAVARINO, M.B., ob. cit.).

Es precisamente el perfil y la persona del curador el punto que motiva el análisis que vengo realizando, en vista de lo resuelto por la sentencia en crisis y el agravio vertido por quien ha sido designado en ella como Curadora Definitiva.

De la concordancia entre los arts. 57 incs. 1 y 3, 141, 152 bis, 153, 468, 469 y 475 del Código Civil y 12 del Código Penal, resulta que se designa curador a las personas mayores de edad interdictas, inhabilitadas civil o penalmente y a la persona por nacer, ante la incapacidad de sus padres y que, salvo disposición expresa, se aplica a la curatela el régimen de la tutela.

En este contexto, se considera a la curatela como un función personalísima -y en consecuencia, indelegable en cuanto tal-, de ejercicio unipersonal (aunque hay sentencias que han admitido el ejercicio dual o compartido), que debe ser discernida por juez competente, a partir de una disposición testamentaria (art. 479 Cód.Civ.) o legal (arts. 476/478 Cód.Civ.).

La denominada curatela legítima incluye al cónyuge, hijos y padres. Con respecto a los abuelos y hermanos que no están considerados para la curatela y sí para la tutela, la doctrina está dividida pero la mayoría acepta la asimilación, atento la remisión que hace el art. 475 del Cód. Civil (conf. CNCiv., Sala E, 29/12/97, ED, 179-178).

La ley ha priorizado así a quienes se presume que por su relación familiar próxima, tienen con el tutelado un vínculo afectivo compatible con sus intereses. De tal modo, es de prever que su accionar va a estar enderezado naturalmente a la consecución de los objetivos propios de la institución.

Frente a este encuadre, caben dos interrogantes: primero, si puede el juez prescindir de convocar a los legitimados, cuando existen en el entorno familiar del incapaz o inhabilitado y segundo, si en este caso debe ceñirse al orden que resulta de la correlación de los artículos precedentemente mencionados. En ambos casos, de lo que se trata es de determinar las facultades del juez en orden al discernimiento de la curatela y con ello, el grado de discrecionalidad con que le es reconocido actuar.

Para el primer interrogante, hay que remitirse a las distintas vías por las cuales se puede designar curador. He hecho referencia supra a las tres categorías de curatela: testamentaria, legítima y dativa, la última de ellas no prevista expresamente, pero aceptada por la remisión que se hace a la tutela.

Se considera que la curatela legítima tiene prioridad por sobre las restantes. La testamentaria es "…excepcional y prevalece sobre ella, la curatela legítima" y está restringida a los padres (conf. BELLUSCIO, A.C., ob. cit., T. 2, pág. 468, 3ª. edic. Edit. Astrea 2002).

La dativa, por su parte, se considera de verdadera excepción. Ella implica la facultad que tiene el juez de elegir al curador, más allá de los llamados por ley a desempeñar el cargo. En este punto la opinión general se inclina por dar gran flexibilidad al juez. Con distintos matices de enfoque, se considera que el juzgador debe guiarse no tanto por el llamamiento legal, como por la idoneidad del pretensor, lo cual no implica descartarlos de plano sino solo exigir como condición necesaria, suficiente aptitud para la función y armonía con los intereses del tutelado (conf. CNCiv., Sala A, 30/03/98, La Ley, 1998-C, 636; GIAVARINO, M.B., ob. cit.).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, se ha resuelto que *"…en la designación de curador definitivo debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que pueden verse afectados y atento la gravedad de la situación que podría generarse porque la finalidad perseguida con esa designación es la seguridad del interdicto y la protección jurídica necesaria. Para ello, el juez no se encuentra obligado a aplicar en forma terminante las normas del Código Civil en cuanto regulan quiénes pueden ser curadores, pudiendo apartarse de esas normas cuando las particularidades del caso justifiquen designar a un tercero o removerlo…la mayoría de la doctrina se inclina por entender que debe prevalecer una corriente interpretativa más flexible que niega la taxatividad del orden legal del llamamiento para desempeñar la curatela, partiendo de la premisa de que dicha vocación está supeditada a la idoneidad de la persona llamada a ejercer la representación legal… por ello consideran que la apreciación de la idoneidad del curador es función privativa del juez y que el orden establecido en la ley no es forzoso"* (CNCiv., Sala E, 21/02/2001, La Ley, 2001-D, 683; ídem, Sala K, 25/03/03, La Ley, 2003-C, 95) y que *"…La compleja función del curador indica, por sí, que su idoneidad para el cargo debe apreciarse a través de múltiples condiciones, es decir, debe resultar de un conjunto de aptitudes y de posibilidades físicas, mentales, morales y legales apreciados, claro está, en concreto y no en abstracto, en beneficio siempre del incapaz… no se trata de valorar preferencias de derechos subjetivos, sino de compulsar idoneidades, para atribuir al incapaz una más acabada protección"* (CAC y C de la 5ª. Nominac. Córdoba, 28/12/92, LLC, 1993-455; CNCiv., Sala K, 25/03/03, La Ley, 2003-C,95; ídem, Sala C, 09/10/90, ED, 141-458).

Queda en claro, por lo hasta aquí expuesto, que en este tipo de procesos debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que pueden verse afectados y atento la gravedad de la situación que podría generarse. El norte que el juez debe seguir es la seguridad del interdicto, dado que en definitiva el proceso se instruye en su garantía, a fin

de proporcionarle la protección jurídica necesaria. Esta misión está atribuida a los jueces, quienes tienen la potestad de apreciar los elementos de juicio aportados, y en mérito a ellos decidir, en el caso de la designación o remoción del curador designado, cual es la persona idónea para cuidar del incapaz y de sus bienes (conf. LLAMBIAS, "Código Civil anotado…", T. I, p´g. 1201; ALSINA, "Derecho Procesal – Juicios Especiales", T. IV, pág. 446 y sigs.; CNCiv., Sala C, 18/09/81, en autos "T.C.A.").

3.4. c) No dejo de tener presente que, conforme surge de las diversas constancias de la causa que han sido minuciosamente detalladas por la sentencia de la inferior y no rebatidas por la recurrente, nadie se ocupa de la causante de autos. Asimismo, se ha demostrado que los familiares la han visitado muy esporádicamente (hijos y hermanas), los mismos han afirmado no poder hacerse cargo de la misma, no han respondido a los llamados que oportunamente se le hicieron y la Asesoría de Familia dictaminó que no se ha acreditado en autos la idoneidad de ningún familiar para que asuma la función de Curador Definitivo.

Por elementales razones de sentido común (que han de primar sobre cualquier construcción normativa) y buscando siempre la solución más favorable a la incapaz, mal puede designarse curador a personas que ni siquiera han comparecido al proceso (hijos de la causante) y lo que es más, hasta incluso se han negado a verla o a hermanas que residen a gran distancia y/o no se encuentran en condiciones para desempeñar un rol de verdadera significación y que, a todo evento, todos ellos han demostrado un total desinterés en la persona de la causante.

Debe tenerse en cuenta que el art. 475 del Cód.Civil señala que *"Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores, se aplicarán a la curaduría de los incapaces"*.

Nos encontramos aquí frente a una situación en la que resulta necesario brindar al Curador Definitivo la seguridad y estabilidad jurídica para que pueda cumplir en forma acabada su función tuitiva.

Los tratados internacionales y Convenciones aprobadas por la Ley 25.280 (Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad) y la Ley 26.378 (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), reconocen y garantizan el derecho de las personas con discapacidad a la protección de sus derechos, a la no discriminación, a la dignidad, a la igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades, a erradicar toda forma de discriminación negativa en relación a ellos, a la integridad personal, a favorecer la inserción social y familiar, el respeto del hogar y la familia y acceso a la justicia. Así la Ley 26.378 promueve un cambio de paradigma al considerar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos e inspira a realizar acciones positivas que hagan cierto el ejercicio de tales derechos humanos (conf. LOYARTE, D., "Tutela-Curatela: ejercicio compartido. Enfoques actuales", pág. 277, en "La familia en el nuevo derecho", T. II, KEMELMAJER de CARLUCCI – HERRERA, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, marzo 2009). Es ahí donde entra a jugar un rol fundamental la actividad del juez, "aggiornado" frente a las nuevas normas y complejas realidades, para hacer efectiva la protección de los derechos de los más vulnerables.

He dicho antes aquí que debe analizarse cada caso en particular (como en el caso de autos), donde se debe priorizar el interés del insano. Siendo que los declarados incapaces son considerados como menores de edad en cuanto a su persona y bienes (art. 475 Cód.Civ.), además de la aplicación de las normas específicas en materia de discapacidad, resultan también aplicables en cuanto a sus principios generales, por analogía, las disposiciones sobre patria potestad, la Convención de los Derechos del Niño y la Observación

Gral. N° 9 (2006) Los derechos de los niños con discapacidad. Comité de los Derechos del Niño, 43 período de sesiones, Ginebra, 11 al 29 de Septiembre de 2006 (conf. YUBA, G., "Curatela conjunta y la protección del interés del insano", LLBA (mayo 2011), pág. 392).

Es dable destacar, la prevalencia del interés superior de la insana, en el caso de autos, priorizándose su situación personal frente a un entorno familiar que se ha desentendido por completo de ella. Se debe privilegiar su interés, siendo éste el norte de toda decisión.

Debe considerarse la obligación del Congreso de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 C.N.). Interés superior que se encuentra también previsto en la "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad" (Ley 25.280, art. 1, art. 7; Ley 26.378, Preámbulo, arts. 3, 4, 5, 12, 13, 17, 19, 23).

Es así que se ha resuelto que *"…La designación del curador tiene por objeto proporcionar a la persona con discapacidad mental el apoyo que necesita en el ejercicio de su capacidad jurídica, a fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y la remoción de los obstáculos que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad. La obligación principal del curador del denominado incapaz es cuidar que recobre su capacidad…"* (CNCiv., Sala G, 05/05/09, "J.A.J. s/ Insania". Cita: IJ-XXXIV-97); y todo esto porque *"…existe el derecho del incapaz a ser dirigido y gobernado por quien sea más apto para ello. De allí que el interés del incapaz es el que debe regir este tipo de decisiones"* (CNCiv., Sala E, "M.F.J. s/ Insania", 29/12/97. Cita: IJ-XII-925).

3.4. d) Lo hasta aquí desarrollado nos conduce a evaluar cuál es la función del juzgador en situaciones como la que aquí se debate.

El avance de la legislación, la realidad y los cambios que se operan en las relacione sociales y familiares, requieren de un juez pro activo, dinámico, integrador de las normas, herramientas éstas fundamentales para brindar garantía, seguridad y estabilidad en el reconocimiento de los derechos.

Los cuerpos normativos que sólo se transcriben y se aplican literalmente, no sirven a los justiciables, deben aplicarse para cada caso concreto, buscando un equilibrio, buscando ser "letra viva", para tornar operativos y eficaces los derechos y garantías de los individuos. Sin distinción alguna.

Así, ha dicho Bidart Campos, frente a la afirmación de que hay que comunicar la teoría con la práctica (en materia de derechos humanos y discapacidad), que estas preocupaciones "…generan la necesidad de un dinamismo creativo que opere sobre la realidad adversa a fin de que el sistema global de derechos… no se atrofie ni se castre en el anquilosamiento de la letra de la ley…" "…Esto resulta por demás imperioso cuando la distancia entre la realidad jurídica y la social repercute en las relaciones familiares… Se corre el riesgo de que la realidad social desborde la realidad jurídica transformándola en un conjunto de principios sin contenido social y por ende, sin aplicación práctica…" (conf. LOYARTE, D., "Tutela-Curatela: ejercicio compartido. Enfoques Actuales"; CSJN, 27/11/86, "S.J.B. c/ Z. de S.A.M.", voto del Dr. Petracchi. En "La familia en el nuevo derecho", T. II ob. cit.; YUBA, G., ob. cit.).

La realidad del caso nos muestra a una persona de casi 72 años de edad, que padece demencia vascular desde hace más de veinticinco años, con pronóstico desfavorable, deteriorante y crónico, que requiere permanentes cuidados higiénicos y dietéticos, presentando un cuadro de absoluto grado de indefensión y vulnerabilidad (informe de la junta médica de fs. 48). Se

ha acreditado también durante el proceso que la causante no posee bienes y que los miembros de su familia no revisten la aptitud necesaria para asumir la función de curador definitivo de la misma (informe de fs. 5/6, actuación de fs. 9, informes de fs. 85, 103/105, 139, 104 vta., 120, 139, 146, 156, 158, 181, 188 y vta., 203, 212 y 214).

Ante esta grave situación la sentencia en crisis ha dicho: *"…coincido con el dictamen de la Asesoría de Familia en el sentido que no se ha acreditado la idoneidad de ningún familiar para que asuma tal función, no obstante sostengo que no corresponde en el caso la designación de un abogado de la matrícula. Adelanto mi opinión que, en el caso, debe continuar la intervención de la curadora provisoria designada en autos, Dra. Mónica Espara, toda vez que la Sra. Iparraguirre se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, no posee bienes y no se ha acreditado que algunos de los familiares previstos por los arts. 476 a 478 del C.C. revista la aptitud suficiente para asumir tal función…"* (fs. 235 vta.) *"…En el caso, no habiéndose acreditado la idoneidad de familiares de la Sra. I. para asumir la función de curador definitivo, no correspondiendo, asimismo, la designación de un abogado de la matrícula (conforme lo pretende la Asesoría de Familia), y no habiéndose creado en el ámbito provincial la curaduría oficial de alienados, corresponde continúe la intervención de la curadora provisoria designada en autos, en su calidad de curadora definitiva de la Sra. A. I., ello en la medida en la que no se superen las circunstancias tenidas en cuenta para su designación…"* (fs. 236 vta.).

Ante este grave y delicado cuadro que acabo de describir, la Sra. Curadora Provisoria ha recurrido la sentencia por considerar que a ella no le corresponde ser declarada Curadora Definitiva dado la normativa del art. 3, inciso 5, de la Ley V N° 39 (Defensa Pública) que dice que los abogados del Ministerio *"…No son designados por los Jueces como curadores definitivos"*. En su lugar, pretende que sea designado alguno de los Defensores creados por la Ley V N° 117 (Defensoría de los Derechos de las Adultas y los Adultos

Mayores). Por su parte, la Asesoría de Familia ha emitido su dictamen en autos (fs. 216/218) en el cual admite que no hay ningún familiar idóneo para desempeñarse como Curador Definitivo de la causante, que no corresponde se designe a la Curadora Provisoria como Definitiva porque ello contraría la norma del art. 3, inciso 5, de la Ley V N° 39 y que debe ser designado en el cargo un abogado de la matrícula.

Ya me he referido supra a la improcedencia de nombrar como Curador Definitivo a la Defensoría creada por la Ley V N° 117, tal como pretende la recurrente.

Con respecto a la pretensión de la Asesoría de Familia de que sea designado un abogado de la matrícula, advierto que ha realizado su propuesta sin el correspondiente aval que le de fundamento. Sin perjuicio de lo cual, no encuentro en qué podría fundamentarse y sostenerse la designación de un abogado de la matrícula cuando estamos ante una causante en un total estado de vulnerabilidad, indefensa, demente, sin bienes y abandonada por su familia.

La Ley XII N° 4 (Aranceles de los Abogados) es muy clara en su artículo 3 cuando dice que *"La actividad profesional de los abogados y procuradores se presume oneroso…salvo los casos en que conforme a excepciones legales, pudieren o debieren actuar gratuitamente"*. O sea, la actuación gratuita de los abogados tiene carácter excepcional-legal. Siendo así y atento la carencia de bienes por parte de la causante, es de toda evidencia que no está en condiciones de solventar los honorarios que le corresponderían a un abogado de la matrícula que se desempeñe como su Curador Definitivo. Tampoco está previsto legalmente que el Estado tenga a su cargo, en tal caso, afrontar los honorarios que correspondan al letrado que sea Curador Definitivo de la incapaz.

La ley arancelaria contempla la posibilidad de que un letrado trabaje gratuitamente en caso de "excepción legal". El caso de excepción del que

habla la ley es el que está previsto en los artículos 59, 60 y 61 de la Ley 4558, es decir, el Consultorio Jurídico Gratuito que está a cargo del Colegio Público de Abogados de Puerto Madryn. El funcionamiento de dicho consultorio está reglamentado y su misión es *"…brindar en el ámbito de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, asesoramiento gratuito para aquellas personas carentes de recursos que lo solicitaren y además tiene a su cago la organización de su patrocinio gratuito en juicio, mediante el concurso de los matriculados. La gratuidad del servicio exime a los beneficiarios del pago de honorarios del letrado interviniente. Pero no así a los gastos que demande el proceso, tales como tasa de justicia, gastos de notificación, gastos derivados de la comunicación postal y todo otro tipo de gastos justificados y debidamente rendidos por el Profesional. Los gastos serán rendidos al cliente y a la Coordinación del servicio"* (conf. art. 3 del Reglamento del Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio Público de Abogados de Puerto Madryn).

El artículo 9 del Reglamento trata sobre las "Materias de Incumbencia del Consultorio" y está previsto que se atiendan todo tipo de cuestiones patrimoniales y no patrimoniales de carácter civil, comercial, laboral y administrativas, quedando *excluidos los asuntos de familia* y penales, salvo aquéllos que carezcan probadamente de asesoramiento por parte de otros servicios de asesoramiento jurídico gratuito.

Como vemos, la actuación gratuita -excepcional- de los abogados de la matrícula comprende el *"…asesoramiento gratuito para aquellas personas carentes de recursos…"* y *"…su patrocinio gratuito en juicio…"* (conf. art. 3 del Reglamento).

De lo hasta aquí expuesto, surge con nitidez que el "asesoramiento" y el "patrocinio" gratuito en juicio no tienen nada que ver con ser "Curador Definitivo" de un incapaz. O sea, no veo la posibilidad de sustentar la imposición de obligar a un letrado de la matrícula a que se desempeñe gratuitamente como "Curador Definitivo" de un incapaz carente de

recursos. Por lo tanto, la postura de la Asesoría de Familia no puede ser admitida como solución de la problemática que estoy analizando.

3.4. e) La sentencia en crisis ha dicho que el art. 3, inc. 5, de la Ley V N° 139 debe ser interpretado a la luz del art. 196 de la Constitución Provincial, siendo la función de dicho Ministerio la defensa de los intereses de los pobres, ausentes, menores, demás incapaces, presos y condenados, por lo que en el caso la aplicación del inc. 5 del art. 3 de esta ley, en tanto veda a los jueces designar a los Abogados de ese Ministerio como curadores definitivos, conculca el art. 196 de la Constitución de la Provincia del Chubut. No advierto que la apelante haya rebatido con fundamentación suficiente esta terminante conclusión de la Sra. Magistrada a quo. Pero sí tengo en cuenta que la tan mencionada Ley V N° 139 esgrimida por la recurrente, dice que el Ministerio de la Defensa Pública *"…Tiene como misión la defensa y protección de los derechos humanos…A tal fin garantiza, a través de la asistencia técnico jurídica, el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad… Para su desempeño cuenta… con Abogados de la matrícula…que cubren los requerimientos del servicio…Todos éstos se encuentran habilitados para intervenir en todas las etapas de los procesos judiciales de cualquier fuero, materia e instancia, con las únicas excepciones que se efectúan en el artículo 24…"* (art. 1). La excepción referida en la norma está referida al debate ante un Tribunal Colegiado en causa criminal, que no es el caso de autos.

Con respecto a la "Competencia Residual", prevista en el art. 6 de la norma y que es mencionada por la apelante en su queja, está referida a que los abogados del Ministerio *"…intervienen en todo asunto judicial o extrajudicial cuando las personas interesadas acreditan reunir las condiciones para acceder al servicio. No intervienen, cuando se trata de alguna cuestión que es atendida en forma especial por otro sistema jurídico gratuito…".* A lo dicho, debe agregarse -

-como fundamento que nos conduce inevitablemente a la aplicación de esta normativa al caso en tratamiento, tal como lo ha hecho la sentencia en crisis- que entre las "Funciones" del Ministerio de la Defensa Pública, está previsto que *"…Propende a la salvaguarda del los derechos humanos en el ámbito de su competencia, especialmente respecto de las personas en situación de vulnerabilidad…"* (art. 6, inc. 1); al tratar la situación de las personas físicas que carecen de recursos suficientes para el acceso a la jurisdicción, dice que el Ministerio *"…Propende…a la tutela judicial efectiva de sus derechos en condiciones de igualdad…"* (art. 6, inc. 3) y en el inc. 6 del mismo artículo establece que *"…Interviene como parte legítima y esencial en todo juicio o causa que interese a niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental o a sus bienes…"*. En lo que hace a las personas que carecen de recursos y/o están en situación de vulnerabilidad, el art. 49 de este cuerpo normativo prevé que los letrados del Ministerio actúen como apoderados o patrocinantes *"…de las personas que acreditan no contar con medios económicos suficientes como para ser asistidos por un letrado de confianza o encontrarse en otra situación de vulnerabilidad".*

Es de una total evidencia que, si nos ajustamos al dictamen de la Asesoría de Familia -de imposible materialización, según vimos- o a la pretensión de la Sra. Defensora Oficial -que tampoco es procedente- la causante de autos quedaría sin protección alguna. Y ello es inadmisible.

3.4. f) Como resultado del análisis que vengo realizando puedo afirmar que la solución normativa brindada por el art. 3, inc. 5 de la Ley V N° 139, en muchos casos particulares provoca una clara disociación entre la realidad fáctica y la jurídica, resultando el impedimento de designar a los Abogados del Ministerio como Curadores Definitivos de un incapaz, contrario a los principios legales y constituciones que protegen y garantizan los derechos de un incapaz en total estado de vulnerabilidad, como es el que estamos

aquí considerando. Inclusive, se trasunta un clara contradicción entre los principios y funciones que acabo de detallar (arts. 1, 6, 9 y 49) con el mencionado impedimento.

Por otro lado, entiendo que la normativa del artículo en cuestión, en relación a las personas con capacidades diferentes y carentes de recursos y sin perjuicio de compartir la conclusión de la sentenciante de que conculca el art. 196 de la Constitución Provincial, resulta también opuesta con el bloque de constitucionalidad que aportan los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22) y con la promoción del goce efectivo de las normas contenidas en ellos (art. 75 inc. 23).

Así, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad (de 1999, aprobada por Ley 25.280) establece como finalidad la de prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad, procurando integrarlas plenamente a la sociedad.

También la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (de 2006, aprobada por la Ley 26.378), la cual resulta más amplia que la anterior y cuya finalidad es proteger y asegurar el goce de derechos fundamentales de las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad.

En su art. 12, apart. 3ro., establece que *"…3.- Los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para promocionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica…"* (art. cit., Ley 26.378).

Sumado a lo dicho y citando al maestro Bidart Campos, se debe dejar en claro que con independencia del rango que un tratado tenga en nuestro derecho interno: a) su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos es obligatoria de acuerdo con el derecho internacional, debiendo sentenciarse la causa en que es aplicable de conformidad con el mismo

tratado; b) se incurre en violación del tratado tanto como cuando se aplica una norma interna que le es incompatible o contraria, como cuando simplemente se omite aplicarlo; c) todo incumplimiento de un tratado -por acción u omisión- por parte de nuestros tribunales engendra para nuestro estado la responsabilidad internacional, y ello aunque acaso la desaplicación de un tratado de rango infraconstitucional se sustente en su inconstitucionalidad (conf. BIDART CAMPOS, G., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. II-A, pág. 396, Ed. Ediar, 2003; CCiv.Com. Mar del Plata, Sala III, 24/02/2011, "L.A.D.", LLBA (mayo 2011), 392).

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el sub lite se encuentran acreditadas las circunstancias particulares que hacen a la necesidad de que la Sra. Iparraguirre cuente con una curatela que no puede ser ejercida por ninguno de sus familiares, que no es posible designar en calidad de curador definitivo a los Defensores creados por la Ley V N° 117, que tampoco es posible obligar a un abogado de la matrícula a desempeñar gratuitamente tal función (conf. arts. 59, 60, 61 Ley 4558 y el Reglamento del Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio Público de abogados de Puerto Madryn) y atento a que dicha cuestión no se encuentra resuelta en la ley de fondo, entiendo que la única solución para poder atender las necesidades de la incapaz es la declaración de inconstitucionalidad de la norma considerada injusta, esto es, el Art. 3, inciso 5, de la Ley V N° 139 en la parte que dispone: *"…No son designados por los jueces como curadores definitivos"*.

Por consiguiente, valorando lo dispuesto por el art. 31 de la Carta Magna y la jurisprudencia citada, entiendo que el Art. 3, inciso 5, de la Ley V N° 139, en cuanto impide que los Abogados del Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces sean designados "Curadores Definitivos" en los casos como el que aquí se ha planteado, resulta incongruente con lo que disponen los artículos 14 bis, 16, 19, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs. de la Constitución

Nacional; con los artículos 6, 7, 9, 10, 17, 18, 19, 21, 22, 25, 26, 29, 30, 74, 196 y concs. de la Constitución Provincial; con las disposiciones de la Ley 25.280; con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; con la Ley 26.378; con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; con los artículos 2, 5, 17, 18 y 30 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; con los artículos 1, 2, 6, 7, 8, 10, 16, 25, 26, 28 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; con los arts. 3, 8, 11, 17, 19, 24, 25, 32 y concs. de la Convención Americana de Derechos del Hombre; con los artículos 10, 11, 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y con los artículos 14, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (arg. y doct. art. 31 de la Constitución Nacional).

Por último, quiero remarcar -en palabras del maestro Bidart Campos- que *"…siempre hay que oxigenar las leyes con el aire que circula en los estratos más altos y superiores: la Constitución, sus principios, sus valores, el derecho internacional de los derechos humanos, el paradigma de la justicia…"* (conf. BIDART CAMPOS, G., cit. por MORELLO, A., "El derecho y nosotros", pág. 57, Edit. Platense, 2000; CCiv.Com. Mar del Plata, Sala III, 24/02/2011, cit.).

En conclusión, atento a los principios legales expuestos y conforme a las circunstancias fácticas obrantes en el sub lite, corresponde -en este supuesto particular- confirmar lo resuelto por la sentencia dictada en la instancia anterior en cuanto a que debe continuar interviniendo la Curadora Provisoria, Dra. Mónica Espara, en calidad de Curadora Definitiva, en tanto no se modifiquen las circunstancias tenidas en cuenta para su designación, ello en razón de que la solución propuesta satisface la finalidad tuitiva de la curatela de incapaces que es la de garantizar el derecho a la salud y al mejor nivel de vida posible del incapaz, derechos de raigambre constitucional

(conf. arts. Citados de la Const. Nacional y Provincial) y confirmando la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 3, inciso 5, de la Ley V N° 139 solamente en cuanto dispone que los Abogados del Ministerio no son designados por los jueces como curadores definitivos.

La declaración de inconstitucionalidad que aquí propongo confirmar, deberá evaluarse en cada caso en concreto, valorando en cada supuesto la acreditación de las necesidades particulares como las probadas en autos (discapacidad, abandono por la familia, inexistencia de bienes, etc.).

En razón de los fundamentos vertidos, propongo al Acuerdo el rechazo de los agravios de la recurrente y la confirmación de la sentencia dictada por la Sra. Magistrada a quo en lo que ha sido materia de agravio. Así lo voto.

4) <u>Las costas de la Alzada</u>.

En lo que hace a las costas por la intervención en la Alzada y teniendo en cuenta que no ha mediado controversia en la sustanciación, entiendo que no corresponde imponerlas (arg. art. 69 CPCC).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Fiordelisi.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara, guardando el mismo orden metodológico que el propuesto por el Sr. Camarista preopinante.

2.

Se agravia la apelante, pues considera que no se ha trabajado diligentemente con el grupo familiar de la causante para lograr un compromiso de sus integrantes, haciendo mención a los artículos 476 a 478 del Cód. Civil y al orden de preferencia legal que privilegia los lazos familiares.

Debido a que no formula una queja concreta del decisorio en este aspecto, resulta evidente que su queja no supera el valladar de la crítica razonada y concreta, limitándose a una simple manifestación o expresión de deseos que en modo alguno llega a constituir un agravio fundado (arg. arts. 268 y 269, del CPCC).

En este aspecto, debió la apelante demostrar con fundamentos en qué medida esa "falta de trabajo diligente" en el grupo familiar incidió en el pronunciamiento para arribar a la conclusión que hoy la afecta.

Considero, pues, que la cuestión en tratamiento no posee entidad de queja en sentido técnico (arts. citados) y me conduce a compartir lo fundamentado en el voto precedente por mi colega Dr. Fiordelisi en cuanto a que el mismo debe ser declarado desierto (cfr. arts. 268 y 269 CPCC).

3.

Se agravia también por estimar que la declaración de "inconstitucionalidad" recaída en autos respecto del Art. 3 inc. 5 de la Ley V N° 39, es una "práctica" que contraviene expresamente los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este punto, también, la apelante formula una afirmación sin dar cuenta de ello, con los debidos fundamentos fácticos y jurídicos. En esa medida, su

aserto amerita su descalificación como queja razonada y concreta en los términos del art. 268 CPCC.

Debió la recurrente expresar y fundamentar tal afirmación, mas no lo hizo y en esa línea de ideas, he de coincidir con el voto precedente en que la cuestión sea declarada desierta (arg. arts. 268, 269, del CPCC).

4.

Sostiene luego la apelante que debe aplicarse en este caso la normativa de la Ley V n° 117 que creó la "Defensoría de los Derechos de las Adultas y Adultos Mayores" dado que este funcionario es quien en mejores condiciones se encuentra para ejercer la función de curador definitivo de la causante.

Cabe hacer notar al respecto que esta cuestión no fue planteada en la Instancia anterior, razón que evidentemenete conllevó a que el decisorio no lo analizara.

No obstante ello, comparto lo expuesto por el Sr. Juez Fiordelisi en su voto precedente con respecto a lo particular de la cuestión aquí debatida y a la amplitud de criterio a la que debe estarse para evaluar el cumplimiento de los requisitos sobre la fundamentación de los recursos, a lo que agregaré el hecho relevante de estar en juego en el caso la constitucionalidad de un artículo de una ley provincial.

La apelante entiende que debe designarse curador definitivo de la causante a la "Defensoría de los Derechos de las Adultas y los Adultos Mayores que fue creada en el ámbito del Poder Legislativo por la ya mencionada Ley V N° 117".

Conforme surge del art. 2) de dicha norma, cierto es que la Defensoría en cuestión posee asiento permanente en la ciudad de Rawson, con una Defensoría Adjunta en Comodoro Rivadavia y otra en Esquel. Por lo que,

atento a lo que surge de sus disposiciones, el funcionamiento está claramente circunscripto a tres ciudades únicamente, distantes unas de otras, que a la vez poseen circunscripciones judiciales propias, y entre las que no se encuentra la ciudad de Puerto Madryn. Advierto aquí un primer obstáculo para tener en consideración su aplicación.

El segundo valladar, consiste a mi juicio en que otra característica de esta Defensoría es que debe velar por la protección y promoción de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, en la Constitución de la Provincia del Chubut y en las leyes nacionales y provinciales relativos a los "Adultos Mayores" (art. 1), entendiéndose por tal a toda persona mayor de sesenta (60) años de edad (art. 3). Por lo tanto, están excluidos de su régimen todos aquellos que son menores de sesenta años. Se denota aquí otra imposibilidad para la aplicación de la ley al caso en tratamiento, ya que esos defensores puedan ser curadores definitivos sólo en los casos de "adultos mayores", no encontrándose contemplado en la normativa otros casos en los que sea necesario amparar a menores de esa edad, y ello sentaría un peligroso precedente no contemplado en la ley.

Además, proceder del modo en que lo propone la Sra. Defensora apelante, significaría tanto como equiparar la problemática de un discapacitado con la de un "adulto mayor", situaciones bien distintas que contrarían el espíritu de la ley.

En lo relativo a las funciones asignadas en la norma propuesta a la Defensoría (art. 10) y que fueran claramente descriptas por el Dr. Fiordelisi, cabe señalar que no advierto posibilidad fáctica de designar válidamente a alguno de sus defensores como curador definitivo de un incapaz, ya que la idoneidad requerida para asistir a los "adultos mayores" se orienta a la defensa de otros intereses protegidos, distintos a los de los incapaces. Sólo basta con repasar la norma señalada para arribar inexorablemente a esa conclusión.

En atención a lo expuesto y analizado, soy partidario de la improcedencia de la postura de la Sra. Defensora Oficial con respecto a que alguno de los defensores creados por la Ley V N° 117 sea designado en el caso curador definitivo de la Sra. I., por lo que el agravio debe ser rechazado.

5.

Finalmente, en el orden de ideas del voto anterior, es el turno de analizar la designación del "curador definitivo" de la causante, y determinar si es procedente que su nombramiento recaiga en la Sra. Defensora Oficial conforme lo ha decidido la sentencia recurrida, declarando la inconstitucionalidad del inc. 5 del Art. 3 de la Ley V N° 139 (t.o. ley V n° 90).

Cierto es que la designación del curador va de la mano de la necesidad de tutelar un patrimonio cuando, por razones puntuales y excepcionales, su titular o sujeto legitimado al efecto se ve impedido o disminuido para gestionarlo o está indeterminado. Pero no es menos cierto que, cuando la causa de la designación está en la incapacitación o inhabilitación de su titular, el curador debe, además y por imperativo legal, proveer a la recuperación del sujeto involucrado (conf. art. 481 del Código Civil; Giavarino, Magdalena B., "El discernimiento de la curatela. La idoneidad del curador", LL, 2008-E, 486; entre otros).

Así, la función asignada por la ley al curador no se limita a la mera asistencia material, sino también a aquella de carácter moral y prioritariamente destinada a procurar la recuperación del curado en su totalidad o, cuanto menos, a propender un mejoramiento de sus posibilidades, evolución que requiere indiscutiblemente de la dedicación y el afecto de quien ejerce la curatela (cfr. Cámara en lo Civil y Comercial, San Nicolás, Sala I, causa N° 7487 RSI-521-9, del 22/12/09; entre otros).

Y es justamente merced a esta doble función propia del rol del curador de incapaces y, en lo pertinente y por analogía, del inhabilitado la que denota la necesidad de que su determinación tienda a compatibilizar adecuadamente el objetivo de velar por la persona del insano o del inhabilitado en tanto entidad física, psíquica y espiritual, con el resguardo de sus derechos y de sus bienes, que la normativa vigente instaura un orden de preferencia para su designación, jerarquizando a aquellos que poseen un vínculo familiar con el causante por presumir que serán éstos quienes cuidarán con mayor esfuerzo de su persona y sus bienes (cfr. arts. 476, 477, 478 y cc. del Cód. Civil), si bien es cierto que el magistrado puede apartarse de estos principios cuando concurran motivos serios y fundados (conf. Cámara en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, 02/08/2012, LLBA 2012 (octubre), 1015).

Es por ello que se ha decidido que es procedente confirmar la resolución que designó a la curadora oficial del insano, como su curadora definitiva, pues el juez puede apartarse de lo establecido en los arts. 476 a 478 del Código Civil cuando haya imposibilidad justificada de designar a las personas allí enumeradas, siendo que mal se puede designar curador a personas que ni siquiera han comparecido al proceso, se han negado a ver al causante o no se encuentran en buen estado de salud, porque todos ellos manifestaron el total desinterés en la persona de éste (cfr. Cámara en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 08/07/08, AR/JUR/5152/2008).

Conforme con lo expuesto, soy de la opinión que se deberá designar como curador al Oficial cuando haya imposibilidad justificada de designar a aquellas personas que la ley expresamente prevé. Es que, en todos los casos, es el interés del incapaz el que se encuentra en primer orden de atención y, por lo tanto, los jueces pueden apartarse del orden establecido cuando las particularidades del caso aconsejen adoptar tal temperamento (cfr. CORDOBA, M.M., “Código Civil Comentado. Doctrina. Jurisprudencia.

Bibliografía", "Derecho de Familia", T. II-B, Doctrina, pág. 539, Directores: Francisco A.M.Ferrer, Graciela Medina y María J. Méndez Costa).

La discrecionalidad judicial encuentra aquí un campo propicio para encauzar los conflictos que se suscitan a raíz del ejercicio de una función tan personal como es la del curador de un insano. No hay que olvidar en este punto, además, que las circunstancias personales de quien ha de ser elegido debe merecer la total confianza del tribunal, si se piensa que -en alguna medida- el curador opera como "brazo ejecutor" de la tutela jurisdiccional. En este encuadre es que una interpretación finalista de las previsiones normativas, debe llevarnos a considerarlas con cierta flexibilidad. Siempre como guía, nunca como obstáculos (conf. GIAVARINO, M.B., op. cit.).

En base a lo hasta aquí expuesto, no hay debate en autos con respecto a que la causante ha sido prácticamente abandonada por sus familiares más cercanos y únicos conocidos, que no han asistido a los llamados realizados por el tribunal y que, inclusive, existen intereses contrapuestos con alguno de ellos. Por otra parte, la propia Asesoría de Familia ha expresado en su último dictamen (fs. 216/218) que no hay familiares idóneos para desempeñar el cargo de curador definitivo de la causante. A ello se suma que se trata de una persona que carece de bienes y que está en un total estado de vulnerabilidad, lo cual tampoco está discutido en autos.

De allí que resulta claro que la designación debe recaer en una persona que esté fuera del entorno familiar contemplado por la ley para su designación, para lo que el juez del proceso se encuentra ampliamente facultado.

Frente a este panorama, en el que debe siempre protegerse al superior interés de la causante, advierto que la pretensión de la Asesoría de Familia en cuanto a que debe designarse como curador definitivo a un abogado de la matrícula, no puede ser fundada en ninguna normativa vigente aplicable al caso. En efecto, ni la Ley de Colegiación Pública de la Provincia N° 4558

ni el Reglamento del Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio Público de Abogados de Puerto Madryn, han previsto el desempeño de un abogado de la matrícula como "curador definitivo" de un incapaz sin percibir remuneración por esa tarea.

Tampoco, como quedara dicho, corresponde esa función a la "Defensoría de los Derechos de las Adultas y los Adultos Mayores" (Ley V N° 117), conforme la pretensión de la recurrente.

Si al cuadro descrito le sumamos que, conforme la queja, la Sra. Defensora Oficial no debe ser designada curadora definitiva porque ello lo impide el art. 3, inc. 5 de la Ley V N° 139, llegamos a la insólita conclusión de que la Sra. I., declarada incapaz, que carece de bienes, que ha sido abandonada por su familia y que presenta un cuadro de absoluta vulnerabilidad, se queda sin un curador definitivo ya que no hay persona habilitada para ser designada y -fundamentalmente- porque el Art. 3, inc. 5 de la Ley V N° 139 dice que los abogados del Ministerio *"…No son designados por los Jueces como curadores definitivos…"*. Es decir, quedaría abandona a la buena de Dios, lo que configuraría una situación intolerable.

No tengo dudas que es el Estado quien debe acudir en su asistencia a través de sus organismos.

La discapacidad, entendida como una situación especial que requiere de una protección especial ha exigido la responsabilidad de los integrantes de la sociedad; en primer término la familia, y en su defecto o complementándola, el Estado.

La personalidad jurídica del Estado implica una unidad de poder. Este poder único se manifiesta a través de las múltiples funciones que el Estado lleva a cabo. La Constitución, como norma fundamental, configura, ordena y limita el poder del Estado; también establece el ámbito de libertades y derechos fundamentales del ciudadano que deben ser respetados.

Asimismo, el texto constitucional indica cuáles son los objetivos y principios que el poder público pretende alcanzar en beneficio de la comunidad.

La Constitución provincial, en su art. 30, primera parte, señala que "La familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo la protección integral de las personas discapacitadas. Dicha protección abarca la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social y laboral y la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto a sus deberes de solidaridad evitando toda discriminación".

El texto constitucional no decide si la tutela ha de inspirarse en un principio de familia o de autoridad, ni el grado de intervención de cada una de estas entidades, pero sí que tienen a su cargo la protección integral de la persona discapacitada.

La tutela ejercida directamente por el poder público apareció como una proyección del principio cristiano de caridad, para después convertirse en compromiso de la sociedad a la que responde el poder público. Cuando la Iglesia pierde la fuerza y la posibilidad de prestar servicios de beneficencia, por ella misma, éstos son reconocidos como una obligación estatal.

La intervención del Estado en las funciones asistenciales, entre ellas, rompió el esquema anterior del Estado abstencionista. Desde mediados del siglo XIX, ha sido nota característica de la administración pública el incremento en la prestación de los servicios asistenciales. La función tuitiva que ejerce actualmente el Estado presenta características propias radicalmente diferentes de todas las demás que contempla y regula el Derecho privado, y ello, porque existen situaciones en la vida práctica totalmente diferentes a lo establecido por la legislación civil que no pueden quedar al margen del Derecho. Estas se resuelven a través de la tutela de Estado (cfr. Brenna

Sesma, Ingrid, “Intervención del Estado en la tutela de menores”, UNAM, México, p. 65).

Frente al vacío legal existente en el orden local en casos como el de autos, nadie sino la Defensoría Pública, Civil y de Familia, se encuentra en mejores condiciones de idoneidad y probidad para ejercer la función que se demanda. El concepto de idoneidad implica la apreciación de las mejores condiciones y aptitudes para el desempeño adecuado y apropiado del cargo. El de probidad, implica la idea de rectitud de ánimo e integridad en el obrar.

No puedo soslayar tampoco que la misma ley confiere competencia residual a ese órgano (art. 3, inc. 6) al señalar que “Los Abogados del Ministerio intervienen en todo asunto judicial o extrajudicial cuando las personas interesadas acreditan reunir las condiciones para acceder al servicio. No intervienen, cuando se trata de alguna cuestión que es atendida en forma especial por otro sistema jurídico gratuito, o en los casos en los que el personal comprendido en la Ley XIX - Nº 8, opta por la Defensa Técnica de la Asesoría Legal de Policía”.

La ley V n° 139 (t.o. ley V, N° 90) preceptúa : a) que el Ministerio de la Defensa Pública tiene como misión la defensa y protección de los derechos humanos y garantiza el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad; b) que la Defensoría cuenta con abogados, pasantes o contratados, que cubren los requerimientos del servicio y que todos se encuentran habilitados para intervenir en todas las etapas de los procesos judiciales de cualquier fuero, materia e instancia con excepción de las del art. 24 (debate por causa criminal ante Tribunal Colegiado); c) que sus abogados intervienen en todo asunto judicial o extrajudicial cuando las personas interesadas acreditan reunir las condiciones para acceder al servicio, no interviniendo cuando se trata de una cuestión atendida en forma especial por otro sistema jurídico gratuito; d) que el Ministerio

propende a la salvaguarda de los derechos humanos en el ámbito de su competencia, especialmente respecto de las personas en situación de vulnerabilidad; e) que el Ministerio asesora, representa y defiende gratuitamente a las personas físicas que carecen de recursos suficientes para el acceso a la jurisdicción, propendiendo así a la tutela judicial efectiva de sus derechos en condiciones de igualdad; f) que el Ministerio interviene como parte legítima y esencial en todo juicio o causa que interese a niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental; g) que los abogados y funcionarios letrados de la Defensa Pública están habilitados para intervenir en todas las etapas del proceso y h) que los abogados del Ministerio actúan en calidad de apoderados o patrocinantes de las personas que acreditan no contar con medios económicos suficientes como para ser asistidos por un letrado de confianza o encontrarse en otra situación de vulnerabilidad (cfr. arts. 1, 3 inc. 6, 9, 24, 49 y cc).

Entiendo que la cuestionada norma declarada "inconstitucional" por la sentencia dictada por la Sra. Jueza *a quo*, contraría, en primer lugar, los principios básicos y elementales que integran su propio cuerpo normativo a los cuales me referí.

Pero, además, está en clara contraposición con normas de la Constitución Nacional, de la Constitución Provincial y de Tratados Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22). Es evidente que la aludida prohibición legal choca con las normas de la "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad" (Ley 25.280) cuya finalidad es prevenir y eliminar la discriminación de personas con discapacidad, procurando integrarlas a la sociedad.

Y se enfrenta también con las normas que contiene la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (Ley 26.378), que protege y asegura el goce de los derechos fundamentales de las personas

discapacitadas, promoviendo el respeto de su dignidad. Expresamente se ha previsto en esta normativa que deben adoptarse las medidas necesarias para que las personas discapacitadas puedan acceder al pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

Es sabido que es obligatoria la aplicación de todas estas disposiciones internacionales por parte de nuestros tribunales, atento su carácter de normas constitucionales (art. 75, inc. 22, C.N.), por lo que no es necesario abundar en este aspecto.

Por lo tanto, si se tienen en cuenta las disposiciones que contienen los artículos 14 bis, 16, 19, 33, 75 inc. 22 , 23 y cc. de la Constitución Nacional, las que contienen los artículos 6, 7, 9, 10, 17, 18, 19, 21, 22, 25, 26, 29, 30, 74, 196 y cc. de la Constitución de la Provincia del Chubut; las contenidas en la "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad"; las de la "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad"; las de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (arts. 2, 5, 17, 18 y 30); las de la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (arts. 1, 2, 6, 7, 8, 10, 16, 25, 26, 28 y 29); las de la "Convención Americana de Derechos del Hombre" (arts. 3, 8, 11, 17, 19, 24, 25, 32 y cc.); las del "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (arts. 10, 11, 12 y 13) y las del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (arts. 14, 23, 24 y 26), tengo para mí que lo dispuesto por el art. 3, inc. 5 de la Ley V N° 139, en cuanto a que no serán designados los defensores oficiales como "curadores definitivos" choca contra el referido bloque normativo constitucional. Ello así, pues están aquí acreditadas las causas especiales que tornan imprescindible que la Sra. I. cuente con un curador definitivo fuera del ámbito familiar, no encontrándose resuelta la cuestión por la ley de fondo, por lo que la única forma de resolver el caso es mediante la

declaración de inconstitucionalidad de la precitada disposición que viola disposiciones de raigambre constitucional.

Lo expuesto, claro está, -tal como lo señala el Sr. Juez Fiordelisi en su voto precedente- lo es en cada caso concreto que se presente, debiendo evaluarse en todos los casos si se encuentran acreditadas las condiciones para que la designación del Sr. Defensor Oficial como Curador Definitivo sea procedente.

En atención a la fundamentación expuesta y compartiendo los que ha esgrimido el Sr. Juez preopinante sobre el particular, propongo al Acuerdo rechazar el agravio analizado, confirmando lo dispuesto por la sentencia recurrida.

6**.**

Con respecto a las costas de la Alzada, comparto lo propuesto en su voto precedente por el Dr. Fiordelisi en cuanto a que no corresponde imponerlas en virtud de no haber mediado controversia (conf. art. 69 CPCC).

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartida por mis colegas de esta Cámara la solución propuesta en mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 228/238 vta. en cuanto fuera materia de agravio.
2) NO IMPONER COSTAS EN LA ALZADA, atento no haber mediado controversia (arg. art. 69 CPCC).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por mi colega de Cámara Dr. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de Villafañe no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 228/238 vta. en cuanto fuera materia de agravio.

2) NO IMPONER COSTAS EN LA ALZADA, atento no haber mediado controversia (arg. art. 69 CPCC).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDF. CONSTE.