Comodoro Rivadavia, de marzo de 2013.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M. J. L. s/ INCAPACIDAD", Expte. Nro. 671/2012,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2 (Expte. Nro. 441/2010), por haber interpuesto a fs. 165, la Defensora Pública, por propio derecho, recurso de apelación contra la resolución de fs. 153/156 que designa como curador definitivo del Sr. J. L. M. al Defensor Oficial en turno.

I- En su memorial de fs.180/190 vta., manifiesta que la sentencia agravia al cargo de Defensor Público (de pobres y ausentes) con la designación de Curador Definitivo. Sostiene que la designación contraviene la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), ley 26.657, Ley I N° 384 y el art. 68 de Ley V N° 139. Alega que en resguardo y respeto de las capacidades del señor M. corresponde se implemente los mecanismos necesarios para brindar un sistema de apoyo y salvaguardas contemplados en la ley 26.657. Señala que la figura del curador definitivo está desterrada en la nueva normativa. Cita la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y ley 25.280. Señala el cambio de sistema para abordar el derecho a la salud y protección de la discapacidad, que tienden a la inserción social de las personas con enfermedades mentales. Insiste que designar un curador definitivo significa mantener una barrera hacia la inclusión y reconocimiento social como persona. Enuncia las medidas y red de apoyo que se deberían ordenar y los funcionarios que podrían aplicar las mismas. Solicita se revoque el fallo respecto a la designación del defensor público como curador definitivo y se reemplace por el sistema de apoyos y

salvaguardias que insinúa. Hace reserva del caso federal.

II- De las constancias de autos surge que a fs. 11/12vta., la Asesora de Familia e Incapaces promovió el presente juicio de insanía de J. L. M.

A fs. 41 y vta. consta el dictamen de los médicos integrantes del Cuerpo Médico Forense, que informa que J. L. M. tiene un cuadro de deterioro mental crónico, con antecedentes de alcoholismo crónico y crisis de epilepsia, con alteraciones en la memoria de fijación y de la memoria global. Agregan que no reviste peligrosidad para sí o para terceros.

A fs. 83, se agrega el informe realizado por la Jefa del Departamento de Salud Mental del Hospital Regional, Dra. S. M. y la Dra. A. P. L., especialista en psiquiatría, señalan que M. se encuentra internado en la Sala de agudos del Servicio de Salud Mental de Hospital. Describen el cuadro de deterioro mental crónico que presenta el mismo que coincide con el del Cuerpo Médico Forense. Destacan que tiene un nivel bajo de autonomía, que requiere cuidado permanente de terceros para cubrir sus necesidades básicas, pero que no es necesario que permanezca en el servicio, aconsejan su externación en un lugar acorde con sus necesidades.

A fs. 84, la Sra. jueza de grado se constituye en el Hospital Regional y toma contacto personal con el insano y con los profesionales a cargo del servicio de salud del área. En dicha acta se deja constancia que el paciente es tranquilo, que no genera disturbios, que no posee motivación , no habla ni mira televisión, que el acompañamiento familiar no es bueno y que fracasaron los intentos por integrarle al ámbito familiar.

A fs. 97, se libró oficio a la Secretaría de Salud de la Provincia a fin que se informara sobre

las medidas adoptadas con relación al insano y con su externación del Hospital Regional. A fs. 99, se contesta el mismo.

A fs. 104, 105 y 107, constan nuevos informes del departamento de salud mental del Hospital, quienes insisten en la externación del paciente para ser derivado a un lugar donde reciba cuidados acordes a su patología (geriátrico). Estos informes se repiten a fs. 111, y a fs. 112 la Secretaría de Salud de la Provincia informa que se solicitó al servicio de salud mental de área local realizar las gestiones necesarias para trasladar al paciente a una institución con modalidad geriátrica.

A fs. 115, se agrega el informe del ETI con la entrevista realizada al grupo familiar.

A fs. 131 se actualiza el informe médico realizado por el Cuerpo Médico Forense, con iguales conclusiones sobre la evolución del señor M.

A fs. 142 y 143, se informa desde el Hospital Regional las gestiones realizadas a fin de trasladar al paciente a un centro de cuidados acorde con su patología.

A fs. 149/151 contesta vista la Asesora de Familia e Incapaces y enuncia las medidas que corresponderían adoptar para el mejor abordaje de la problemática del insano.

A fs. 153/156, se dicta la sentencia en crisis.

III- En el particular se decretó la incapacidad de J. L. M., para dirigir por si mismo su persona y administrar sus bienes (art. 141 CC) por el término de tres años, se designó curador definitivo al Sr Defensor Público en turno y se dispuso la inmediata externación del insano y su ingreso a una institución geriátrica adecuada a cargo del Estado Provincial o en su caso O. o cualquier otra operadora en la cual el

interesado se encuentre afiliado.

La curatela consiste en el derecho de gobernar la persona y bienes de los incapaces mayores de edad (Belluscio, Manual de derecho de familia, t. II, p. 389). Siendo objeto principal del instituto, la protección del incapaz y el logro de su recuperación, procurando que el representado supere la causa que generó su incapacidad.

Atento ello, la designación del curador debe recaer en quien se encuentra en mejores condiciones para llevar a cabo los actos necesarios para atender a la curación del enfermo o a su mejor estado, por lo que corresponde se realice previamente el examen de idoneidad, sobre los parientes de los incapaces llamados por ley a desempeñar el cargo o la persona que resulte más idónea, resultando de autos que los familiares directos del señor M.- su hermano- no son idóneos para ello por lo que se ordena su apartamiento.

Recordemos que el señor M. se encuentra en el Hospital Regional en el área de Salud Mental desde el año 2010, que la inserción dentro de su familia fracasó ante la falta de recursos humanos y económicos y la patología que padece el insano, que las visitas de sus familiares es cada vez menos frecuente, que se ha recurrido a la Secretaría de Salud de la Provincia y organismos pertinentes sin que hasta el momento se haya concretado su traslado a un centro geriátrico acorde a las necesidades del interesado (ver informe de fs. 115).

En la designación del curador definitivo el fin que el juez debe seguir es la seguridad del insano dado que el proceso se instruye en su garantía, a fin de proporcionarle la protección jurídica necesaria. 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 art. 76 de la Ley III N° 21 ha sido derogado por el art. 68 de la Ley V N° 139, es decir, se excluye a la figura del Defensor Público como curador definitivo de los incapaces mayores de edad.

Ahora bien, de las circunstancias particulares y especiales del caso surge la situación de vulnerabilidad en que se encuentra inmerso el señor M., paciente de 62 años, sin recursos económicos, con una patología crónica que le impide comunicarse con otras personas y el mundo exterior, que necesita del auxilio de terceros para realizar sus tareas incluso las cotidianas, que no maneja dinero, con escaso acompañamiento familiar. Sin familiares que se consideren idóneos para desempeñarse como curadores definitivos, y sin nadie que le represente para ejercer sus derechos.

Nuestra Constitución Provincial, determina en su art. 196 que el Ministerio de la Defensa Pública defiende los intereses de los pobres, ausentes, menores, incapaces, presos y condenados. Esta manda constitucional prevalece sobre cualquier legislación de menor jerarquía.

La Ley Orgánica de la Defensa Pública establece el deber de defender los intereses de las personas en situación de vulnerabilidad. En el presente, no se puede desconocer que las condiciones en que se encuentra M., evidencian su estado de desamparo e indefensión. Como la adicción crónica y su debilidad mental han disminuido su capacidad de comprender y de trasmitir su voluntad, siendo necesaria su representación por otro.

El curador no solo tiene como función tutelar los bienes del insano sino que debe procurar la recuperación e integración social del sujeto

involucrado y tratar de optimizar sus condiciones de vida. De las constancias de autos, reiteramos, no surge que el grupo familiar sea idóneo para cumplir con la función de curador, la figura del Defensor Público surge como la más adecuada, por su condición de abogado y por su especialidad que lo posicionan mejor al momento de peticionar a favor de los intereses de la persona, teniendo en cuenta que el insano carece de recursos que le habiliten contratar un abogado de la matrícula.

Esto no significa que la familia y demás organismos provinciales, municipales y nacionales de la salud se desvinculen de la responsabilidad que les cabe, dado que deberán colaborar con el mejoramiento en las condiciones de vida de J. L. M.

Con relación a los demás agravios, no surge el incumplimiento de tratados y convenciones internacionales que aduce la recurrente, sobretodo teniendo en cuenta las medidas y diligencias ordenadas por la magistrada a fin de procurar una mejor asistencia del interesado.

Debe analizarse cada caso en particular, donde se debe priorizar el interés del insano. Es dable destacar, la prevalencia del interés superior del insano, en el caso de autos, priorizándose su situación personal frente a un entorno familiar que se ha desentendido del mismo, limitados por su propia realidad. 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).

En este sentido 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).

El avance de la legislación, la realidad y los cambios que se operan en las relacione sociales y familiares, requieren de los operadores , entre ellos, el juez, un rol 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 pues deben al caso concreto, buscando un equilibrio, para tornar operativos y eficaces los derechos y garantías de los individuos.(Ver C.Ap. Pto

Madryn. S.D. n° 2/2013).

Reiteramos, estamos ante una persona de 62 años de edad, que padece demencia por debilidad mental, adicción crónica al alcohol, desde hace mucho tiempo sin que se pueda precisar con exactitud el punto de partida, con pronóstico desfavorable, deteriorante y crónico, que requiere permanentes cuidados higiénicos y de alimentación, presentando un cuadro de absoluto grado de indefensión y vulnerabilidad.

Se ha acreditado también durante el proceso que no posee bienes y que los miembros de su familia no revisten la aptitud necesaria para asumir la función de curador definitivo del mismo.

Es de una total evidencia que, si nos ajustamos a la pretensión de la Sra. Defensora Oficial, el insano quedaría sin protección alguna, lo cual es inadmisible.

Por ello, teniendo en cuenta que en el caso, se encuentran acreditadas las circunstancias particulares que hacen a la necesidad de que el Sr. J. L. M. 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, y atento a que dicha cuestión no se encuentra resuelta en la ley de fondo, entendemos que la única solución para poder atender las necesidades del incapaz es mantener la solución dada por el juez de grado.

En consecuencia, se resuelve rechazar el recurso interpuesto por la Defensora Pública, por propio derecho a fs. 165 y, confirmar la resolución de fs. 153/156 en cuanto fuera materia de recurso.

Habiéndose elevado la presente y por aplicación del principio de concentración y celeridad procesal, en virtud del artículo 256 del CPr. y la conformidad prestada por la Sra. Asesora Civil de

Familia e Incapaces de fs. 149/151, no habiendo nada que observar acerca del procedimiento por el que se declara incapaz a J. L. M., corresponde confirmar la declaración de insanía de conformidad con lo normado por el artículo 141 del CC.

Las costas, en atención al modo en que se resuelve, encontrándose motivo para apartarse del principio objetivo de la derrota por ser una cuestión de familia no patrimonial (Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", p. 450/451, Ed. Astrea, Bs. As. , 1998), son impuestas por el orden causado.-

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E :

1°) Rechazar el recurso interpuesto por la Defensa Pública, por propio derecho, de fs. 165 y confirmar el punto 3) de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 153/156.

2°) Confirmar la declaración de incapacidad del señor J. L. M. dictada por la sentencia de fs. 153/156.

3°) Costas de la Alzada por el orden causado.

4°) Téngase presente la reserva del caso federal formulada.

5°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS