En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de abril del año 2014, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"ACF S/ INHABILITACIÓN DE (M. M.) (Expte. N° 271/2013)** venidos del Juzgado de familia Nº 1 (Expte. Nº 959/07) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada?, **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 267.

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

1 – Antecedentes

Se han radicado las presentes actuaciones por ante esta Alzada en virtud del recurso de apelación que ha interpuesto a fs. 243 la Sra. Defensora Pública Civil contra la sentencia dictada en la instancia de origen a fs. 234/240 vta., el cual le ha sido concedido (fs. 244). Ha expresado sus agravios la recurrente (fs. 258/263 vta.), sin que el traslado de los mismos haya sido contestado en tiempo y forma.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida resolvió lo siguiente: 1°) modificar los alcances de la sentencia que fuera dictada en el año 2009 (N° 222) respecto de M. D. C. M. M., declarando su incapacidad parcial, quien queda interdicta para realizar actos jurídicos de disposición y/o administración de sus bienes, conforme a lo previsto por el art. 141 del C.C., para realizar actos que importen cambiar

su estado civil, reconocer hijos u obligaciones alimentarias; ocupar cargos electivos, públicos o privados en los que intervenga de administrador o director; para intervenir en juicio y para el ejercicio de sus derechos electorales activos, en elecciones generales como así en entidades asociativas sin fines de lucro; declarando especialmente que requiere apoyo y asistencia para realizar aquellos actos en que la nombrada reciba explicaciones o integre su consentimiento -sobre todo los relacionados con su salud-; requiriendo de supervisión para todas las actividades instrumentales de la vida diaria, pudiendo solo realizar aquellas actividades relacionadas con su aseo, higiene y vestimenta; pudiendo manejar pequeñas cantidades de dinero para gastos diarios habituales en base a un asesoramiento externo en su inversión, pudiendo manejarse sola por la ciudad bajo condiciones supervisadas, todo ello, por el término de tres años, esto es hasta el día 13 de septiembre del año 2016, en los términos de la CDPCD, y arts. 141, 152 ter. y concordantes del C.C., oportunidad en la que corresponderá la revisión de la decisión, o instar en su caso, los legitimados a ello, el procedimiento del artículo 643 CPCC, si correspondiere; 2°) disponer la continuidad de la intervención de la Dra. María Rosa Corradini como su Curadora Definitiva y Tutora de tratamiento, en tanto no se modifiquen las circunstancias tenidas en cuenta para su designación quien deberá comparecer ante el Juzgado y Secretaría actuante para el discernimiento del cargo; 3°) librar oficio con copia de la resolución, cumpliendo con los recaudos del art. 141 CPCC, a la Secretaría de Salud de la Provincia del Chubut, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley de Salud Mental, a fin de ponerla en conocimiento del dictado de la misma; 4°) ordenar su inscripción en el Registro de Juicios Universales y mediante exhorto diplomático en el Registro Civil de Recife -Pernambuco- República Federativa de Brasil; 5°) hacer saber a la curadora y tutora de tratamiento que en el plazo de tres años deberá ocurrir con la interesada al

juzgado actuante a los efectos de proceder nuevamente al estudio de la causa y analizar si corresponde modificar la presente; 6º) reguló los honorarios de los profesionales intervinientes y 7º) ordenó remitir en consulta a la Cámara de Apelaciones de esta circunscripción judicial.

Para arribar a su decisión final, la Sra. Magistrada a quo tuvo en cuenta el dictamen que presentaran los integrantes de la Junta Médica; el que emitiera a la Lic. Griselda Roldan, profesional del Equipo Técnico del fuero y el presentado por la Lic. Elsa Sánchez, profesional integrante del Cuerpo Médico Forense del Tribunal. Sobre estas bases concluyó que en el caso de autos se encuentran reunidos los extremos para el dictado de la sentencia que declare la incapacidad parcial de la causante, manteniendo la designación de la Dra. María Rosa Corradini como su Curadora Definitiva así como Tutora de Tratamiento, dejando sentado que la Sra. D. C. carece de familiares en el país para desempeñar el cargo de curador, por lo que dispuso la continuidad de la mencionada profesional como Curadora Definitiva y Tutora de Tratamiento de la misma.

3 – <u>Los agravios de la Defensora Pública Civil</u>

Se agravia la Sra. Defensora Pública por considerar contraria a derecho la sentencia en crisis en cuanto la ha designado Curadora Definitiva y Tutora de Tratamiento, siendo que el art. 3, inc. 5° de la Ley V N° 39 dispone que los abogados del Ministerio "*…No son designados por los Jueces como curadores definitivos…*". Afirma que la entrada en vigencia de la nueva ley de ese Ministerio veda expresamente la designación de los funcionarios y Magistrados del mismo como Curadores Definitivos; que la designación afecta la política institucional de la Defensa Pública y le impone el cumplimiento de una función contraria a la Ley Orgánica de su Ministerio; que la función del curador definitivo no hace a la función del defensor público quienes poseen una misión más acotada en el proceso, limitada en

el tiempo y circunscripta a la cuestión litigiosa, mientras que la de los Curadores se prolonga mucho más allá; que conforme las funciones que le son atribuidas legalmente a los Defensores Públicos es dable sostener que, la acumulación con las funciones de un Curador Definitivo, resultará en definitiva un perjuicio para su representada; que el pronunciamiento de primera instancia participa de la tendencia del viejo paradigma tutelar del "loco", objeto de protección y no sujeto de derechos como enfatiza la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que los Defensores no pueden ejercer acabadamente la función que se le ha impuesto sobre todo en casos como el presente en que la presencia del Curador en la vida del interdicto deberá ser constante.

Hace mención luego de la Ley V N° 117 de Creación en el ámbito del Poder Legislativo de la *Defensoría de los Derechos de las Personas Adultas y los Adultos Mayores* y entiende que hasta tanto no se organice de otra manera la curaduría oficial de alineados en la Provincia, es este funcionario quien se encuentra en mejores condiciones para ejercer la función que se le ha asignado por la sentencia recurrida.

Finaliza haciendo el planteo del Caso Federal.

4 – Tratamiento de los agravios

Para un mejor ordenamiento de las cuestiones sometidas a esta Alzada por la recurrente, he de comenzar tratando un agravio expuesto en la última parte de los fundamentos recursivos, para luego analizar el resto.

4.1) Designación como Curador Definitivo al Defensor de los Derechos de las Adultas y los Adultos Mayores (Ley V N° 117)

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.

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.

4.2) <u>La designación del Curador Definitivo</u>

4.2.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 de las situaciones consideradas, con las normas procedimentales 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).

4.2.b) Al votar como integrante de este Cuerpo en los autos caratulados *"A.F.I. s/ Incapacidad de A.A. I."* (Sent. 28/02/2013, Reg. N° 02/13), en el que se

plantearon cuestiones similares a las que aquí deben resolverse, expresé que 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, pág. 1201; ALSINA, "Derecho Procesal – Juicios Especiales", T. IV, pág. 446 y sigs.; CNCiv., Sala C, 18/09/81, en autos "T.C.A.").

4.2.c) Del mismo modo que ocurría in re *"I."*, 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.

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 inexistente. 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).

4.2.d) Lo hasta aquí desarrollado y siguiendo con lo expuesto al votar in re *"I."*, 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 relaciones 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 50 años de edad, que padece demencia en esquizofrenia residual y Sida, con pronóstico omnioso,

progresivamente deteriorante, con un presunto cuadro de parálisis general progresiva, que debe continuar internada ad-vitam por el grado de indefensión que padece lo que la transforma en peligrosa para sí y los terceros por la pérdida de valores preventivos, imprevisibilidad de los actos y su falta de conciencia y promiscuidad que la hacen transmisora del HIV, que necesita acompañamiento y orientación, que no puede autosustentarse y menos aun afrontar otras obligaciones alimentarias, que debe estar siempre acompañada, contenida institucionalmente y supervisada diariamente, que en caso de estar sola tenderá a reincidir, que no puede prestar su consentimiento informado para el suministro de medicación, dada su patología crónica, irreversible, sin conciencia de enfermedad, en la que no puede cuidar de sí misma, necesitando del cuidado permanente de parte de terceros (conf. fs. 176, 182, 196, 200/202, 220, 227).

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 e Incapaces ha emitido su dictamen en autos (fs. 208/210 vta.) en el cual considera procedente que la Sra. Defensora Pública, ya designada Curadora Definitiva, cumpla también con la función de Tutor en Tratamiento.

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

4.2.e) 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.

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, 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 de 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 a la pretensión de la Sra. Defensora Oficial, la causante de autos quedaría sin protección alguna. Y ello es inadmisible.

4.2.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 no solo conculca el art. 196 de la Constitución Provincial sino que 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. M. M. cuente con una curatela que no puede ser ejercida por ningún familiar, 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, 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*" (conf. lo resuelto por esta Alzada in re *"I."*, cit.).

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).

4.2.g) En virtud de lo precedentemente propuesto al Acuerdo, considero necesario dejar sentado que ante la existencia de una causa judicial la CSJN no siempre ha exigido la expresa petición de parte para ejercer el control de constitucionalidad. En su primera época constitucional, dicho cuerpo confirmó una sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma (in re "Vicente Casares e Hijos c/ Sívori y Schiaffino", 17/12/1872, Fallos: 11-257). Hasta el año 1940, la Corte Suprema no se expide sobre la exigencia del expreso pedido de parte para ejercer el mencionado control. En el caso "Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina", del 30/06/1941 (Fallos: 190-142 – La Ley 23-251), la Corte reclamó la exigencia del pedido de parte para ejercer el control de constitucionalidad, afirmando que no es posible declarar la inconstitucionalidad de las leyes, fundándose en que una posición contraria vulnera el principio de división de los poderes, la defensa en juicio y la presunción de legitimidad de las normas. Esta jurisprudencia se mantuvo invariable -con disidencias notables- hasta la causa "Mill de Pereyra".

La jurisprudencia restrictiva del control de constitucionalidad de la CSJN cambió en la sentencia del día 27/09/2001 en la referida causa "Mill de Pereyra, R.A. y Otros c/ Pcia. de Corrientes" (La Ley 2001-F, 891), donde admite expresamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes por los jueces.

En este caso la Corte Suprema pone de resalto tres exigencias para declarar la inconstitucionalidad de las normas por los jueces: a) que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en

situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247-121 y sus citas, La Ley 100-47); b) que la declaración de inconstitucionalidad debe ejercerse en un "caso" concreto, porque no se admiten las declaraciones en abstracto y ella sólo procederá ante la estricta necesidad de remover un obstáculo para el progreso de una pretensión o, en su caso, defensa y c) que las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos inter partes y no tienen efectos generales -erga omnes-(Consid. 10).

Surge claro de esta última decisión de la Corte, que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes por los jueces, de ningún modo puede suponer un acto de ligereza por parte de éstos, en la cual los magistrados vengan a cumplir funciones legisferantes, dejando de lado normas que las reputen inválidas, cuando para ello deban sustituir los criterios de oportunidad, mérito o conveniencia de quienes son sus órganos competentes, porque ello es inadmisible (Fallos: 302:457, La Ley 1980-C, 506; 303:1029; 308:224; entre otros). Los jueces no pueden sustituir las políticas de estado, aunque sí pueden declararlas inválidas cuando en forma irrazonable violen o alteren derechos fundamentales (art. 28 C.N.), acreditados que fueren en un caso concreto. Tampoco pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando ella sea conciliable -compatible- con la Constitución Nacional, según doctrina reiterada de la Corte Suprema (Fallos: 14:425; 112:63) quien señala que una objeción constitucional sólo resulta admisible cuando es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de una interpretación concordante con la Constitución (Fallos: 200:180; 242:73, La Ley 93-358, entre otros) (conf. GOMEZ, C.D., *"Control de constitucionalidad de oficio en la CSJN"*, La Ley 2003-A-230).

Queda en claro que no se permite a los jueces una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, o sea, sin una causa judicial, dado que a sí lo exige nuestra C.N. como forma de preservar la división de los poderes (arts. 1, 116), debiendo ser declarada en una causa concreta, lo que a su vez exige que la lesión constitucional sea "actual", esto significa que no debe tratarse de una controversia aun no planteada (prematura o falta de madurez), o bien ya concluida, lo que deriva en una declaración abstracta.

En este caso, nos encontramos en el marco de un proceso judicial y no en forma abstracta y se dan -según hemos visto- todas las condiciones para la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

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.).

5 – <u>Conclusión</u>

En conclusión, atento a los principios legales expuestos y conforme a las circunstancias fácticas obrantes en el sub lite, corresponde -en este supuesto particular- rechazar los agravios en tratamiento, confirmar lo resuelto por la sentencia dictada en la instancia anterior en cuanto a que debe continuar interviniendo la Defensora Pública, Dra. María Rosa Corradini, en calidad de Curadora Definitiva y Tutora de Tratamiento de la Sra. M. D. C. M., 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 declarar la 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 aquí propuesta y tal como esta Cámara lo resolviera in re *"I."*, deberá evaluarse en cada caso en concreto, valorando en cada supuesto la acreditación de las necesidades particulares como las probadas en autos (discapacidad, inexistencia de núcleo familiar, inexistencia de bienes, etc.).

Advirtiendo que en la parte dispositiva de la sentencia dictada en la anterior instancia se designa a la causante como M. D. C. M. M. (fs. 239 vta.), es necesario dejar sentado que el nombre y apellido correcto de la misma es ***M. D. C. M.***conf. fs. 3, 4, 12 del Expte. N° 959/2007 y fs. 2, 3 y 4 Expte. N° 032/2004), procediéndose a su corrección a los efectos de evitar inconvenientes en el procedimiento de inscripción de la sentencia dictada en autos.

6 – <u>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 CUESTIÓN</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la

apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

Se agravia la apelante por considerar que debió aplicarse 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 se encuentra en mejores condiciones para ejercer la función de curador definitivo de la causante.

En primer lugar, es dable señalar, que esta cuestión no fue planteada en la Instancia anterior, razón que evidentemente conllevó a que el decisorio no lo analizara.

No obstante ello, comparto lo expuesto por el Sr. Juez Fiordelisi en su voto precedente.

La quejosa 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".

Como ya ha señalado el Dr. Fiordelisi, surge del art. 2) de la mencionada normativa 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 al no tener base en esta ciudad dificultaría en gran medida el debido ejercicio de las funciones de curador y tutor de tratamiento.

Sin perjuicio de ello, la referida Defensoría fue creada con el fin de 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). De esta manera se excluye a las personas que son menores de 60 años, como la causante.

Por otro lado, las funciones asignadas en la norma propuesta a la Defensoría (art. 10) y que fueran claramente descriptas por el Sr. Camarista preopinante, se orientan a la defensa de otros intereses protegidos, distintos a los de los incapaces.

En atención a lo expuesto considero improcedente 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. M., por lo que el agravio debe ser rechazado.

3.

Se agravia también la apelante, en que la resolución dictada por la Sra. Jueza *a quo* es contraria a derecho, toda vez que el inciso 5 del artículo 3 de la Ley V Nº 139, promulgada por Decreto Nº 854/12 dispone que no son designados por los Jueces como curadores definitivos los Abogados del Ministerio Público.

La designación de la persona del curador corresponde al Juez, salvo los casos en que la ley establece quién ha de desempeñar esas funciones. Y si ninguno de los pretendientes está incluido en la enumeración de los arts. 476 a 478 del Cód. Civil, se designará curador al que por su buena reputación fuese idóneo para ejercerla quedando esta clasificación al arbitrio del juez, quien siempre debe preferir a la persona más idónea (conf.

C5º Civ. y Com. Córdoba, 28/12/92, Rep. LL, t. III, p. 469, sum2, LLC, t. 1993 p. 455).

Queda en claro, 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.

La designación del curador en el proceso de insania debe recaer en quien se encuentre en mejores condiciones para llevar a cabo los actos necesarios para atender a la curación del enfermo o a su mejor estado. Por ello, el Juez no está obligado a designar a las personas que se refiere el Código Civil sino que puede apartarse de esas directivas cuando las particularidades del caso aconsejen adoptar otro temperamento. (Conf. CNCIV, Sala M "D. A.L s/ Insana) 20-IV-98).

Cabe resaltar que los Sres. Jueces sólo acuden a la figura del Defensor Público como curador definitivo en los casos donde no hay ninguna persona legitimada o allegada al incapaz que pueda asumir dicha función, como ocurre en el caso de autos.

Los Defensores Públicos son los funcionarios que se encuentran en mejores condiciones de asumir dicho cargo, y ello teniendo en cuenta que la ley que regula sus funciones le 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).

Nos encontramos frente a un vacío legal en el orden local en casos como el de autos. 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. Por ello considero que dada las particularidades del caso, en que la Sra. M., que fue declarada incapaz, que carece de bienes, que ha sido abandonada por su familia y que presenta un cuadro de absoluta vulnerabilidad, no puede quedarse sin un curador definitivo por no existir persona habilitada para ser designada.

De lo expuesto surge que es la Defensoría Pública Civil, quien se encuentra en mejores condiciones de idoneidad y probidad para ejercer la función que se demanda.

4.

En el mismo sentido que expuso el Sr. Camarista preopinante, comparto que el inciso 5 del art. 3 de la Ley V Nº 139, contraría, los principios básicos y elementales que integran su propio cuerpo normativo como así también que se encuentra 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.

Asimismo la mencionada normativa se contrapone 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.

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), considero 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.

Más aún si se tiene en cuenta que la Sra. D. C. M. no cuenta con persona alguna para que pueda ejercer la función de curador definitivo de su persona, por lo que, no encontrándose resuelta la cuestión por la ley de fondo, la única forma de resolver el caso es mediante la declaración de inconstitucionalidad de la precitada disposición que viola disposiciones de raigambre constitucional.

"La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no sólo es posible, sino obligatoria, pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (arts. 31 de la Constitución nacional; 3 de la Constitución de esta Provincia). Por cierto, eso no significa que los jueces reemplacen a los legisladores, lo que también sería inconstitucional, pues sería contrario a los principios republicanos (art. 1, en las dos Constituciones citadas)". (Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; "Zaniratto, Mabel Beatriz vs. Dirección General de Escuelas y Cultura de la

Provincia de Buenos Aires s. Enfermedad accidente"; 22-12-2004; Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós); RC J 13878/10).

"La función del juez que se enuncia en el adagio latino "iura novit curia", es suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal. Es consecuencia de ello, que los hechos del proceso deben ser invocados y probados por las partes, pero en lo atinente al derecho aplicable el juez debe fallar, conforme a lo que él considera y razona conducente a la decisión del proceso. Ello así, el control de constitucionalidad no depende de las partes, porque la supremacía de la Constitución es de orden público, pudiendo el magistrado formular de oficio declaración de inconstitucionalidad". (Superior Tribunal de Justicia, Corrientes; "Alfonso, Ramón Ricardo vs. Dirceu Quartiero, José y otra s. Laboral"; 13-11-2006; Rubinzal on line; RC J 490/07).

En atención a la fundamentación expuesta y compartiendo lo que ha esgrimido el Dr. Fiordelisi respecto a este tema, propongo al Acuerdo la declaración de inconstitucionalidad de oficio en el presente caso.

5.

Concluyo el tratamiento de la queja expidiéndome por la desestimación de los agravios y en consecuencia la sentencia de grado deberá confirmarse con la salvedad que, aun cuando no ha sido materia de agravios y por la implicancia que ello pudiera tener en las inscripciones que se ordenan en la parte dispositiva, deberá corregirse el nombre de la persona sobre quien se dispone la incapacidad parcial resultando el correcto M. D. C. M. (fs. 12) por no obrar otra constancia de identidad hábil en autos.

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) DECLARAR LA 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.

2) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 234/240 vta. en cuanto fuera materia de agravio, corrigiéndose el nombre y apellido de la causante, siendo el correcto: ***M. D. C. M*** .

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

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas 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 abril de 2014.

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) DECLARAR LA 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.

2) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 234/240 vta. en cuanto fuera materia de agravio, corrigiéndose el nombre y apellido de la causante, siendo el correcto: ***M. D. C. M.***.

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

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

Registrada bajo Nº /2014 SDF.