



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**UNIVERSIDAD NACIONAL
DE LA PLATA**

Seminario “Derechos Humanos y Acceso a la Justicia”

**Ejercicio de la maternidad en mujeres con discapacidad
¿Negación de un derecho o restricción razonable?**

Segundo cuatrimestre. Año 2022.

Director del trabajo de Seminario: Daniel Cieza.

Alumna: Caruso, María Florencia

Legajo: 136918/9

E-mail: florcaruso555@gmail.com

Fecha de entrega: 25 de febrero del 2023

Sumario

Existe una gran problemática alrededor de las mujeres con discapacidad en el ejercicio de su maternidad ¿A qué problemática me refiero? Es una práctica judicial extendida que a las mujeres con discapacidad (sea esta cognitiva o mental -específicas discapacidades a las que referiré-) se las suspenda en el ejercicio de su responsabilidad parental. La aplicación de este instituto es casi automática al verificarse la discapacidad, sin preguntarse si aquellas se hallarían realmente en condiciones, pese a su disminución, de ejercerla.

La problemática, sin embargo, no deviene en sí misma por aplicación del instituto en cuestión -que puede asimismo ser duramente cuestionado-, sino por las decisiones que con fundamento en este se adoptan: decretar a los niños en situación de abandono moral y material y, en consecuencia, en situación de adoptabilidad. Aquí radica la cuestión, el resultado: la separación de esas madres de sus hijos.

Palabras clave

Responsabilidad parental - Discapacidad – Sistema de apoyos – Ajustes razonables – Adopción

Objetivos

El objetivo del presente trabajo es permitir el acercamiento a la problemática aquí en análisis e invitar a la reflexión respecto de los interrogantes que se plantearán a continuación.

Interrogantes

Si bien son múltiples los interrogantes que se plantean en torno a esta problemática, se tratarán de abordar los principales:

¿Cuáles son los motivos que llevan a los operadores jurídicos a decidir por la suspensión de esas madres del ejercicio de su responsabilidad parental?

¿Es siempre y en todos los casos esa medida la más adecuada?

¿O existen otras medidas alternativas que eviten tan gravosas consecuencias?

ÍNDICE:

Resumen ejecutivo.....	pág. 4 a 5
1. Introducción	pág. 6 a 9
2. Planteamiento de la problemática.....	pág. 9 a 10
2.1. Marco teórico	
2.1.2. Responsabilidad parental.....	pág. 11
a) Titularidad de la responsabilidad parental.....	pág. 11 a 13
b) Ejercicio de la responsabilidad parental. Suspensión del ejercicio.....	pág. 13 a 15
2.3. Normativa internacional y local con incidencia directa en el tema	
a) Adopción. Su figura en el derecho internacional y local.....	pág. 15 a 18
b) Discapacidad. Normativa internacional como pauta rectora de la legislación loca	pág. 18 a 22
2.4. Normativa internacional de protección a las mujeres con Discapacidad	pág. 22 a 24
2.5. Especial situación de vulnerabilidad de la mujer con discapacidad.....	pág. 24 a 25
2.6. Conclusiones preliminares.....	pág. 25 a 27
2.7. I.J.M s/ Protección especial.....	pág. 27 a 31
2.8. Ajustes razonables.....	pág. 31 a 34
3. Conclusiones finales.....	pág. 35 a 36
4. Bibliografía.....	pág. 37 a 38

Resumen ejecutivo

En la conocida película “Mi nombre es Sam” se relata el caso de un padre que posee una discapacidad intelectual que ejerce unilateralmente su paternidad respecto de su hija, a la que brinda amorosa dedicación y cuidados, teniendo ambos un fuerte vínculo afectivo. En ella, se observa como la niña con el paso de los años adquiere un grado de madurez superior al de su padre, situación ante la cual la justicia decide su separación de aquél en el entendimiento de que este no podía brindarle ya los cuidados necesarios para su pleno desarrollo. Aun cuando el deseo de ambos era permanecer juntos. Esto, que parece una historia dolorosa o que cuanto menos, permite empatizar con el personaje principal del padre y de la niña, no es una realidad ajena a las prácticas actuales.

En este trabajo se abordarán precisamente este tipo de situaciones. Particularmente, los supuestos en que las mujeres que poseen una discapacidad y emprenden un proyecto familiar, son luego separadas de sus hijos por decisión de la justicia.

Lo que se pretende en este seminario es en consecuencia, realizar un análisis arduo de cuáles son los presupuestos fácticos y jurídicos que llevan a los operadores a decidir por la adopción de los mismos y por su consecuente separación del seno materno. Se propone indagar, además, si este tipo de decisiones se constituyen en las más idóneas en miras al desarrollo pleno e integral de los niños para el futuro, o si, por el contrario, pueden resultar en ocasiones arbitrarias. También se pretende responder al interrogante de qué dispositivos operan en la subjetividad de los judicantes para llegar a este resultado y si en ellos se constituye en factor condicionante el ideal de mujer o de madre imperante en el imaginario social de familia. Se planteará, asimismo, si existen otras posibilidades antes que decidir por esta separación de los niños de sus madres, o si ella es insalvable o inevitable en el interés superior de los menores pese a los esfuerzos que se pudieran realizar desde las esferas estatales. Asimismo, se indagará en la noción de la existencia en estos casos, de una pugna de derechos entre estas mujeres con discapacidad y de los niños involucrados, en la cual uno de ellos deba primar por sobre los del otro. Se preguntará si ello es realmente así, o si, por el contrario, tal pugna no es tal y se debe tratar mejor, de propender a una armonización de los derechos de los involucrados. Finalmente, se dejará una breve reflexión acerca de cuáles son, con fundamento en la investigación realizada, algunas medidas que permitirían soluciones judiciales distintas a las adoptadas.

Sin perjuicio de ello, este trabajo no es otra cosa que una invitación a la reflexión y al planteo de cuestionamientos que permitan en el futuro construir nuevos horizontes

superadores de estas perspectivas y lógicas actuales, así como de las prácticas que en su consecuencia se adoptan en lo que concierne a esta problemática.

1. Introducción

El presente trabajo halla su origen en la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante SCBA) en la causa “G. A.M. Insanía y Curatela” y sus acumuladas “G., J.E. Abrigo” y “S., R.B. y otro/a. Abrigo” del año 2015. En ella se abordaron cuestiones como la discapacidad de A.M y la consecuente posibilidad de esta de asumir su maternidad y ejercer por sí sus deberes parentales. Debe tenerse en cuenta que el caso en exposición sirve a los fines de ejemplificar una práctica judicial que, como se ha mencionado, no es poco habitual y que, si bien con posterioridad a este hecho han existido otros casos en que se ha decidido de manera contraria a lo que aquí se desarrollará¹, beneficioso para las mujeres con discapacidad, no se ha logrado erradicar. Ello pese a los grandes avances que significaron la sanción y promulgación de la Ley de Salud Mental n° 26.657 del año 2010 y de la Ley n° 26.994 por la que se modificó el Código Civil dando lugar al nuevo Código Civil y Comercial con significativos avances en materia de discapacidad.

Habiendo aclarado esto, pasaré a exponer el caso en cuestión: A.M. G es madre de tres niños, M.A.S, R.B. y J.E.G, quienes al momento de iniciarse las actuaciones tenían respectivamente 4 años, 8 años, y 4 meses el más pequeño. La judicialización de su situación tuvo origen en una medida de abrigo solicitada por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante SZPPD) de Quilmes, iniciada a raíz de una consulta médica de A.M. respecto de su hijo menor en el Hospital Evita por un cuadro de bronquiolitis. En dicha ocasión el Servicio tomó conocimiento de que A.M. posee una discapacidad cognitiva consistente en un retraso madurativo y un cuadro de epilepsia, y que, además, había sido víctima de abuso sexual por parte de su progenitor. En virtud de ello, este organismo solicitó una medida de abrigo respecto del niño J.E.G. Lo mismo hizo luego respecto de las niñas R.B. y M.A.S.

Al llegar las actuaciones a conocimiento del Tribunal de Familia n° 2 de Quilmes este dispuso la legalidad de las mismas y decretó la guarda institucional de aquellos en los Hogares donde se estaban ejecutando las medidas de abrigo. Por su parte, al observar las actuaciones la Asesora de Menores e Incapaces, solicitó la declaración de insania² de A.M., fundando su pedido en dos cuestiones esenciales: la primera, en el

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (2016). “I.M.J. s/ Protección Especial”

² Cabe destacar que al momento de dictarse sentencia en la instancia de origen, se hallaba todavía vigente el Código Civil de Vélez Sarsfield, donde el proceso hoy conocido como de “determinación de la capacidad jurídica” se hallaba desdoblado según la gravedad de la “afección psicológica” –estructura que se correspondía con el modelo médico- en los procesos de “interdicción” o “insanía” (art. 141 del CC) que concluían con una declaración de incapacidad absoluta de la persona, y en el proceso de “inhabilitación” (art. 152 bis del CC) donde se arribaba a una sentencia de restricción de la capacidad jurídica por el cual se entendía que persistía en la persona todavía una capacidad genérica, restringiéndola solo en algunos aspectos. Proceso este último que fue el que transitó A.M.G.

hecho de su patología, refiriendo que aquella “(...) le impediría responsabilizarse adecuadamente por sus hijos” (pág. 21). Solicitud que respondía claramente al viejo paradigma rehabilitador de la persona con discapacidad³ asentado en el modelo médico⁴. La segunda: en la situación de violencia intrafamiliar de la que A.M. era objeto, puesto que el padre de aquella abusaba sexualmente de ella y, que su madre, la señora H. la golpeaba en forma reiterada. Hallándose, por tanto, desprovista de todo tipo de cuidados y protección por parte sus progenitores.

Cabe mencionar en este punto que su padre ejercía asimismo actos violencia sobre los niños. Expresión de ello es que J.E.G. haya sido producto del abuso sexual padecido por su madre a manos de su progenitor, y que también las niñas hayan sufrido ese hecho contra su persona. Al respecto, se debe destacar que A.M.G, pese a la coacción y a los intentos extorsivos de su padre, ya había formalizado la correspondiente denuncia de abuso sexual en sede penal, dando lugar a la investigación penal preparatoria en el marco de la cual había solicitado al Juez de Garantías a cargo una medida de exclusión del progenitor del hogar, dado que esta, con los niños viven en una unidad habitacional ubicada al fondo del inmueble donde residen sus progenitores. Medida que fue denegada por aquél.

Con esta plataforma fáctica y ante el pedido de la Asesora, el Tribunal de Familia n° 2 resolvió la restricción de la capacidad de A.M. en los términos de los artículos 152 bis inc. 2°)⁵ y 309 del Código Civil⁶. Disponiendo que entre los actos que se hallaba impedida de ejercer por sí, se hallaba el de la responsabilidad parental. Motivo por el cual, se la suspendía del mismo. Inmediatamente después, el Tribunal en pleno dictó sentencia declarando el estado de abandono moral y material de los niños, orientando los procesos hacia la adopción de aquellos.

³ José Mauricio Bonilla (2019) “Los paradigmas y modelos sobre la discapacidad: evolución histórica e implicaciones educativas”: “Este paradigma está orientado a la rehabilitación de la persona y sostiene que la causa de la discapacidad radica en la deficiencia estructural y funcional del individuo. Por tanto, la solución está en revertir esa deficiencia a través de la intervención de profesionales de la salud. De este modo, concibe la discapacidad como un hecho individual que atañe únicamente al individuo afectado”.

⁴ José Mauricio Bonilla (2019) “Los paradigmas y modelos sobre la discapacidad: evolución histórica e implicaciones educativas”: “El modelo médico concibe como única causa de discapacidad, la condición patológica de la persona y deja de lado los factores sociales o externos al paciente”.
Eduardo Díaz Velázquez (2009) “Reflexiones epistemológicas para una sociología de la discapacidad”: “Como señalan Palacios y Buffini (2007: 18) la persona con discapacidad en el modelo médico se considera desviada de un supuesto estándar de normalidad que no es una construcción neutra, ‘sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos y psíquicos de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante”.

⁵ Código Civil, art. 152 bis: “Podrá inhabilitarse judicialmente: (...) inc. 2°) A los disminuidos en sus facultades mentales cuando, sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio”.

⁶ Código Civil, art. 309: “El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido: (...) en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis incisos 1° y 2°, hasta que sea rehabilitado”.

Se debe poner de resalto que durante el transcurso de estos procesos alguno de los niños –M.A.S. y J.E.G.- se habían insertado ya en el seno de una nueva familia de pretensos adoptantes seleccionados del Registro correspondiente⁷, pese a los reiterados intentos de aquella de revinculación con sus hijos.

La causa llegó en este estado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyos miembros confirmaron la decisión del Tribunal de Familia en lo concerniente a la restricción en la capacidad de A.M. y a la consecuente suspensión en el ejercicio de su responsabilidad parental. A la vez que confirmaron la decisión de decretar a los niños en situación de adoptabilidad, conclusión que se fundó en los siguientes ejes principales, claves importantes a tener en cuenta en lo siguiente:

1. En primer lugar, en la discapacidad que poseía la madre de los niños. La cual, desde la óptica de los operadores, le impedía realizar las tareas de maternaje.

2. Unido a ello y en segundo lugar en que, al no tener familiares de referencia (dentro de la familiar nuclear, ni de la familia ampliada, ni tampoco de otros referentes afectivos) que pudieran prestarle apoyo y asistencia en la crianza de los niños, la única decisión posible resultaba la de decretar su situación de adoptabilidad, para posibilitarles de ese modo, su inserción en el seno de una familia adoptiva que pudiera asumir esos roles de cuidados que su madre no podía proveerles. Toda vez que, en palabra de los operadores, si la propia madre requería de un sistema de apoyos que le permitieran el pleno ejercicio de sus derechos, particularmente, “el riguroso seguimiento del tratamiento psicológico que requería su discapacidad de base”, no pudiendo, por tanto, procurarse por sí sola los cuidados necesarios para su pleno desenvolvimiento, menos aún podía lograrlo respecto de sus hijos. De modo que, al no contar tampoco con apoyos familiares que pudieran coadyuvarla en la crianza, la adopción devenía en la única forma de garantizarle a estos su derecho a vivir una vida familiar (pág. 28, y 68): “el adecuado ejercicio del rol materno sobre los niños R., M. y J. requiere de una presencia permanente de asistencia que la señora G. precisa, de modo que pueda así acompañarla en la toma diaria de las decisiones que la crianza de los niños impone, lo que en mi parecer solamente podría ser proporcionado por alguna figura conviviente, algo que el señor curador oficial departamental no puede razonablemente llevar a cabo” (pág. 69, del voto del juez Pettigiani).

3. Y, en tercer lugar, en la condición económica de A.M.G, toda vez que esta dependía económicamente de su progenitor. Situación de sometimiento que le impedía garantizarle a los niños por sí el sustento necesario para afrontar sus cuidados materiales actuales y futuros. Máxime teniendo en cuenta que la situación histórico-

⁷ *Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUAGA)*

familiar exigía un sustento económico reforzado, dado las condiciones de vulnerabilidad a que la familia se había visto expuesta a lo largo de su constitución y desarrollo. Así lo sentenciaron al expresar “sumado a la dependencia económica de todo el grupo familiar con respecto al señor G., lo que lo posiciona –aún más- en un lugar de poder” (pág. 35, del voto del juez De Lazzari).

2. Planteamiento de la problemática:

Luego de exponer someramente los hechos que dieron fundamento a la sentencia mencionada, la problemática halla como disparador la siguiente pregunta ¿Es esta decisión en sí misma inconstitucional/inconvencional? La respuesta a este interrogante deviene rápidamente en la negativa, toda vez que el juez debe declarar a los niños en situación de adoptabilidad siempre que su interés superior lo aconseje y siempre que estuvieran dadas las condiciones fácticas y legales requeridas, cuáles son que se hubieran agotado ya los intentos de permanencia de los niños en de su familia de origen o ampliada. Ahora bien, una lectura más detalla del fallo, la cual se aconseja, lleva a una conclusión diferente. Ello se debe, en parte, a dos grandes motivos:

1. Por un lado, a que la suspensión en el ejercicio de la responsabilidad parental de A.M., al igual que el de muchas madres con discapacidad, debe ordenarse únicamente cuando el plafón fáctico demostrara que la discapacidad de la persona estaría exponiendo, no por su sola condición, sino por las consecuencias que de ella se derivan, a los niños, a un verdadero peligro para su persona, si se los mantuviera dentro de ese núcleo familiar. Situación que no se presenta en la mayoría de estos procesos, en los cuales, la sola condición de discapacidad de la mujer conlleva a la conclusión de la imposibilidad de aquellas de ejercer su maternidad so pretexto de un potencial riesgo de abandono o peligro, sin que se acredite realmente a lo largo de aquellos, la situación efectiva de riesgo o vulnerabilidad a que el ejercicio de sus derechos estaría exponiéndolos⁸. Obsevándose en ello, un fuerte sesgo de los operadores jurídicos respecto de la posibilidad de que una mujer que posee una discapacidad pueda a la vez ser madre en igualdad de condiciones que las demás, cuya maternidad no es tan severamente o tan apresuradamente cuestionada.

2. Por otro, a que la decisión de decretar a los niños en situación de adoptabilidad debe, por mandato constitucional y convencional, ordenarse recién cuando se hubieran agotado los intentos de fortalecimiento de la familiar nuclear y de permanencia de los

⁸ *En este hecho puntual, el riesgo al que referían los magistrados resultaba de la permanencia de aquellos en la unidad habitacional donde mantenían el contacto con el progenitor de A., quien era en rigor, el factor predisponente al peligro contra su integridad física y psíquica. No proviniendo en modo alguno, de su madre, ni del ejercicio de su maternidad.*

menores en ella, evitando de ese modo, la separación de los mismos de sus progenitores. Es en este punto en que deviene en piedra angular del presente trabajo la noción de la figura de “apoyos” que luego explicaré ¿Por qué digo esto? Porque en estos supuestos, en que las mujeres poseen una discapacidad, antes que decidir la separación de los niños del hogar se les debe proveer a estas del debido sistema de apoyos que las asista en el ejercicio de las tareas de cuidado y protección de sus hijos. Sistema que, en el caso, al igual que muchos otros, le fue negado a A.M. al concluirse que por no contar con miembros de la familia que pudieran ayudarla en la crianza de sus hijos, estos debían ser declarados en situación de adoptabilidad. Sin haber intentado antes con otros apoyos posibles y valiosos como son los apoyos institucionales o comunitarios.

Una lectura armónica de la normativa internacional de derechos humanos ordena, por el contrario, que la declaración de los niños en situación de adoptabilidad debe dictarse recién luego de haberse acreditado el fracaso concreto del sistema de apoyos en la asistencia de dicho ejercicio. Es decir, cuando se le hubieran previsto los apoyos necesarios -aun comunitarios si ello fuera necesario- y, habiéndoselos provisto, le hubiera sido a la madre igualmente dificultoso ejercer las tareas que conlleva el maternaje sin desatender a la complejidad de necesidades de sus hijos. Constituyéndose en ese supuesto sí, la adopción como institución que asiste al interés superior de los menores de edad.

En definitiva, lo que se observa es el incumplimiento del supuesto de agotamiento en los intentos de fortalecimiento de la familia nuclear. Problemática que se desencadena a raíz de un razonamiento observado por la casi totalidad de los operadores que intervienen a lo largo de estos procesos (sean estos Servicios locales de Protección y Promoción de los Derechos de niños, niñas y adolescentes; Asesores de Menores e Incapaces; jueces, etc.), cual es el planteo de una suerte de “pugna” entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de los derechos de la persona con discapacidad, en la cual estos últimos deben ser siempre relegados o restringidos en función de la primacía del interés superior de los niños. Situación que puso de resalto perfectamente el Defensor de A. al formular el recurso contra la sentencia, al decir: “en nombre de los derechos que asisten a los niños, no deben vulnerarse derechos que me asisten”.

Planteada entonces la problemática cabe ahora preguntarse ¿es esta pugna real o aparente? ¿es la restricción a los derechos de la persona con discapacidad una “restricción razonable”? ¿o por el contrario se constituye en una restricción ilegítima? A todo ello trataré de dar respuesta en lo siguiente.

2.1. Marco teórico:

Antes de continuar con el desarrollo del trabajo, y para facilitar la tarea de aquí en adelante, definiré algunos conceptos necesarios para la cabal comprensión de la temática:

2.1.2. Responsabilidad parental:

El progreso del derecho de familia a la luz del proceso de constitucionalización del derecho privado tuvo su impacto también en el ámbito de la relación entre progenitores e hijos en lo que respecta al contenido de la responsabilidad parental. En efecto, esta, que antes consistía en una suerte de poder del padre de familia sobre sus hijos menores de edad bajo el concepto de “patria potestad”, fue reformulada como “responsabilidad parental”, debiendo entenderse ya no como un poder de los padres sobre sus hijos, sino como una verdadera función social a desempeñar por aquellos. Es decir, como una función de los padres dirigida a posibilitar y asistir a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, a acompañarlos en la adquisición de su plena autonomía. Esta, en consecuencia, fue definida en el Código Civil y Comercial como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”⁹.

Esta mutación de la noción de “potestad” y “autoridad” a la de la “responsabilidad” parental importó que se ponga el acento en la actualidad, por un lado, en la primacía del destinatario: el hijo y sus derechos -quien debe ser por ello, oído a lo largo de todo proceso que involucre decisiones en el ámbito de su realidad familiar, de hacerlo participe de las decisiones que lo involucren¹⁰-, y, por el otro, en que el ejercicio de este rol por el adulto no puede ser “de cualquier modo” ni basarse en un puro ejercicio de autoridad sino que debe consistir en una actuación funcional dirigida a que el hijo ejerza por sí los derechos, conforme adquiere mayor edad y grado de madurez de acuerdo a la etapa de su vida que estuviera atravesando.

a) Titularidad de la responsabilidad parental:

La titularidad de estos deberes/derechos corresponde siempre a los progenitores. Salvo que se hubieran constituido o hubieran acaecido ciertos presupuestos fácticos y jurídicos que llevaran a la necesidad de sustraer a los niños de la órbita de injerencia de la responsabilidad parental de sus padres. Es decir, la ley prevé ciertos presupuestos fácticos ante los cuales la responsabilidad parental no podría

⁹ Art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁰ Conf. arts. 26, 646 y 655 del Código Civil y Comercial de la Nación.

mantenerse en cabeza de aquellos, siendo su consecuencia, la extinción. Así, por ejemplo, el Código menciona como causal de extinción de la responsabilidad parental la muerte de los progenitores o de sus hijos; el hecho de que estos hubieran alcanzado la mayoría de edad, y, en lo que aquí interesa, “la adopción del hijo por un tercero” (art. 644 del CCCN, inc. e).

El efecto de la extinción de la responsabilidad parental es que no solo dejen de existir los deberes que se hallaban en cabeza de los progenitores del niño, niña o adolescente, sino también, los derechos que estos tenían respecto de aquellos. Esto, que puede resultar evidente en el caso de muerte de los padres, puede no serlo tanto en el supuesto de adopción del hijo por un tercero, ya que existen distintos tipos de adopción con diferentes alcances y efectos. Y si bien tanto en la adopción simple, como en la plena se produce la extinción de la responsabilidad parental, difieren en la subsistencia -o no-, de algunos aspectos del vínculo jurídico con la familia de origen. En este sentido, -si bien definir los tipos de adopción excede el objeto del presente trabajo- debe mencionarse que:

1. La adopción plena provoca la extinción de todo vínculo jurídico con la familia de origen (arts. 620, 624, 625 y 626 del CCCN), confiriendo al adoptado el estado de hijo en la familia de los progenitores adoptantes.

2. Mientras que, en la adopción simple, si bien opera una transmisión de la titularidad de la responsabilidad parental en cabeza de los progenitores adoptantes, no se extinguen todos los vínculos jurídicos que el niño posee con su familia biológica (arts. 620, 627, 628 y 629 del CCCN).

Esto se menciona porque incide directamente en el derecho al régimen de comunicación que la madre pueda tener -o no-, con sus hijos, lo cual impacta en la materia de análisis. Ello cuando se decide la suspensión de la responsabilidad parental de la progenitora en función de su discapacidad y posteriormente se decreta la situación de adoptabilidad de los niños, encausando el proceso hacia el juicio de adopción y optando el juez por el tipo de adopción plena, se provoca que esta pierda todo derecho a tener algún tipo de contacto con sus hijos, quedando dicha posibilidad librada meramente a la “buena voluntad de los progenitores adoptantes” que estuvieran dispuestos a tolerar ese régimen de comunicación, lo cual no es un supuesto de gran ocurrencia en la práctica, toda vez que no tienen obligación legal a ello.

Esto, genera una profunda afectación en los vínculos de familia de estas mujeres, que se evitaría con una adopción de tipo simple, en la cual la familia de origen continúa teniendo derecho de comunicación con el niño (conf. art. 627 del CCCN, inc. b) por continuar subsistente el vínculo jurídico. Salvo, claro está, que ello sea contrario a su superior interés.

Con ello no quiero decir, sin embargo, que esta institución de la adopción plena sea en sí misma cuestionable, toda vez que, en algunos supuestos la plataforma fáctica amerita este tipo de decisión en interés superior del niño. Por ejemplo, en los casos en que la integridad física de aquellos resultara amenazada o severamente lesionada por sus progenitores, resultando en estos supuestos sí la separación y ruptura de vínculos con ellos, la mejor decisión. Sino que la crítica proviene de que en muchas oportunidades en casos de mujeres con discapacidad, el fundamento de la decisión de optar por este tipo adoptivo tan gravoso, no proviene de riesgos provocados por la madre en el ejercicio de su responsabilidad parental, sino del hecho de que “mantener un régimen de comunicación con aquella provocaría un obstáculo en la posibilidad de los niños de integrarse correctamente en el seno de una nueva familia” (del voto del Tribunal de Familia n° 2 de Quilmes, y de Pettigiani, fallo “G., A.M. Insanía y Curatela). Esta conclusión, que aparece fundada en el “interés superior de los niños” no tiene por resultado otra cosa que el cercenamiento de los derechos de la madre de manera arbitraria, toda vez que se funda en un razonamiento conjetural de “probabilidad” de dificultad de los niños en insertarse en el seno de una nueva familia, sin que hubiera un perjuicio en la subjetividad o integridad de los niños actual, real o acreditada derivada de esta comunicación. Ello es lo reprochable de este tipo de decisiones, en que debiera optarse en la medida de lo posible, como se dijo, por la adopción simple. Que, a la vez que le garantiza una vida familiar a los niños, le garantiza a la madre con discapacidad continuar en contacto con aquellos. Armonizando de este modo, los derechos de todos los involucrados¹¹.

b) Ejercicio de la responsabilidad parental. Suspensión del ejercicio:

El CCCN prevé en su art. 702 el supuesto de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, expresando que este “queda suspendido mientras dure: (...) c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio (...)”¹². La suspensión de la responsabilidad parental es otro instituto diferente al de la extinción y menos gravoso que ella. Ello, en principio, pues se verán a continuación las consecuencias que tiene en algunos casos –y en los que aquí nos ocupan-

¹¹ Marisa Herrera (2015). “Manual de Derecho de las Familias”. “Lo más beneficioso para los hijos es que el cese de la convivencia de sus progenitores impacte lo menos posible en su vida, en la relación con ellos, siguiéndose con la obligada perspectiva constitucional-convencional, en especial lo regulado en los arts. 7°, 8°, 9° y 18° de la CDN: el derecho del niño a crecer, criarse y ser amparado por sus padres y mantener con ellos trato frecuente y regular” (...) “Este derecho no puede sufrir limitaciones, salvo casos extremos que perjudiquen al hijo y situaciones excepcionalísimas (art. 9°, CDN, art. 11, ley 26.061)”.

¹² Refiere a la sentencia judicial por la que se limita o restringe en forma expresa el ejercicio de la responsabilidad parental en el marco del proceso de determinación de la capacidad jurídica.

El fundamento de la suspensión reside en que hay supuestos frente a los cuales “no resulta posible la actuación de los derechos y deberes de la responsabilidad parental, por causas ajenas a un reproche o sanción al progenitor”. Tiempo durante el cual, es conveniente concentrar el ejercicio de la misma en cabeza del otro progenitor, si lo hubiera (quien pasaría a ejercer unilateralmente la responsabilidad parental –antes y por regla, compartida-), para que este se vea posibilitado precisamente de llevar adelante todas esas labores o tareas que implican el ejercicio de la maternidad/paternidad. Ahora bien ¿Qué ocurre cuando no hubiera otro progenitor? Cuando no hubiera progenitor en quien concentrar este ejercicio, debieran iniciarse en su defecto, los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación que fuere y el beneficio que ello conllevara para los niños, niñas o adolescentes. (Cabe aclarar que durante el tiempo en que fuese operativa esta suspensión, el o la progenitora suspendida en él, se halla, va de suyo, suspendida/o del ejercicio de sus derechos y deberes paternos/maternos, subsistiendo únicamente el deber de prestar alimentos a los hijos).

Esta institución puede ser en sí misma cuestionable. Sin embargo, ateniéndome al objeto de este trabajo, se debe poner de resalto que la suspensión no constituye en sí misma una decisión irrazonable o arbitraria, siempre que el padecimiento subjetivo o la disminución cognitiva o intelectual de la mujer tuviera una entidad tal que hiciera realmente dificultoso para ella el ejercicio de sus labores maternas aun con el apoyo suficiente para ello. Pues en ese caso, las prescripciones constitucionales y convencionales son claras al proclamar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir una vida familiar en el seno de una familia que pueda brindarle todos los cuidados necesarios para su pleno desarrollo.

Sin embargo, sí resulta reprochable la utilización de este instituto cuando a dicha decisión se llegara ante la mera presencia de una disminución en las facultades de la mujer, sin que de ello se derivara una real imposibilidad de ejercer sus labores maternas, o de hacerlo mediante la asistencia del debido sistema de apoyos. En este sentido se debe poner énfasis en el hecho de que el artículo en cuestión expresa que se debe suspender el ejercicio de la responsabilidad parental por razones graves de salud mental “siempre que estas impidan al progenitor dicho ejercicio”. Con lo cual, en ello debe concentrarse el análisis, y no en el grado de discapacidad o disminución de la cognición o salud mental de las madres.

Sin perjuicio de que ello será importante a la hora de definir los apoyos a asignar y la intensidad de los mismos sin que ellos devengan en un ajuste irrazonable o en una mera sustitución en el ejercicio materno, desnaturalizando el instituto de la responsabilidad parental y ejerciendo la mujer su maternidad solo de modo aparente.

En este sentido, Juan Antonio Seda ha tenido dicho: “Aquí no se objeta a la adopción en sí misma, ya que constituye una valiosa alternativa para brindar un entorno de cuidados y afecto a aquellos niños que no cuentan con padres, ni familiares directos que puedan hacerse cargo de su crianza. Sin embargo, cuando sí hay una madre presente, aún cuando sea una persona con discapacidad mental o intelectual, no debe darse por descontado que ella no podrá afrontar el rol familiar”¹³. En igual sentido Lis Marion ha sido clara y ha expresado: “La mera condición de persona con discapacidad mental o intelectual no es condición suficiente para juzgar la idoneidad para el ejercicio del rol parental. Sin perjuicio de ello, la carencia de habilidades prácticas para la vida cotidiana (...) puede acarrear una serie de dificultades para llevar adelante los cuidados personales que requiere, por ejemplo, un bebé que necesita ser alimentado, vestido, higienizado, protegido. Quien no pueda desarrollar esas tareas por sí, o a través de apoyos, no puede asegurar condiciones mínimas de supervivencia y bienestar para sus hijos, en los términos en los cuales la ley argentina regula el ejercicio de la responsabilidad parental” (...) “Si una persona no puede cuidar en lo más básico de sí misma, es difícil que pueda hacerse cargo de alguien que es absolutamente dependiente de esos cuidados personales indispensables”¹⁴. Constituyéndose en esos casos la adopción, como la decisión más adecuada en el interés superior de los niños.

2.3. Normativa Internacional y local con incidencia directa en el tema:

a) Adopción. Su figura en el derecho internacional y local:

El proceso de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y su integración a nuestro bloque federal de derechos, supuso una transformación en el entendimiento de la figura de la adopción, donde el eje pasó a estar centrado en los niños. Esta institución pasó así a redefinirse como una forma de realización del derecho de los niños a la vida familiar. Como traducción normativa de ello en nuestro derecho interno, el Código Civil y Comercial de la Nación, sobre la base de los postulados que impone la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) definió en su artículo 594 el instituto de la adopción, expresando: “La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le puedan ser proporcionados por su familia de origen”. Esto último importa decir que la adopción es

¹³ Juan Antonio Seda (2017): “Maternidad en mujeres con discapacidad mental o intelectual. Conflictos jurídicos en torno a la adopción de sus hijos”.

¹⁴ Lis Alejandra Smario (2019). Universidad Nacional de Buenos Aires. Sexto programa de actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia.

de carácter subsidiaria, toda vez que antes que ella sea de aplicación se deben haber agotado las posibilidades de que el niño o niña sea reintegrado a su familia de origen, o su familia ampliada. Esto no es otra cosa que el principio de preservación de la familia de origen que rige el instituto en cuestión y se relaciona con el derecho del niño a permanecer en su familia de origen y a su derecho a la identidad. Principios que fueron consagrados expresamente en el Código Civil y Comercial en el art. 595 que dio recepción a ellos.

A la legislación civil que se encarga de regular este instituto a lo largo de varias de sus disposiciones se le suman además, las leyes “paraguas” como la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que profundiza en el plano interno los principios y postulados de la CDN¹⁵. Dentro de los cuales se halla el fortalecimiento familiar como uno de los pilares sobre el que se edifica el sistema de protección integral que crea y regula dicha ley, precisamente para intentar la permanencia de los niños dentro de su familia nuclear o ampliada al proveer a su fortalecimiento mediante distintos tipos de medidas. Hallamos así entre su articulado, ciertas disposiciones que lo ejemplifican:

- Así por ejemplo, el art. 37 expresa dentro de la regulación de las medidas excepcionales que: “Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar (...) d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa (...) g) Asistencia económica (...)”

Enunciación de medidas que no es taxativa. Pero que, como se observa, están dirigidas a la asistencia de dicha familia nuclear de modo de intentar su fortalecimiento antes de proceder con la medida de la adopción.

- En relación directa con lo anterior, el último párrafo del art. 33 expresa que: “(...) la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”.

¹⁵ Herrera, Marisa (2015) “Manual de Derecho de las Familias”.

- En igual sentido que el párrafo 76 de la opinión consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ sobre la Condición Jurídica del Niño¹⁷, que expresa que: “La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de los derechos consagrados en la Convención (...)”, agregando en el párrafo 77 que “él, debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel para optar por separarlo de su familia. En el caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal (...)”.
- Por su parte, el artículo 9 de la CDN expresa que: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Cabe destacar, asimismo, que los derechos a la familia y particularmente, a la vida familiar libre de injerencias ilegítimas ha sido receptado en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) los reconoce en sus arts. 17.1, y 11.2 particularmente. También lo hacen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23.1; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 10; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en sus arts. 19 y 23, entre otras. Reafirmando también en este sentido la CDN en su art. 16 la obligación de los Estados de proteger a todo niño, impidiendo que sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia. Así como la vital importancia del mantenimiento, en la medida de lo posible, de las relaciones familiares.

Es decir que, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia de origen, el derecho internacional de los derechos humanos y su réplica en el derecho interno a partir de la ley 26.061, reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia. Ello implica que el Estado tiene la responsabilidad de preservar la vida privada y la intimidad familiar del niño y sus relaciones parentales, así como las que tenga con los demás miembros de su familia,

¹⁶ *En adelante, Corte IDH*

¹⁷ *Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”*

no pudiendo ser privado de estos derechos sin justa causa¹⁸. Es decir, evitando injerencias arbitrarias en la vida familiar.

En síntesis, como se observa, el Estado está obligado desde una doble faz: una faz activa, en tanto está obligado a promover las acciones positivas necesarias para garantizarle a los niños y a los miembros de su familia el pleno goce de sus derechos, en concreto, mediante la adopción de medidas tendientes al fortalecimiento familiar siempre que ello fuera aconsejable y posible. Siempre, claro está, que aquellas no devengan en irrazonables o desproporcionadas, provocando lo contrario al interés superior que buscarían preservar. Y, desde una faz pasiva, en tanto debe abstenerse de intervenir ilegítimamente en esa vida familiar. Siendo fundamental en este punto lo expuesto por la Corte IDH en su opinión consultiva en lo concerniente a que la decisión estatal de decretar la separación del niño de su hogar debe ser excepcional y sólo cuando razones concretas que hicieran al interés superior de aquél así lo ordenaran. Concluyéndose que nunca podrá ser entonces la decisión de adopción, la que corresponda cuando existieran todavía medidas positivas idóneas para lograr el sostenimiento de dicho núcleo familiar.

b) Discapacidad. Normativa internacional como pauta rectora de la legislación local:

En respuesta al paradigma rehabilitador de la persona con discapacidad asentado en el modelo médico, surge un paradigma superador, cual es el paradigma de la “autonomía personal” asentado en el “modelo social de la discapacidad” que afirma que la causa de la discapacidad no se halla ya en una condición médica o patológica de la persona que le impide insertarse en la sociedad, sino que subyace en la sociedad misma. Es decir, es la sociedad, desde este punto de vista, la que impide el acceso en igualdad de condiciones a sus derechos elementales a las personas con discapacidad: “Es el entorno el que discapacita, generando o consolidando la exclusión”¹⁹. Este paradigma, asentado en el modelo social “enfoca la cuestión desde el punto de vista de la integración de las personas con discapacidad en la sociedad, considerando que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino el resultado de un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social. Por consiguiente, la solución exige la acción social, y la sociedad tiene la responsabilidad colectiva de realizar las modificaciones necesarias en el entorno para facilitar la plena participación en todas las esferas de la vida social de las personas con

¹⁸ Videtta, Carolina (2015). “El proceso de adopción y su interacción con el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”. Editorial La Ley 2015-C.

¹⁹ Eduardo Díaz Velázquez (2009) “Reflexiones para una sociología de la discapacidad”

discapacidad. En el nivel político, esta responsabilidad se configura como una cuestión de derechos humanos²⁰.

En este sentido, fue la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²¹ (CDPD) la que consolidó a nivel internacional este nuevo paradigma.

Ésta parte de la base de reconocer el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad como muro infranqueable y, en consecuencia, diseña un modelo universal que evita sus restricciones, permitiéndole a aquellas la vida en comunidad, el control sobre ella y la adopción de las decisiones que las afectan.

Para así lograrlo, introduce la noción de apoyos y reconoce el acceso a los apoyos necesarios para ejercer la capacidad como un derecho fundamental de estas, fuera cual fuera el diagnóstico. Estos últimos ocupan un lugar gravitante en la Convención, habiéndose dicho incluso que, sin su existencia, varios de los derechos allí reconocidos no serían posibles²².

Pues bien, podríamos preguntarnos ahora ¿qué son y en qué consisten los “apoyos”? La Convención no ha dado ninguna definición concreta de qué debe entenderse por ellos. Sin embargo, una lectura de su articulado da la pauta de cuál es su finalidad: garantizar el derecho y la posibilidad de elegir de las personas con discapacidad, es decir, ayudarlas en la toma de decisiones; favorecer la comunicación de esas decisiones y; asistir en la ejecución de las mismas (art. 19 de la CDPD): el engranaje del modelo de vida independiente consiste en “afirmar que la independencia no implica hacer las cosas por uno mismo y no necesitar ayuda, sino tener el control sobre la vida propia”²³, constituyéndose los apoyos, por tanto, como una herramienta imprescindible para ello.

Los modos de apoyos pueden ser muchos y de los más diversos. Así, el art. 19 de la CDPD ha ejemplificado alguno de ellos, sin resultar una enunciación taxativa: “los Estados Partes deben asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación”. Se hallan así:

1. Apoyos domiciliarios: que facilitan la realización de tareas de organización diaria, aseo personal o del hogar, etc.;

²⁰ Antonio Jiménez Lara (2007). “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevante”.

²¹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución A/RES/61/106 del año 2006.

²² Fabián Murúa. “El derecho a decidir: apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas”. CELS.

²³ Fabián Murúa. “El derecho a decidir: apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas”. CELS.

2. Apoyos residenciales: como por ejemplo, casas de convivencia, hospitales de día²⁴;

3. Apoyos personales: que consisten en una forma de apoyo humano y están orientados hacia la asistencia en las más amplias funciones. Por ejemplo, la colaboración para promover el derecho a decidir; la asistencia de la persona en actividades recreativas, educativas, laborales; o, incluso, en la mediación en relaciones interpersonales con diversos niveles de conflictos. Caracterizándose por ser un servicio personalizado en razón de los deseos y necesidades de la persona con discapacidad. Lo fundamental es que este modo de asistencia está dominado por la persona usuaria y no por quien presta el servicio: es esta quien tiene el control de las decisiones de su vida, siendo el apoyo una ayuda que debe tomar en consideración en todo tiempo las indicaciones y deseos de ella.

4. Apoyos comunitarios: por ejemplo, dispositivos de atención en salud mental comunitarios que permitan consultas ambulatorias; centros de días; servicios para la promoción y prevención en salud mental; servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; grupos de apoyo luego de la externación²⁵ para la persona y sus familiares; cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral; emprendimientos sociales, etc.

En el plano interno, este nuevo paradigma fue introducido por la Ley Nacional de Salud Mental (LSM), que ha definido en su art. 3 a la salud mental como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”. Partiendo en el mismo de la presunción de capacidad de todas las personas y añadiendo que en ningún caso la existencia de diagnóstico autoriza a presumir incapacidad, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado (art. 5, LSM).

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en el año 2015 también introdujo este nuevo paradigma. Esta legislación ha significado un gran avance respecto del Código anterior, que se expresa en la presunción de capacidad de ejercicio de la persona consagrada en su art. 31 y en la incorporación de la figura de apoyos. Sin

²⁴ *Que deben evitar reproducir las llamadas “lógicas manicomniales”. Esto es, “que eviten reproducir esquemas de vida que obstaculicen la libertad de elección y promuevan el aislamiento y la estigmatización. Por ejemplo, establecer en centros comunitarios horarios de entrada y salida o de visita, carteles de office enfermería, obligar a coaccionar a la realización de talleres”, etc. Fabián Murúa “El derecho a decidir: apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas”.*

²⁵ *La externación es el proceso que tiene lugar luego de la institucionalización de la persona. Es decir, luego de que haya estado alojada en una institución neuropsiquiátrica. Y consiste en su retorno a la vida en comunidad.*

embargo, estas disposiciones vinculadas al modelo social de la discapacidad y de la toma de decisiones con apoyo, conviven también con disposiciones cercanas al tradicional modelo tutelar. Y si bien la tutela se instituye como figura subsidiaria (solo en el supuesto del último párrafo del art. 32 y siempre que el debido sistema de apoyos hubiera fracasado), dicha convivencia no deja de resultar problemática:

(i) Ello se observa, por ejemplo, en que, el art. 31 luego de establecer la presunción de capacidad, refiere a las restricciones y limitaciones a la capacidad jurídica mediante el correspondiente proceso judicial. Ello, tal cual lo expresa Fabián Murúa, es contrario a la CDPD, que ordena que estos procesos estén orientados no a la determinación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (aunque sea habitual leer sentencias que expresen que el proceso se trata de valorar o no, la necesidad de restringir la capacidad jurídica), sino a “determinar si existe la necesidad de establecer apoyos que faciliten la toma de decisiones para la realización de actos o aspectos de su vida que tengan algún tipo de relevancia jurídica”, ‘definir cuál será el esquema de apoyos’, y ‘establecer qué funciones tendrán los apoyos’”.

(ii) Esta convivencia se ve plasmada también en la subjetividad de los operadores judiciales y sus colaboradores, que en la práctica terminan aplicando lógicas tutelares. Así por ejemplo, las evaluaciones periciales no deberían tener la función de determinar el grado de capacidad jurídica que posee una persona con base en su patología “pues la capacidad jurídica constituye un derecho humano y, por lo tanto, un muro infranqueable y no una aptitud medible o valorable a través de una evaluación pericial”, sino que deberían estar orientadas a realizar la ponderación respecto de la necesidad de determinar judicialmente o no, apoyos para al ejercicio de la capacidad jurídica sobre la base de dos preguntas base: la primera ¿cuáles son los actos en los que la persona refiere que necesita ayuda?, y la segunda ¿qué o cuáles podrían ser los apoyos que la persona identifica para realizar tales actos? Sin embargo, esta lógica es la que reproducen hoy día los peritos, en cuyas evaluaciones requieren poca, sino nula información en torno al plan de vida de la persona, de sus proyectos, deseos o identificación de aspectos en los que podría requerir apoyo o incluso, ajustes razonables para transitar el proceso: es habitual leer en las pericias “que la persona no puede ejercer un derecho ‘por temática vinculada a su patología’ sin explicar mínimamente como se alcanza tal conclusión”, lo cual se traduce, sin embargo, en la restricción de derechos de la persona.

(iii) Estas lógicas impregnan también la actividad jurisdiccional. En este sentido los jueces basados en dichas pericias dictan sentencia de restricción a la capacidad jurídica, y cuando designan apoyos para el ejercicio de los derechos, estos aparecen en la sentencia las más de las veces sin considerar “las preferencias de las personas”, “o

recaen sobre estructuras judiciales que históricamente tuvieron la función de representación y terminan cumpliendo funciones que podrían corresponder a otras agencias del Estado”, por ejemplo, la designación como figura de apoyo de miembros de la Curaduría Oficial, cuyo fin es el de asistir a la persona en las decisiones que hacen únicamente a su patrimonio, más no en el ejercicio de otros derechos extrapatrimoniales.

(iv) Asimismo, se plasma en el mantenimiento de las estructuras burocráticas de las curadurías oficiales y en la falta de creación de nuevos mecanismos de provisión de apoyos, por ejemplo, oficinas ajenas a la órbita judicial que promuevan la vida independiente.

En fin, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la figura de apoyos es de cabal importancia, resultando fundamental para dar por tierra las lógicas sustitutivas de la voluntad de la persona con discapacidad, propia del modelo tutelar encarnado en la figura del “curador” que, sobre la base de una absoluta infantilización de la persona, se encarga de decidir por ella so pretexto de ser la mejor decisión posible –sin tener en cuenta lo que la persona desea o entiende mejor para su vida–, cuando ello excede incluso su marco de actuación (que debiera limitarse a cuestiones patrimoniales). Sin embargo, a esta transformación progresiva se le opuso, como se dijo, la persistencia del viejo modelo tutelar. Y esta “acumulación de paradigmas”, “sumado a la incorporación de nuevos paradigmas puestos a funcionar en estructura reticentes a ellos, contribuyó a que en la práctica perduren enfoques tutelares presentados con retórica de derechos humanos”, siendo expresión de ello la decisión arribada en el caso en análisis de A.M.G. De allí que sea fundamental emprender medidas concretas de fortalecimiento de la institución de los apoyos mediante medidas positivas del Estado. A tales fines se propondrán luego algunas propuestas que fomenten dicha incorporación, así como se mencionarán aquellas que jurisprudencialmente han resultado de utilidad (apartado 2.8)

2.4. Normativa internacional de protección a las mujeres con discapacidad:

No se puede ignorar en el campo de los derechos humanos que la mujer con discapacidad se encuentra en una especial condición de vulnerabilidad. Ello ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, en consecuencia, dispuso una norma específica para su protección, poniendo especial énfasis en la obligación estatal de adoptar las medidas positivas necesarias para equiparar su situación: “Mujeres con discapacidad. 1. Los Estados Partes

reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples factores de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 6, CPDP). Disposición que reforzó el Comité de la Convención al expresar que los Estados deben adoptar todas las medidas para asegurar que aquellas “puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Unido a ello, la Convención enunció en un artículo (art. 2, CDPD) la noción de “discriminación por motivos de discapacidad” en donde expresó que “consiste en cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo (...)”. La cual “(...) incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”, entendiendo por “ajustes razonables” a todas las modificaciones y adaptaciones necesarias del medio en que se halla la persona, adecuadas para garantizarle el goce o ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás y, que no impongan una carga desproporcionada o indebida para quien se ve obligado a realizarlas.

En lo que a la maternidad respecta específicamente, son muchos los instrumentos internacionales que obligan a los Estados Partes a evitar discriminaciones y a brindar a las mujeres con discapacidad las herramientas necesarias para hacer posible el ejercicio de su maternidad. Así, por ejemplo, el art. 23 de la CDPD expresa que “Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con (...) la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad a fundar una familia (...); b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener (...) y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos (...)”. Principalmente en lo que aquí es objeto de análisis, refiere:

- “Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares” (...) Además “prestarán la asistencia

apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de su responsabilidad en la crianza de los hijos”

- Asimismo, estos “asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione (...) servicios y apoyo generales (...)”.
- También asegurarán que “los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño”. Lo que sigue es fundamental: “En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad (...) de ambos padres o de uno de ellos”.
- Finalmente dispone que “Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar a un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”.

Como se observa, la Convención es clara: las mujeres no pueden ser separadas de sus hijos en función de su discapacidad. Sino que ella es precisamente, la que provoca que el Estado se vea obligado a proporcionarle los servicios u apoyos necesarios para garantizarle el ejercicio de sus labores parentales, consistiendo ello en un ajuste razonable.

2.5. Especial situación de vulnerabilidad de la mujer con discapacidad:

Sentado lo anterior veamos qué es lo que ocurre en la realidad de nuestro país. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), ha dicho que la categoría de “loca” refuerza la condición de vulnerabilidad propia en que ya se halla la mujer en razón de su género²⁶. Expresando que: “La mujer loca, al alejarse de los estereotipos patriarcales que la sociedad exige a las mujeres” es, en muchas ocasiones, castigada socialmente. Ello no es una mera conjetura, sino que el Órgano de Revisión de la ley 26.657 mismo, ha señalado que a partir de los casos en los que ha intervenido en situaciones de mujeres y personas gestantes, ha podido observar que estas mujeres se ven impedidas

²⁶ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Comisión por la Memoria (CPM); Movimiento por la desmanicomialización en Romero (MDR). (2017). “La situación de las mujeres en el hospital psiquiátrico Dr. Alejandro Korn ‘Melchor Romero’”.

de ejercer su derecho al maternaje, en razón de su padecimiento mental. Este refirió que la causa que origina dicha situación es que en estos casos se cruzan estereotipos que discriminan doblemente: por un lado, aquellos vinculados a lo que se considera “una buena madre”, y, por el otro, aquellos vinculados a una “supuesta debilidad e incapacidad de las personas con padecimientos mentales”. Conjugación que “lleva a concluir que cualquier mujer o persona gestante con discapacidad no es apta para el ejercicio del maternaje” (recordemos que esta fue la lógica esgrimida precisamente, en el fallo en exposición para negarle a A.M.G el ejercicio de su maternidad).

Sofía Sesin Lettieri²⁷ agregó a ello que esas prácticas discriminatorias mencionadas por el órgano, influyen negativamente sobre el derecho de estas mujeres “a mantener a sus hijos con ellas, o sobre la posibilidad de requerir asistencia o apoyos”. Expresión de ello es, por ejemplo, la reiterada separación de los niños de sus madres con discapacidad al momento mismo de su nacimiento, sin darles a aquellas siquiera la oportunidad de ejercer su rol materno, o cuanto menos, de mantener un régimen de comunicación con aquellos²⁸. Por ello ha tenido dicho que: La regla de la que se parte de presunción de incapacidad en razón del padecimiento mental o del diagnóstico, continúa siendo el punto de partida, sin que se hayan puesto en marcha, sin embargo, mecanismos de apoyo al maternaje -que pueden variar de acuerdo a la situación particular de cada persona gestante-. Además, observó que en estos supuestos aparecen otras barreras como la falta de accesibilidad a los recursos, o la falta de estrategias para hacerlos efectivos. En ese sentido, el órgano pudo identificar algunos de los factores que profundizan esta vulnerabilidad. Así mencionó la carencia de una red socioafectiva continente, y la ausencia de una alternativa habitacional que resulte acorde a las preferencias de la mujer y persona gestante que posibilite el tratamiento de los cuidados integrales, como de los sistemas de apoyo para el ejercicio de la maternidad²⁹ como alguno de ellos.

2.6. Conclusiones preliminares:

De lo dicho en los dos anteriores apartados podemos concluir lo siguiente: Pese a la vasta normativa internacional de derechos humanos que protege a este colectivo

²⁷ Abogada (FCJyS-UNLP), maestrando en Derechos Humanos (FCyS-UNLP), curada finalizada. Coordinadora del programa de extensión Salud Mental y Derechos Humanos (FCJyS). Trabajó entre 2015 y 2020 en el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. Actualmente trabaja en la Subsecretaría de Salud Mental, Consumos Problemáticos y Violencias en el ámbito de la salud pública del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

²⁸ Sofía Sesin Lettieri. “Madres anónimas: el ejercicio de la maternidad de mujeres internadas en manicomnios”.

²⁹ Órgano de Revisión de la ley 26.657. Resolución (SE) 3/2019. Recomendación sobre “Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimiento de salud mental”.

especialmente vulnerable, en la práctica lo que se termina observando, en muchas ocasiones -no en todas-, es la negación del derecho de las mujeres a ejercer su maternidad de manera arbitraria. Pues a dicha decisión se llega sin antes haber intentado con la asistencia de los debidos sistemas estructurales de apoyos que puedan coadyuvar a aquellas en el ejercicio de sus labores parentales. Consistiendo ello en la denegación de un ajuste razonable a que el Estado está obligado a realizar para evitar convertirse en agente discriminador.

A la vez, se observa que, si bien la normativa internacional así lo manda, tampoco se les provee a estas de otros recursos necesarios para garantizar dicho ejercicio, como son apoyos financieros, afectación de recursos para garantizarles a aquellas una vivienda adecuada para desarrollar su vida familiar y garantizarle a los niños sus derechos, etc. todas medidas a que el Estado está obligado de manera reforzada por consistir en un colectivo hipervulnerable, sujeto a discriminación interseccional.

Lejos de ello, el Estado las sujeta a una nueva vulneración a sus derechos: a la violencia institucional de negarles la ayuda necesaria y luego usar utilizar dicho plafón fáctico como razonamiento acreditado para restringir su derecho a la maternidad so pretexto de actuar en resguardo del “interés superior del niño” –lo cual no quiere significar que este deba perderse de vista-. De igual modo que ocurrió en el caso Fornerón³⁰ ¿Por qué se sostiene esto? Porque inmediatamente de que se les niega a las mujeres el sistema de apoyos o los ajustes razonables para el ejercicio de su maternidad, se la suspende en el ejercicio de sus labores maternas, seguido del otorgamiento de la guarda provisoria de los niños a familias de pretensos adoptantes, lo cual genera que, al momento de resolver los recursos en cuestión por la denegación de los derechos que asistían a estas en primer lugar, los vínculos de los niños con los pretensos adoptantes se hayan ya consolidado. Y sacarlos de ese seno familiar en dicho momento, sería sí contrario al interés superior de aquellos.

Se observa por tanto que, al igual que en el caso Fornerón, el Estado mismo, mediante la denegación de justicia, consolida una situación de hecho que luego sirve de fundamento a la decisión de confirmar en las más altas instancias judiciales la decisión de restringir el ejercicio de la maternidad y de declarar a los niños en situación de adoptabilidad. El fallo expuesto en este trabajo es ejemplo de ello, pues allí la SCBA

³⁰ “Forneron e hija vs. Argentina”. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia n° 242 del año 2012. “Se trata de un caso paradigmáticamente grave, con una reprochable conducta de funcionarios judiciales quienes, en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de una niña y su progenitor, optaron por dilatar el proceso y fabricar un contexto fáctico irreversible que luego les sirvió de fundamento para su decisión”, Marisa Herrera (2015), “Manual de derecho de las Familias”

utilizó entre sus argumentos esta situación de consolidación de los vínculos de los niños con sus pretendidos adoptantes para dictar sentencia en contra de los derechos de A.M.G.

En sentido contrario a dicha actuación, y dando respuesta al interrogante del presente trabajo, son muchas las medidas que el Estado podría intentar y debería intentar –en rigor, que se ve obligado a intentar- antes de alcanzar tan gravosa solución (medidas que se analizarán particularmente en los apartados subsiguientes 2.7 y 2.8). Sólo de ese modo la actuación estatal consistirá en una restricción razonable de los derechos de las mujeres con discapacidad, y no en una restricción arbitraria o en una negación de derechos. Así como también el Estado evitará convertirse en agente generador de plataformas fácticas que sirvan de base a decisiones discriminatorias. Se debe citar en este punto a Juan Antonio Ceda, quien ha tenido dicho que: “Es necesario (...) cuidar las intervenciones estatales “benéficas” en la vida de las mujeres con discapacidad mental o intelectual”. “La herramienta del Estado como garante de derechos no se debe transformar en un control de la intimidad, ni tampoco en vara homogeneizadora de cómo deben ejercerse las maternidades. Los numerosos dispositivos estatales se convierten a veces en una clase de control moral, como lo eran hace cien años las ligas de madres de familia”³¹. Situación que nunca debe perderse de vista.

Finalmente, para terminar de visualizar el norte que deberían seguir entonces en estos procesos los operadores estatales y jurídicos, se debe hacer mención de la sentencia dictada en el marco del proceso “I., J. M. s/ protección especial” del año 2016, sentencia que opera como modelo del accionar que debe seguir el Estado si se pretende realizar un tratamiento armonioso de estas problemáticas, respetuoso de los derechos humanos de todos los actores involucrados en ellas.

2.7. I.J.M. s/ protección especial:

El caso en cuestión se trata de un hecho de similares características al mencionado al comienzo de este trabajo, pero con una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación opuesta a la primera, de la cual se pueden extraer valiosas conclusiones.

Este, aborda el caso de C. M.L., madre de J., M.L., quien es una mujer que posee una discapacidad intelectual cuyo diagnóstico consiste en una “limitación madurativa”, a raíz de la cual se le inicia el correspondiente proceso de insania –en autos caratulados “C., M.L. s/ Insania”-. En el marco de este, se produce un informe ambiental que provoca

³¹ Juan Antonio Seda (2017). “Maternidad en mujeres con discapacidad mental o intelectual. Conflictos jurídicos en torno a la adopción de sus hijos”.

la promoción por el Ministerio Público de una medida de “protección especial” respecto del menor, quien por ese entonces era un neonato. Petición que motivó la disposición en guarda de aquél en un Hogar sin haberle permitido a la primera siquiera llegar convivir con su hijo, lo cual reclamó a lo largo de todo el proceso.

Esta, cabe aclarar, vivía en comunidad y asistía a la Escuela de Educación Especial y Formación Laboral n° 36 donde contaba con la ayuda de sus integrantes en el ejercicio de sus derechos. Dicha institución tuvo un rol central en el ejercicio de su maternidad. Incluso fue quien asistió a la primera durante todo el proceso judicial, aun en la petición de los primeros pedidos de alojamiento conjunto con su hijo en algún tipo de dispositivo estatal que les permitiera la convivencia, los cuales ayudaron a promover. Peticiones que fueron denegadas por la justicia bajo el fundamento de que el Gobierno de la Ciudad había informado que no contaba con hogares que se adapten a tal objetivo. Ello motivó el señalamiento por parte del Ministerio Pupilar de que la “inexistencia de dispositivos adecuados no excusa al Poder Ejecutivo de brindar sistemas de apoyo en lo que atañe a la discapacidad y a la maternidad, por lo cual, debían urgirse las medidas administrativas para obtener una solución apropiada en cuanto a la prestación de asistencia conjunta para madre e hijo (fs. 186, 189, 191 y 193). Sin embargo, en la instancia de grado, luego de haberle solicitado a la madre del menor la presentación de una propuesta de crianza, se decidió finalmente decretar el abandono moral y material del niño y la consecuente situación de aquél en estado de adoptabilidad, por considerar insuficiente las propuestas diseñadas por C.M.L. para la crianza del menor, que implicaban ser alojada en un Hogar que les diera habitación conjunta a ella y al menor y, ser asistida por la institución de educación en sus labores maternas por no contar con otro medio familiar continente. Esta decisión fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, llegando el caso a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al momento de llegar el caso a la máxima instancia judicial, la plataforma fáctica había cambiado: C., M.L. contaba ya con una vivienda en la cual alojarse con su hijo y emprender un proyecto de familia juntos. Vivienda en la que vivía junto con algunos miembros de su familia que podían constituir una valiosa red de apoyos en el ejercicio de sus labores. Ello era, sin embargo, reciente, pues, hasta dicho momento, esta había continuado ejerciendo su maternidad respecto del menor, brindándole los cuidados propios de la función parental en el Hogar donde aquél se alojaba -visitándolo constantemente-, sin una vivienda propia (pues ella se alojaba también en otro Hogar) y sin la asistencia de dicha familia. Y aquí viene lo importante: hasta que su situación de vivienda y de constitución de una red familiar se consolidó, los apoyos necesarios en el ejercicio de su maternidad los habían conformado redes comunitarias y principalmente,

institucionales estatales –apoyos que seguía manteniendo, en tanto seguía asistiendo a estas- logrando significativos avances en el aprendizaje de dicha labor.

En ese sentido, el apoyo de mayor trascendencia fue la Escuela de Educación Especial y Formación Laboral aludida. Al respecto se dijo incluso en la actualización que se hizo del caso una vez arribado a la CSJN, que se había podido observar que: “los períodos durante los cuales los encuentros entre C. M.L. y su hijo fueron más regulares, coincidieron con los lapsos de tiempo en que la progenitora recibía apoyo y seguimiento por parte del equipo técnico del establecimiento educativo al que asiste; mientras que ella se debilitó en el ejercicio del rol materno en los recesos invernales”. Incluso la Cámara de Apelaciones había aceptado que “C. M.L. ha reaccionado de manera positiva a los apoyos idóneos de la Escuela de Educación Especial y Formación Laboral n° 36 (...)”. También resulto un apoyo importante el grupo de madres y padres al que C.M.L. asistía. Así como la fundamental asistencia terapéutica a la que asistió durante todo el proceso.

Todo ello logró en la madre significativos avances en el aprendizaje de sus labores maternas, al punto de que en la instancia superior se dijo: “si bien los expertos reconocen que cuando J.M.L. nació, su madre no contó con los apoyos suficientes para ejercer su rol, en la actualidad ponderan que ello ha cambiado (...)”. “C.M.L. aprendió la función parental, la cual ejerce con otro hijo más pequeño, M.D.L (...)”, con quien “se vincula afectivamente”: “se observa una relación amorosa madre-hijo que presenta conductas de apego –búsqueda de proximidad y mantenimiento de cercanía física alrededor de ella como figura diferenciada-”. Por lo que, la actual maternidad de C. M.L. “permite demostrar que cuando es ayudada y dispone de apoyos, puede ejercer ese rol”, con lo cual también puede hacerlo respecto de J. M.L.”. Se sostuvo en conclusión que: “los apoyos eficaces implementados han fortalecido el protagonismo de C.M.L. en igualdad de oportunidad con otras madres y se reitera que el despliegue que ella realiza en el ejercicio de su maternidad respecto de hijo menor es indicativo de que, con su diversidad funcional, puede proporcionar a J.M.L. un vínculo permanente, significativo y afectivo para satisfacer las necesidades de alimento y abrigo del niño en un clima emocional que permitirá su desarrollo, en la medida de su acceso a una variedad de servicios de apoyo”.

En dicha instancia valoraron además que “C. M.L sostiene su espacio psico-terapéutico individual para fortalecer su vínculo con J. M. L.; que acude a cursos de capacitación laboral y a grupos de madres y padres y; que estaría en condiciones de realizar labores sencillas remuneradas en la escuela a la que asiste en jornadas reducidas a fin de conciliar esas tareas con sus responsabilidades de crianza”. Motivo

por el cual se decidió finalmente por el reintegro paulatino y monitoreado de J. M.L. a la vida en familia con su madre.

En fin, el recorrido de los motivos que permitieron adoptar la decisión del reintegro del menor, demostró que cuando las madres reciben asistencia o apoyo en el ejercicio de su maternidad, aun cuando esta no proviene de su medio familiar, estas pueden adquirir perfectamente las habilidades y los aprendizajes necesarios para ejercer por sí sus labores parentales. De modo que:

1. Ni el mero hecho de que la mujer posea una discapacidad tiene que llevar a la conclusión de que esta se halla imposibilitada de ejercer sus labores maternas;

2. Ni la falta de un sistema o red de apoyos familiares debe llevar a la conclusión inmediata de la necesidad de decretar al niño en situación de adoptabilidad. Por el contrario, se trató de poner de resalto que las redes comunitarias y los apoyos institucionales como estas instituciones mencionadas, también pueden conformar valiosas redes estructurales de asistencia que le permitan a la mujer, los aprendizajes necesarios para el progreso en su maternidad.

Una cosa es clara: nadie puede solo, menos aún una persona que posee una discapacidad. Pero ello no la torna automáticamente en una persona impedida para llevar una vida libre; por el contrario, éstas pueden, con la ayuda necesaria (terapéutica, institucional, comunitaria) aprender a desenvolver sus relaciones intrapersonales, a mejorar en el ejercicio de su maternidad, a adquirir capacidades laborales para procurarse cierto dinero que coadyuve al sostenimiento de sus hijos, entre muchas otras cosas.

Esto que se concluye, se hace sin perder de vista, sin embargo, que esta opción y su viabilidad quedará sujeta en gran medida, al grado de discapacidad intelectual o mental que la madre posea, pues hay casos en que esto sería cuanto menos sumamente dificultoso. El hecho de que C.M.L. haya podido aprender las labores maternas y haya podido lograr este desarrollo en sus capacidades es en parte, debido a que esta poseía una discapacidad intelectual leve que le permitió, mediante la asistencia adecuada y el acompañamiento terapéutico necesario, superar sus dificultades. Sin embargo, no puede ignorarse que habrá otros supuestos en que la discapacidad de base de la mujer no le permita -ni aun con la asistencia adecuada-, la aprehensión de las herramientas necesarias que sus apoyos puedan brindarle, ni el acompañamiento terapéutico pueda aportarle más que a la estabilización de su cuadro. En esos casos en que la mujer se viera con tantas dificultades, la mejor opción consistiría sí en la adopción, toda vez que, ante la inexistencia de familiares que puedan asistirle día a día a ella y en la crianza de sus hijos, y ante el desalentador diagnóstico de progreso de aquella que tornara irrazonable intentar con otros sistemas de apoyos

alternativos la adopción se constituiría en la única opción viable en el interés superior de los niños con fundamento en su derecho a una vida familiar y, a que todo ello les sea garantizado dentro de un plazo razonable, pues la consolidación de plataformas fácticas como esta, o la dilación de su trámite, podrían exponer a los niños a una falta de adquisición de habilidades y herramientas indispensables vitales en los primeros años de vida que apareje consecuencias a futuro en su desarrollo, lo cual debe evitarse.

2.8. Ajustes razonables:

En conclusión, dar solución integral a estos supuestos implica para el Estado la formalización de los ajustes necesarios que estuvieran a su alcance en pos de mejorar la situación de estas mujeres con discapacidad, especialmente en lo que al ejercicio de su maternidad respecta. Para ello es fundamental que éste adopte todas las medidas positivas necesarias para garantizarle a aquellas sus derechos. En ese sentido hay medidas que se tornan fundamentales:

a) La primera medida necesaria en estos casos es incluir a estas mujeres en programas y subsidios estatales que permitan un ingreso adicional -al que ya tuvieran- o al menos un ingreso -si no tuvieran ninguno- al hogar. Así, por ejemplo, el otorgamiento de pensiones por discapacidad, de la Asignación Universal por Hijo, el subsidio de programas como “Crianza sin Violencia”³², “Programa de Asistencia Familiar”³³, “Programa de Asistencia a los Trabajadores de los Talleres Protegidos de Producción para personas con discapacidad”³⁴, entre otros³⁵. Pues recordemos que nunca la falta de medios económicos puede ser motivo para decretar la adoptabilidad

b) Por otro lado, es necesaria la creación de organismos extrajudiciales que provean de los sistemas de apoyos necesarios a las personas con discapacidad que no tuvieran medios familiares continentales que las asistan. En el caso, a las mujeres con discapacidad para el ejercicio de su maternidad.

En este sentido, se halló en la investigación una valiosa sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia n° 4 en lo Contencioso Administrativo de La Plata³⁶ que

³² Proyecto de UNICEF que se implementa en la provincia de Buenos Aires en conjunto con el Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia, que busca promover prácticas de crianzas positivas desde un enfoque de promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y de prevención primaria de la salud mental.

³³ Dispositivo de atención de niños, niñas y adolescentes que están atravesando un conflicto por vulneración de derechos, cuya específica atención se centra en el abordaje familiar de la problemática a los fines de fortalecer a los miembros como sujetos activos de la resolución del conflicto que atraviesan.

³⁴ Cuyo objetivo es promover el desarrollo laboral de las personas con discapacidad mejorando el acceso al empleo y posibilitar la obtención, conservación y progreso en un empleo protegido y/o regular en el ámbito público y privado.

³⁵ Ver al respecto www.argentina.gob.ar/servicio/tramitar-la-asignacion-universal-por-hija-o-hijo-auh en la parte referente a la “compatibilidad de programas y proyectos” con la Asignación Universal por Hijo.

³⁶ Causa “Asociación Azul c/ IOMA y otro/a s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos” (n° 5265) Juzgado de Primera Instancia n° 4 en lo Contencioso Administrativo de La Plata. 17 de Abril de 2020.

construyó a una prestadora de salud a la creación de un sistema de apoyos para que sus afiliados con discapacidad puedan servirse de dicho servicio de salud, pudiendo ser esta decisión germen a futuros de reclamos similares en relación a otras prestadoras o -cuanto menos-, ejemplo del camino que se debe seguir y que comienza a dejar antecedentes. Haré referencia a él brevemente:

El caso en cuestión se origina a raíz de una demanda entablada por la “Asociación Azul por la Vida Independiente de las Personas con Discapacidad” (una ONG destinada a la promoción de los derechos de las personas con discapacidad conformada por y para las personas con discapacidad y sus familiares) contra la Provincia de Buenos Aires a través de I.O.M.A. con el objeto de que la prestadora reconozca la figura del Asistente Personal³⁷ para todos sus afiliados con discapacidad. El principal fundamento de la petición fue “el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad” previsto en el art. 19 de la CDPD.

La jueza, luego de haber escuchado a las partes, la opinión de diversas personas y organizaciones, y aun la opinión de funcionarios de I.O.M.A., asistió razón al reclamo. Lo hizo sobre la base de que “el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad del art. 19 de la CDPC no puede ser postergado, porque es una obligación asumida por el Estado en dicha convención (...)”. Se suma a ello que la “Asistencia Personal es una de las herramientas más efectivas para asegurarlo, porque ella sola, es capaz de eliminar múltiples barreras de todo tipo³⁸ (...)”, por ello la gente con discapacidad “debería tener el derecho a contratar y gestionar sus Asistentes Personales y de elegir el modelo de trabajo que se adecúe mejor a sus necesidades”, para lo cual la prestadora de salud debería “cubrir los sueldos de los asistentes, así como otros gastos adicionales, como las contribuciones que ha de realizar el empleador, los costos administrativos (...)”, etc.

Partiendo de esa base concluyó que las prestaciones que I.O.M.A brinda en la actualidad no responden al modelo social y de derechos humanos, porqué están pensadas desde un punto de vista médico, de tratamiento, “como si tuvieran una enfermedad que debe ser curada y por eso está ordenada por los médicos y otros profesionales” -toda vez que la opinión del médico es la que prepondera en esos servicios-. Y en cambio, en las AP, quien debiera dirigir el servicio es el usuario. Por ello

³⁷ *Tipo de apoyo personal, mencionado en el trabajo en el apartado 2.3. b)*

³⁸ “Los Asistentes Personales son las herramientas que permiten la vida independiente. Los Asistentes Personales están enmarcados en una relación contractual con las personas con discapacidad, quienes les pagan por la asistencia que necesitan. La asistencia personal realizada por los PA debería ser proporcionada atendiendo a las necesidades individuales de cada persona, dependiendo de la situación personal de las mismas y en relación con el Mercado Laboral de cada país”. De la definición de la ENIL (European Network on Independent Living).

reconoció el derecho de todo el grupo representado por la Asociación Azul (personas con discapacidad afiliadas a I.O.M.A) de acceder a la Asistencia Personal. Y condenó, en consecuencia, a que I.O.M.A cree la prestación de Asistencia Personal bajo las siguientes pautas: (i) el seguimiento la CDPD y de los estándares internacionales; (ii) el enfoque de la discapacidad en los derechos humanos, centrados en las barreras y no en las deficiencias; (iii) que la AP esté controlada y dirigida por el usuario, teniendo en cuenta y acatando su voluntad y preferencias; (iv) la posibilidad de I.O.M.A. de exigir una capacitación específica en AP (por ejemplo, la que brinda la Asociación Azul), aunque no una titulación profesional; (v) que el trámite de reconocimiento sea lo más simple posible; (vi) la posibilidad de I.O.M.A de pedir informe médico sobre los impedimentos del solicitante para evaluar el pedido -lo cual no significa de ningún modo que el AP esté prescrito y dirigido por el médico-; y, (vii) la recomendación de dar prioridad a los trámites de pago del prestador de AP. Prescribió además que, en la creación de la prestación deben participar las Asociaciones formadas por y para las personas con discapacidad (las que se crean convenientes, pero debiendo formar parte sí o sí, la Asociación Azul).

Este fallo, al ordenar a una prestadora estatal de salud a crear un sistema de apoyo para sus afiliados marca un camino progresivo. Pues, de darse el cumplimiento de esta medida (en el eventual caso de adquirir firmeza la decisión), al menos un porcentaje de la población se vería posibilitada de acceder a este servicio.

c) Pero esta decisión, si bien progresiva y ejemplificadora, no sería sin embargo suficiente ¿Por qué? Porque quedarían todavía fuera del universo de personas con acceso a este servicio todas aquellas que no contaran con una prestadora de salud. Por ello, el Estado debiera, además, crear un organismo de apoyos extrajudiciales para la prestación gratuita de los mismos a las personas en condición de vulnerabilidad que no tuvieran acceso a una obra social. De lo contrario, se estaría vulnerando el principio de igualdad.

Esto, no fue ignorado por la jueza del Juzgado Contencioso, quien en la misma decisión aconsejó además al Poder Legislativo a que vuelva a dar tratamiento al proyecto de ley sobre Asistencia Personal (expte. D4618/18-19) redactado por la Asociación Azul³⁹. Ello así desde que la adopción de medidas legislativas que permitan

³⁹ Que en su art. 8 reza: "El Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires –IOMA-; los agentes de salud comprendidos en las leyes N° 23.660 y 23.661, las organizaciones de seguridad social, las entidades de medicina prepaga y todos los agentes que brinden servicios médico-asistenciales en el territorio de la provincia, independientemente de la figura jurídica que tuvieran, deberán brindar cobertura a la actividad de Asistencia Personal para las personas con discapacidad regulada en la ley". Proyecto de ley de Asistencia Personal. Asociación Azul. 12 de Noviembre de 2019.

la sanción de leyes concretas es el primer paso para tornar operativos los derechos contenidos en la Convención para las Personas con Discapacidad.

3. Conclusiones:

Del recorrido hecho en el presente trabajo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Como primera conclusión es primordial tener presente que, en estos casos, el hecho de que la mujer posea una discapacidad no la torna automáticamente en una madre menos idónea o apta para ejercer sus labores maternas, pues su discapacidad, podría no resultar obstáculo alguno para el ejercicio de sus tareas de cuidado y protección. En consecuencia, del hecho de su discapacidad no se podría deducir automáticamente la conclusión de la imposibilidad de aquella para ejercer sus deberes parentales.

2. En segundo lugar se debe concluir que estos procesos no pueden nunca poner el foco en el grado de discapacidad de la madre, sino sólo a los efectos de determinar los específicos obstáculos que aquella le genera y la delimitación de las tareas en que esto ocurre a los fines de designar el correspondiente sistema de apoyo y la intensidad que deberá tener el mismo. En este caso, el fin de estos, será el de coadyuvar a la mujer en el ejercicio de sus tareas parentales, promoviendo el aprendizaje de las mismas, hasta lograr la plena autonomía, o el mayor grado posible.

3. Ello sin perder de vista que el sistema de apoyos se constituirá en una medida adecuada siempre que no resultara en irrazonable o excesiva. Es decir, siempre que el grado de discapacidad no fuera tal que designar dicha asistencia para el ejercicio de la responsabilidad parental implicara, en la práctica, la sustitución de la mujer en sus tareas de cuidado, lo que excedería el test de razonabilidad del ajuste, en tanto el apoyo estaría -en rigor- ejerciendo el rol materno respecto de ese o esos niños en lugar de su madre. Con lo cual, pese a que el foco del proceso no puede estar nunca la discapacidad de la madre, el grado de esta será gravitante en el caso concreto a los fines mencionados.

4. Sin perderse de vista –además- que, en el caso de que los apoyos se constituyan por el contrario como adecuados o razonables, nunca podría privarse a esa mujer de la posibilidad de ser asistida por ellos en el ejercicio de sus labores maternas. Lo contrario, implicaría una denegación arbitraria de los ajustes razonables a que el Estado se ha obligado y, una denegación arbitraria de su derecho a ejercer su maternidad y de los niños a permanecer en su familia de origen.

5. Asimismo, debe concluirse al respecto que, en estos casos, si bien lo más conveniente es que el sistema de apoyo esté conformado por las redes familiares de la mujer con discapacidad, el hecho de no poseerlos no puede constituir en sí mismo fundamento para decretar a los niños en situación de adoptabilidad.

6. Por el contrario, se ha demostrado que las redes comunitarias de apoyo, así como los apoyos institucionales pueden resultar una gran herramienta de ayuda en la facilitación de este ejercicio. Así, por ejemplo, las instituciones estatales, los centros comunitarios, las escuelas especiales, los grupos de apoyo de madres y padres, etc. que constituyen valiosos espacios de aprendizaje para estas.

7. En conclusión, recién cuando nada de esto fuera posible vbgr. cuando ello resultara irrazonable o hubieran ya fracasado las medidas de apoyo, la adopción se constituiría como la mejor opción en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Sólo de este modo se estarían armonizando los derechos de todos los involucrados, sin relegar los de la madre en función de los de los hijos; o sin negarle a la primera un derecho tan elemental como el del ejercicio de su maternidad sin antes haber agotado todas las instancias previas.

8. Por otro lado, en estos casos, si la adopción se hubiera presentado como única medida idónea y respetuosa de los derechos de todos los involucrados, debiera propenderse siempre que ello fuera posible, por la adopción de tipo simple, siempre que ello no fuera contrario al interés superior de los niños, niñas u adolescentes.

9. Finalmente, el estado debiera adoptar todas las medidas internas necesarias para evitar la réplica de decisiones de este tipo. En ese sentido, es necesario y fundamental la creación y fortalecimiento de políticas públicas que propendan a la promoción y efectivización de estructuras extrajudiciales de apoyos, que permitan a aquellas personas que no cuentan con familiares -que puedan ocupar el rol de apoyo-, lograr dicho acompañamiento desde la asistencia estatal. A tal fin es necesaria la afectación de especial presupuesto para su creación. También es necesaria la afectación de mayor presupuesto para asistir a este colectivo en especial condición de vulnerabilidad en la posibilidad de acceder a trabajos, a planes sociales, a programas educativos, etc.

Asimismo, es necesario el acompañamiento de la legislatura en la creación y efectivización de esos planes. Así, por ejemplo, que se dé tratamiento a la Ley de Apoyos propuesta por la Asociación Azul o bien, que se presente una ley superadora por la que se cree una estructura de apoyos extrajudiciales. Así como leyes que reglamenten su ejercicio.

Finalmente, es fundamental reforzar la capacitación de los operadores jurídicos en temáticas como discapacidad, para evitar que decisiones de este tipo continúen replicándose, siendo la formación de aquellos una gran herramienta. Además, como se ejemplificó en el caso de "I.O.M.A", la justicia puede constituirse en gran herramienta de cambios al constreñir a ciertos organismos públicos o privados a dar cumplimiento de las obligaciones a su cargo, mejorando las condiciones de vida de estas personas.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Doctrina:

Bonilla José Mauricio (2019) “Los Paradigmas y modelos sobre la discapacidad: evolución histórica e implicaciones educativas”.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Comisión por la Memoria (CPM); Movimiento por la desmanicomialización en Romero (MDR). (2017). “La situación de las mujeres en el hospital psiquiátrico Dr. Alejandro Korn ‘Melchor Romero’”.

Eggers Cecilia. “Los sistemas de apoyos al ejercicio de la responsabilidad parental en personas con discapacidad. Una mirada a las políticas públicas en la provincia de Buenos Aires”. Maestría en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles. UBA, Facultad de Derecho.

Herrera Marisa (2015). “Manual de Derecho de las Familias”.

Lettieri Sesin Sofía “Madres anónimas: el ejercicio de la maternidad de mujeres internadas en manicomios”.

Murúa Fabián “El derecho a decidir: apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas”. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Seda Juan Antonio (2017). “Maternidad en mujeres con discapacidad mental o intelectual. Conflictos jurídicos en torno a la adopción de sus hijos”.

Seda Juan Antonio (2014). “Nacidos para la adopción”.

Smario Lis Alejandra. Sexto programa de actualización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia.

Suárez María Pilar y Herrera Iturbe Daniela Belén. Universidad Nacional de la Rioja. “Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad”.

Velázquez Díaz Eduardo (2009) “Reflexiones epistemológicas para una sociología de la discapacidad”.

Videtta Carolina (2015) “El proceso de adopción y su interacción con el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”. Editorial La Ley.

4.2. Jurisprudencia nacional:

“Asociación Azul c/ I.O.M.AA. y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos”. Juzgado de Primera Instancia n° 4 en lo Contencioso Administrativo de La Plata (2020).

“G., A.M. Insanía y Curatela”. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (2015).

“I.M.J. s/ Protección Especial”. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2016).

4.2.1. Jurisprudencia internacional:

“Fornerón e hija vs. Argentina”. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva n° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.3. Normativa nacional:

Ley de Promoción y Protección Integral a Niños, Niñas y Adolescentes, ley n° 26.061.

Ley Nacional de Salud Mental, ley n° 26.657

Resolución 3 (2019). Órgano de Revisión de la ley 26.657, Ley Nacional de Salud Mental. “Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimientos de salud mental”.

4.3.1. Normativa internacional:

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (2006).