



Descentrada, vol. 1, n° 1, e007, marzo 2017. ISSN 2545-7284
 Universidad Nacional de La Plata
 Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación
 Centro Interdisciplinario de Investigaciones en Género (CInIG)

Maternidad en mujeres con discapacidad mental o intelectual. Conflictos jurídicos en torno a la adopción de sus hijos

Maternity in women with intellectual or mental disabilities.
 Legal conflicts over the adoption of their children

Juan Antonio Seda *

* Universidad de Buenos Aires, Argentina | juan.antonio.seda@gmail.com

PALABRAS CLAVE

Mujeres con discapacidad mental o intelectual
 Maternidad
 Adopción

KEYWORDS

Women with mental or intellectual disability
 Maternity
 Adoption

RESUMEN

En este artículo se analizan algunos de los argumentos expresados en procesos judiciales que declaran la adoptabilidad de los hijos nacidos de madres con discapacidad mental o intelectual. Expondré precauciones que considero deben tenerse en cuenta en esos procesos, antes de determinar esas adopciones. Luego presentaré tres sentencias judiciales argentinas que exponen la clásica tensión en esta materia: por un lado el esfuerzo por sostener la familia de origen y por otro, la búsqueda de padres adoptivos para garantizar el interés superior del niño. Finalmente me pregunto cuáles son esos apoyos razonables que se podrían ofrecer para ejercer la maternidad.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze some of the arguments expressed in those judicial proceedings that declare the adoptability of children born to mothers with mental or intellectual disabilities. Furthermore, I will set forth the precautions that, in my opinion, should be taken into account in these processes before determining such adoptions. In addition, three Argentine judicial sentences that explain the classic tension in this matter will be exposed: on the one hand, the effort to keep the family of origin together and, on the other, the search for adoptive parents to guarantee the best interest of the child. Finally, the question as to which of those reasonable supports could be offered to exercise motherhood will be set out.

Recibido: 14 de diciembre de 2016 | Aceptado: 16 de febrero de 2017 | Publicado: 20 de marzo de 2017

Cita sugerida: Seda, J. A. (2017). Maternidad en mujeres con discapacidad mental o intelectual. Conflictos jurídicos en torno a la adopción de sus hijos. *Descentrada*, 1(1), e007. Recuperado de <http://www.descentrada.fahce.unlp.edu.ar/article/view/DESe007>



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional
http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es_AR

1. Introducción

En este artículo se analizan algunos de los argumentos expresados en procesos judiciales que declaran la adoptabilidad de los hijos nacidos de madres con discapacidad mental o intelectual. Expondré precauciones que considero deben tenerse en cuenta en esos procesos, antes de determinar esas adopciones. Luego presentaré tres sentencias judiciales argentinas que exponen la clásica tensión en esta materia: por un lado el esfuerzo por sostener la familia de origen y por otro, la búsqueda de padres adoptivos para garantizar el interés superior del niño. Finalmente me pregunto cuáles son esos apoyos razonables que se podrían ofrecer para ejercer la maternidad.

El conjunto de personas con discapacidad abarca alrededor del quince por ciento de la población mundial, según datos elaborados por la Organización de la Salud, en consonancia con los censos elaborados por muchos gobiernos de diferentes naciones. Sin embargo, debo aclarar que aquí no se desarrollará un estudio sobre la discapacidad en términos generales, sino específicamente sobre aquellas personas con padecimientos mentales o bien con limitaciones cognitivas que puedan ser consideradas discapacitantes. La discapacidad no es una categoría transparente, que pueda ser discernida desde los términos que utilizamos coloquialmente.

La propia definición legal de discapacidad es imprecisa y se suele utilizar terminología variada para nombrar situaciones similares. Por ejemplo, en algunos documentos la designan como “discapacidad psicosocial” o también “diversidad funcional”, como manera de enfatizar el componente social de estas categorizaciones. Evitaré aquí estos debates sobre nomenclaturas y utilizaré operativamente las categorías de discapacidad mental y discapacidad intelectual, que están expresamente reconocidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el primer caso, refiere a la condición de aquellas personas con patologías mentales y, en el segundo, a las que no han desarrollado habilidades cognitivas suficientes según estándares sociales. Esta consideración quedará establecida si tal condición resulta discapacitante. La construcción de la discapacidad es un debate sumamente interesante y valioso, pero este tema fue tratado en trabajos anteriores y excede del objeto de este artículo (Seda, 2014).

Temas como el que aquí analizaremos puede tener diversos ángulos para un posible abordaje, por eso es importante reiterar que aquí nos centraremos en la discapacidad mental o intelectual. Eso implica dejar por ahora otras situaciones, que también pueden merecer un análisis respecto a los apoyos para el ejercicio de la maternidad. Por ejemplo, la profesora mexicana María del Pilar Cruz Pérez (2014) ha desarrollado un interesante análisis sobre la discapacidad física y las diferentes formas de discriminación a través de la construcción de la maternidad como un deber femenino. En una perspectiva similar, Jenny Morris (1997) enfatiza la necesidad de dar visibilidad a las luchas feministas que promueven la vida independiente de las mujeres con discapacidad. Ya más vinculado a una intervención en el campo de la salud mental, Ana María Alberti (1994) ha planteado que la noción de capacidad de autonomía en la vida cotidiana, se va formando como un proceso paulatino. Aquí, entonces, aparece la posibilidad de trabajar en un contexto favorable para que una madre con discapacidad mental pueda, con los apoyos suficientes, criar de manera autónoma a su hijo o hija.

En este texto intentaremos mostrar las posturas diferentes ante los requisitos que las leyes imponen para el ejercicio de la maternidad. La perspectiva aquí elegida, intenta sacar a la luz algunas de las tensiones que se producen cuando enfrentamos situaciones ambiguas. O sea, no siempre se trata de una disputa de intereses o pretensiones jurídicas, porque hay casos en los cuales las madres con discapacidad mental o intelectual no desean llevar adelante su embarazo o luego ejercer la maternidad, que implica una serie de compromisos legales y sociales. Cuando hablamos de “voluntad” en estas situaciones hay que ser cuidadosos, ya que el derecho argentino entiende como “acto voluntario” a aquel que es realizado con discernimiento.

Para el derecho argentino, la responsabilidad parental es “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores respecto de la persona y los bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral...”. Tal es la definición que da el Código Civil y Comercial argentino en su artículo 638. Esta labor requerirá de algunas habilidades sociales y que podrían realmente resultar demasiado complejas para una persona que no cuente con un nivel adecuado en su funcionalidad cotidiana. Claro que, entonces, se necesita una evaluación muy subjetiva y sutil, lo cual hace aconsejable asumir la complejidad de estas situaciones y dejar sentadas algunas premisas que eviten arbitrariedades.

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. Se debe partir de la premisa del respeto por la intimidad familiar y el derecho a que hijos y progenitores se mantengan unidos, sin injerencias arbitrarias por parte del Estado u otros particulares. Pero también es indispensable asumir como un dato insoslayable que hay personas con discapacidad mental o intelectual que no tienen la autonomía funcional necesaria para cuidar de sí mismas. Menos aún, para tomar a cargo la responsabilidad sobre el cuidado de otro ser humano, que en el caso de los bebés o niños requieren de una protección intensa. La evolución jurisprudencial y legislativa argentina tiende precisamente a tener en cuenta estos factores, promoviendo como primera opción el mantenimiento del núcleo originario familiar, aunque no se trata de una regla absoluta.

Es necesario recordar que las leyes argentinas enumeran una serie de conductas o circunstancias que tienen como consecuencia la privación o suspensión de la responsabilidad parental. Se trata del abandono del hijo, el ataque contra su persona o sus bienes, poner en peligro su seguridad, su salud física o psíquica (según dispone el Código Civil y Comercial en su artículo 700). Para la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental se destaca el supuesto que trae el inciso “c” del artículo 702, que dice que quedará suspendido el ejercicio de la responsabilidad parental mientras dure “la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio”. También, veremos que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dos tratados internacionales sancionados en 1989 y 2006 respectivamente que promueven la adopción para esas circunstancias.

Las patologías mentales y las deficiencias cognitivas no pueden ser ignoradas, ni tampoco pueden ser minimizados sus efectos, sobre todo cuando es necesario afrontar la crianza de niños, niñas o adolescentes. Deberíamos eludir una perspectiva polarizada y mostrar que es falaz y prejuiciosa la idea de una inevitable contradicción entre el derecho a la maternidad de una mujer con discapacidad mental o intelectual y el interés superior del niño. En el plano de la argumentación jurídica, podrá observarse que hay dificultades para armonizar principios y valores en tensión. Por el contrario, es común que se haga referencia a la jerarquía de los derechos, en lugar de armonizar normas que confluyen.

2. Origen de esta preocupación

La adopción de hijos de mujeres con discapacidad mental o intelectual no es un tema novedoso en el debate jurídico, aunque recupera vigor la polémica con las actualizaciones normativas y también con el activismo a favor de los derechos de este colectivo. Nos referimos en particular a los nacimientos de niños de filiación paterna desconocida y que no tienen familiares directos que pudieran solicitar la guarda. O sea, madres con discapacidad mental o intelectual en contextos de extrema vulnerabilidad social. Más allá de esta pertenencia al campo jurídico, este trabajo continúa un recorrido iniciado en el mismo tema hace aproximadamente una década, a partir de una duda que surgió en el marco de una investigación etnográfica (Seda, 2011). Durante un

trabajo de campo desarrollado entre los años 2005 y 2008, donde tomé como referencia empírica una institución estatal de internación de personas con discapacidad intelectual, tuve la oportunidad de entrevistar a varias mujeres residentes en aquel establecimiento. Se trataba de la Colonia Montes de Oca y el objeto de aquella investigación era describir y analizar los vínculos sociales que establecían las personas con discapacidad intelectual que se alojaban en esa institución. En las entrevistas, varias mujeres que estaban internadas allí expresaban que habían tenido hijos y que esos niños habían sido llevados a otra ciudad sin que ellas supieran más de ellos. Consulté también con enfermeras y funcionarias de dicha institución, que me confirmaron que los hijos nacidos en esos ámbitos eran regularmente entregados con fines de adopción. Se trataba de una práctica habitual y no había ninguna precaución para que esas madres mantuvieran alguna comunicación con sus hijos.

Indagando luego sobre esta clase de entregas en adopción, me encontré con que esa práctica había sido cuestionada en varios procesos judiciales, por funcionarios que pretendían garantizar el derecho a una comunicación fluida entre madres e hijos, aún cuando se dictara la adopción. En diferentes lugares del país, habían sido apeladas sentencias judiciales que otorgaban adopciones plenas, mostrando que esa institución cortaba definitivamente el vínculo entre el hijo adoptado y su familia de origen. Hay que recordar que nuestro sistema legal cuenta con una opción que aquí sería perfectamente aplicable, la adopción simple. Esta clase de adopción no elimina el vínculo entre la madre biológica y su hijo, si bien permite que se realice la adopción por parte de otra familia que desarrollará la crianza del niño.

Hace más de medio siglo, el antropólogo Robert Edgerton, a partir de una muy cuidadosa y fundada investigación, demostró la relevancia de los lazos sociales en relación a la inserción social de las personas con discapacidad mental o intelectual (Edgerton, 1984). Estos lazos resultan más relevantes que las aptitudes cognitivas individuales, por la posibilidad de apoyos concretos en un contexto adverso. Tomando ese antecedente y otros análogos, vinculados a esa tradición teórica, realicé la investigación etnográfica que mencioné arriba, cuyo objetivo era detectar y analizar los comportamientos sociales que desarrollan personas a quienes muchas veces las propias leyes no les reconocen habilidades suficientes para vivir en libertad. El resultado de esas observaciones y entrevistas es coincidente con los estudios que desarrolló Edgerton. Así, se llegó a la conclusión que afirmaba la trascendencia que pueden tener ciertos apoyos familiares o del entorno afectivo para la autonomía individual en el contexto social. Por lo tanto, hay personas con discapacidad mental o intelectual que pueden cumplir a la perfección roles complejos en la sociedad, como por ejemplo la crianza de un hijo.

A continuación propondré algunos criterios interpretativos, que deberían considerarse en esta materia, a partir de la incorporación de una norma del derecho internacional público a la que adhirió la República Argentina, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Como podremos constatar, este tratado internacional de derechos humanos no descarta la adopción de los niños nacidos de madres con discapacidad, pero exige el agotamiento previo de las posibilidades que permitan mantener unida a la familia de origen.

3. Los tratados internacionales de derechos humanos

Hay dos instrumentos internacionales fundamentales en este tema, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. La primera, en su artículo noveno, establece que los Estados Partes se comprometen a que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Claro que esto admite una excepción, cuando lo decida el juez competente y en cumplimiento de los procedimientos previstos, con todas garantías en juicio. Esta Convención consagra el interés superior del niño como guía para cualquier decisión. Se busca evitar el maltrato o el abandono, dando al niño otra familia cuando no hubiera otra alternativa en su familia extendida. Este es el criterio que también consagran las leyes argentinas, que en el artículo 607 del Código Civil y Comercial prevé los supuestos para la

declaración judicial de la situación de adaptabilidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 23, aborda el derecho a la intimidad, a la sexualidad y a constituir una familia. Expresa esta norma que las personas con discapacidad tienen derecho a establecer relaciones de pareja, formar una familia y tener hijos, sin ninguna clase de discriminación. En tal sentido, los Estados Partes de ese tratado deben tomar medidas efectivas y pertinentes para evitar la discriminación por causa de discapacidad.

El mismo artículo 23 plantea la libertad para tener hijos, el inciso “b” de este artículo aclara que las personas con discapacidad tienen el derecho a “decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quiere tener”. No debemos olvidar que en muchos casos se trata de mujeres que tienen padecimiento mental o déficit cognitivo. ¿Cómo es la decisión libre y responsable de quien tiene esa clase de limitaciones? Por otra parte, está expresamente prohibida la privación de la fertilidad, algo que en algunos casos tenía un sesgo cuasi-eugenésico. El control de la natalidad y el ejercicio pleno de la sexualidad en estos casos constituye otro interesante debate pero que excede el objeto de este trabajo, orientado específicamente a las adopciones.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reitera el principio del interés superior del niño. Lo hace en el mismo inciso en el cual refiere a la adopción, resguardando las garantías en esos procesos, pero aceptando que se lleven adelante. O sea, en esta misma norma conviven ambas soluciones: que los hijos nacidos de personas con discapacidad sean criados por su familia de origen, pero por otro lado también acepta que esos niños sean dados en adopción cuando sus madres no estén en condición de afrontar su crianza.

Sobre el final de este párrafo se remarca la precaución que deben tener los Estados Partes para prestar “la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”. En el punto 4 de este mismo artículo 23 se asume que, en razón de este interés superior del niño, pueden existir casos en los cuales se requiera una separación. Se aclara que, en tales procesos, se realizará un detenido examen por parte de las autoridades judiciales competentes, garantizando la defensa en juicio. ¿En entonces la separación una solución aceptable? Sí lo es, pero siempre que no existiera otra opción disponible. Esa apreciación queda a criterio de los jueces, luego de un estudio integral e interdisciplinario, respetando las garantías del proceso legal.

Hay que decir que el último párrafo del punto 4 del artículo 23 podría resultar algo confuso: “En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”. Ya habíamos visto que esta Convención sí acepta la separación de los hijos y padres, en los casos en los cuales éstos no puedan cumplir con las obligaciones que acarrea tal responsabilidad. Lo que realmente prohíbe esta Convención es que tal separación se realice por el solo hecho de la discapacidad. Esa norma también obliga a que la decisión se lleve a cabo luego de cierto procedimiento, o sea que se realice una evaluación detenida por parte de juez competente y con un asesoramiento idóneo. Entonces la separación es la última alternativa, para cuando ya se intentaron y agotaron las demás vías. A continuación reseñaré tres casos muy recientes, extraídos de la jurisprudencia de la República Argentina. Son fallos en los que debieron tratarse precisamente situaciones como las aquí planteadas y que podrían servir como referencia, claro que aceptando que cada situación tiene sus propias particularidades.

4. El tiempo prudencial para insistir con la revinculación

En enero de 2017, la sala cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Salta resolvió, en el caso “R., M. L. s/protección de personas”, que los padecimientos mentales de una madre, que derivan en la imposibilidad de llevar a cabo los cuidados personales de su hija de trece años de edad, pueden ser causa suficiente para declarar el estado de adoptabilidad. En ese mismo sentido había fallado el juez de

primera instancia, resolución que luego fue ratificada por el tribunal de segunda instancia.

Este fallo resalta que la resolución del juez fue tomada luego de un detallado estudio que incluyó pericias interdisciplinarias. Incluso se habían intentado medidas de apoyo profesional, para consolidar el vínculo entre madre e hija, lo cual no pudo concretarse por el padecimiento mental de la progenitora (sufre una psicosis crónica, esquizofrenia paranoide). Los informes socio-ambientales detallaban situaciones domésticas en las cuales la madre había puesto en situaciones de alto riesgo a su hija, con agresiones verbales y físicas, en algunos casos bajo la influencia del consumo de alcohol. Por ese motivo, esa niña fue oportunamente separada de la madre, para ser cuidada por una familia sustituta. Durante todos esos años se planteó una estrategia de revinculación entre madre e hija, a partir de promover el tratamiento psiquiátrico. Sin embargo, los resultados no fueron favorables para ese vínculo.

Se trata de un caso en el cual no hay filiación paterna conocida, así como tampoco otras opciones de contención en el contexto familiar de la progenitora. Entre los argumentos para esta decisión, se destacan las condiciones objetivas en las que vive la niña y la insuficiencia de meras expectativas sobre los futuros tratamientos y una eventual recuperación en la salud mental de la madre. En este caso, la madre no expresaba deseos de mantener contacto con su hija. De forma análoga, la hija tampoco manifestaba deseos de convivir con su madre de origen (aunque a su vez pidió específicamente ser adoptada por otra familia y no con la que convivía provisoriamente en ese momento).

La representante del Ministerio Público apeló la medida del juez que había declarado el estado de adoptabilidad, alegando que esa sentencia no había hecho mención a normas como la Ley de Salud Mental, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Ley N° 26.061 (de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que tiene su correlato en Salta en la Ley Provincial N° 7039/99). En la sentencia de la Cámara de Apelaciones sí se analizan con detalle esas normas y aún así se confirmó la declaración del estado de adoptabilidad. Entre otros argumentos se sostuvo que las continuas dilaciones en la tramitación del proceso serían perjudiciales para el interés de la niña (en realidad ya una adolescente de trece años).

Según los jueces de esa Cámara de Apelaciones, ya existían elementos comprobados como para tomar una decisión sobre la adopción y la excesiva demora conspiraba contra el derecho a una familia e incluso contra las garantías judiciales, tal como surge del fallo “Fornerón e hija contra la República Argentina” emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O sea que también la razonabilidad de los plazos debe ser tomada en cuenta para dar cumplimiento a los estándares que surgen del sistema internacional de derechos humanos.

En definitiva, este fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Salta destaca que la declaración de adoptabilidad no es por causa de la discapacidad mental en sí misma, sino que se funda en su alcoholismo y conducta violenta. Aunque sí surgía de los informes socio-ambientales que la falta de control voluntario de esas manifestaciones agresivas, estaba íntimamente relacionado con su padecimiento mental.

5. La expresión de deseo para sostener un vínculo

En el caso “A.J y A.J.G. s/declaración de estado de abandono y guarda para futura adopción”, en noviembre de 2016, la sala primera Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Gualguaychú expresó la necesidad de explorar cómo el Estado puede poner a disposición recursos para promover el valimiento de una mujer con discapacidad mental para el ejercicio de la maternidad.

Cuando una mujer con discapacidad mental o intelectual tiene un hijo sin una contención familiar que pueda colaborar en los cuidados personales, la adopción aparece como la mejor solución para todos. Aquí los jueces entrerrianos expresaron su preocupación por la falta de los apoyos que el Estado debió poner a disposición

para procurar mantener ese vínculo materno-filial. A partir del análisis de los hechos, concluyen que es posible que si esa madre hubiera tenido apoyos suficientes, podría haber sostenido el cuidado personal de su hijo. Esa clase de optimismo no siempre tiene fundamento fáctico y obedece al deseo de sostener los vínculos de origen.

¿Cuáles son los apoyos que requeriría una madre con discapacidad mental para poder afrontar los cuidados personales que demanda el cuidado de cualquier persona en su infancia? Obviamente no hay una fórmula general, pero, además, hay relativamente poco tiempo para estudiar una respuesta. La particularidad de estos procesos hace que deban tenerse en cuenta las situaciones de hecho y la consolidación de los vínculos en el tiempo. De allí que muchas veces deba optarse por una solución que no empeore las condiciones socio-afectivas durante la crianza.

Los jueces mantuvieron la declaración de estado de adoptabilidad, atendiendo al tiempo transcurrido y a la urgencia de dar al niño una solución estable en relación a su estado familiar. También se tomó en cuenta la posibilidad de mantener un vínculo entre madre de origen y su hijo, aún luego de producida la adopción. Para ello es fundamental analizar la predisposición a tal relación por parte de los padres adoptantes.

También esta sentencia cita como un antecedente a tomar en cuenta el fallo “Furlán y familiares contra la República Argentina”, emitido en el año 2012 y donde se condenó al Estado nacional por falta de aplicación de normas vigentes en materia de discapacidad y extrema ineficiencia para promover medidas de acción positiva para las personas con discapacidad.

6. Agotar todas las alternativas antes de la adopción

Durante el año 2016, en la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación trató un caso sobre la adopción de la hija de una mujer con discapacidad mental. Me refiero a la causa “L., J. M. s/ protección especial”, que llegó al máximo tribunal argentino a través de un recurso de hecho, el día 7 de junio de 2016. La cuestión versaba acerca de la declaración de abandono moral y material de su hija, que justificaría el inicio que culmine con la adopción de esa niña por otra familia. La novedad de este pronunciamiento es que se busca mantener el vínculo entre madre e hija, a través de los ajustes razonables que pudieran servir como apoyo para el ejercicio del rol maternal.

Hay que decir que el Código Civil y Comercial argentino incluye la posibilidad de declarar el estado de adoptabilidad, aún cuando tenga padres. La declaración de adoptabilidad se dictará de forma excepcional y luego del fracaso de las “medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada”, tal como señala el inciso c) del artículo 607 del Código Civil y Comercial. Como ya habíamos visto, tal es la solución que propone también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ese caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por sucesivas apelaciones. La primera apelación surgió ante un pronunciamiento del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10, que había declarado el estado de abandono moral y material de la niña. El argumento para aquella declaración era que la madre, con discapacidad mental, no estaba en condiciones fácticas de hacer frente a las obligaciones que acarrea ese rol. Tal medida fue apelada, pero en la segunda instancia se confirmó la decisión, con los mismos fundamentos, a través de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

El proceso judicial que culminó con la declaración de adoptabilidad, se había iniciado cuatro años antes, a partir de un informe socio-ambiental que hizo una trabajadora social en el domicilio donde vivía esta mujer. Paradójicamente, aquel informe tenía inicialmente otro objeto, relacionado con la hermana, que también tiene una discapacidad mental. Al concurrir a ese hogar para realizar ese informe, la trabajadora social observó a esa madre con su hija recién nacida e informó de oficio al juez sobre la grave situación de vulnerabilidad. A partir

de la observación que realizó dicha profesional, los funcionarios del Ministerio Pupilar promovieron un proceso de “protección especial” para que esa niña no conviviera más con su madre.

La madre con discapacidad mental concurría a una Escuela de Educación Especial y Formación Laboral, donde ya conocían su condición y, por lo tanto, habían diseñado una estrategia institucional para brindar posibilidades de apoyos para el ejercicio de su maternidad. El primer punto, en este sentido, que recomendaron las autoridades de la Escuela Especial fue sostener el alojamiento conjunto de madre e hija. Por supuesto que se enfatizaba en la necesidad de mantener las evaluaciones psiquiátricas periódicas. Por eso se hizo un pedido de evaluación a los equipos técnicos del Hospital Neuropsiquiátrico Braulio Moyano, dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En el requerimiento se consultaba si esa mujer podía “ejercer su capacidad maternal en forma independiente”. El informe expresaba que la madre sí estaba en condiciones de afrontar una convivencia con su hija, aunque dejando constancia de la necesidad de un control y de una supervisión de manera periódica.

El criterio que expuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que deben buscarse y agotarse todas las alternativas antes de separar a una madre de su hija. Es un avance en cuanto a la interpretación coherente y armónica de los derechos en tensión, una valiosa oportunidad para darle visibilidad a esta clase de discusiones.

7. La imposibilidad fáctica de dar cuidados personales

El derecho de un niño o una niña a no ser separados arbitrariamente de su familia de origen ya estaba reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, sin perjuicio de otras normas, por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo mismo respecto de la preservación de su identidad. El derecho a la familia, a la privacidad y no intervención indebida del Estado ni de terceros y la no discriminación son principios elementales que no se suelen respetar cuando los titulares son personas con discapacidad mental o intelectual y suman a esta condición la vulnerabilidad social y la falta de apoyos en núcleos familiares.

Debemos lograr mayor nitidez acerca de cuáles pueden ser esos apoyos que permitan el ejercicio de la responsabilidad parental, sin que se desnaturalice la función. Si fuera una intervención excesivamente invasiva, estaríamos desbordando el rango de apoyo y se convertiría en una sustitución. Este reemplazo superaría el límite de lo que se debe considerar como un ajuste razonable, otra de las nociones que trae la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que merece mayor reflexión en el campo de los estudios sobre la interpretación de estas normas.

Podría existir una tensión entre el derecho de un niño a criarse con su familia de origen y el derecho a no sufrir vicisitudes nocivas por causa de esa relación con una persona con padecimientos mentales o bien con un deterioro cognitivo. La cuestión se torna resbaladiza cuando, como en este caso, la madre no puede aportar ciertas garantías materiales o incluso afectivas en la crianza por causa, precisamente, de su discapacidad mental o intelectual. Es evidente que no se trata aquí de una situación de negligencia de la madre, sino de una imposibilidad de hecho y ajena a su voluntad, para poder ofrecer ese entorno favorable a su descendencia.

Por lo tanto, hay muchas opciones que deben ser exploradas antes de recurrir a esa declaración de adaptabilidad. Se deben buscar vías alternativas para que esa mujer y su hijo o su hija puedan desarrollar un vínculo de convivencia, ampliando las opciones a todo el grupo familiar y priorizando siempre la vinculación con la familia de origen. Ahora bien, por otra parte esa especie de evaluación debería realizarse con la mayor premura posible, evitando dilaciones innecesarias, de forma de brindar lo antes posible un entorno seguro al niño, la niña o adolescente. El interrogante que deberá ser analizado es cuáles son los apoyos que podría necesitar cada madre con discapacidad mental o intelectual para la crianza, ya que precisamente esa mayor o

menor intervención puede ser la clave para aconsejar o no una adopción.

8. Requisitos para ejercer el rol parental

La legislación argentina impone requisitos para el ejercicio de la responsabilidad parental, incluso en algunos casos bajo apercibimiento de suspensión o privación. Específicamente respecto al abandono, el nuevo Código Civil y Comercial plantea en el inciso “b” del artículo 700 que cuando un progenitor deja a su hijo en un “total estado de desprotección, aún cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero” debe ser privado de la responsabilidad parental. Incluso se enfatiza el criterio y se amplía en el inciso “c” de ese mismo artículo, cuando refiere a “poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo”. Son situaciones que necesitan ser evaluadas de manera muy cuidadosa por especialistas, considerando una amplia gama de variantes. ¿Cómo considerar la salud psíquica del hijo de una mujer con discapacidad mental? No se trata de una condición “contagiosa” por sí misma, aunque claramente habría que considerar la existencia de algunos apoyos para evitar conductas que pudieran afectar en tal sentido a un niño.

Por sobre todas las cosas, hay que considerar que hay una enorme variabilidad entre las patologías mentales y que la sola existencia de algún tipo de discapacidad mental o intelectual no debe suponer automáticamente que esa persona no puede ejercer el rol parental. Esto cobra especial relevancia en la interpretación del artículo 702 del Código Civil y Comercial, que refiere a la suspensión de la responsabilidad parental y, en este punto, contempla el inciso “c” que corresponderá ante “la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio”. Claro que esta suspensión es básicamente temporaria, pero habrá que ponderar la posibilidad de un padecimiento mental permanente.

Como hemos visto, el mismo artículo 23 de la Convención, que trata sobre el derecho a constituir una familia, es el que refiere a la privacidad y a la libertad para ejercer la sexualidad de cada persona. Incluso plantea que no podrían existir restricciones a su fertilidad, cuestión que habilitaría otro debate acerca del uso de métodos anticonceptivos en personas con discapacidad mental o intelectual. La reproducción humana es un hecho que no debe ser limitado de manera arbitraria por causa de discapacidad. La interpretación literal puede llevar al absurdo de creer que las personas con discapacidad mental o intelectual no tienen derecho a estos métodos que le permitan ejercer libremente su sexualidad.

9. Conclusión

El ejercicio de la maternidad no puede ser arbitrariamente restringido por la sola causa de una discapacidad mental o intelectual. Como ya se dijo, esto abre la puerta a otros debates que también se relacionan con la forma en que deberían asegurarse que puedan concretarse preferencias en el ejercicio de su sexualidad, por parte de quien tiene una discapacidad mental o intelectual. Esto abarca por supuesto la posibilidad de acceso a métodos anticonceptivos, así como también apoyos en el caso en que decida concebir un hijo.

La declaración de adoptabilidad de un niño o niña por la sola condición de discapacidad mental o intelectual de su madre, es arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional. Lo es ahora y lo era antes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero este instrumento renueva el interés del mundo jurídico por el respeto de estándares básicos de igualdad, no discriminación y autonomía para este conjunto de la población mundial. Esto no hace que la adopción deje de ser una herramienta valiosa, pero obliga a tomar todos los recaudos previos para buscar opciones que mantengan unida a la familia de origen.

He intentado establecer a lo largo de estas líneas que el origen y el núcleo de este debate es el prejuicio que afirma que una madre con discapacidad mental o intelectual no puede criar de manera idónea. Va asociado con el deseo de hallar la mejor solución para un niño, en su “mejor interés”. Claro que, a veces, nos apresuramos a

buscar soluciones para problemas que no existían. Aquí también debemos afirmar que la biología no es destino, que hay recursos en la comunidad para apoyar a una madre a desarrollar ese rol. La profecía auto-realizada de la madre que no podrá ocuparse de su hijo puede poner en movimiento la maquinaria de la adopción, valiosa institución pero que no siempre se justifica. Y aún en caso de corresponder su aplicación, en estos casos debería ser simple, para mantener el vínculo con la familia de origen.

Hemos visto que el tránsito por instancias burocráticas y judiciales es sumamente hostil para estas mujeres, que generalmente cuentan con escasos recursos simbólicos para moverse en esos ámbitos. Si se suma a falta de redes de apoyo, estas mujeres quedan a merced de la mirada fiscalizadora de aquellos burócratas que no han logrado desprenderse de esa carga de prejuicios. Esto también expresa una normatividad por los estilos maternales, que ven como una anomalía o una aberración la crianza por una persona con discapacidad mental o intelectual. Quienes sostengan esos prejuicios deben conocer que hay muchísimos integrantes de aquel colectivo que tienen perfectas habilidades y competencias para desarrollar esa tarea.

Es necesario también 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. Estas mujeres sufren muchas circunstancias discriminatorias, que incluso pueden influenciar en la decisión de entregar a sus hijos en adopción.

La variabilidad de situaciones requiere de criterios flexibles, que busquen armonizar las posibilidades de ejercicio autónomo, los apoyos que pueda (y quiera) prestar el entorno familiar disponible y los recursos externos que pudieran coadyuvar. No desconocemos el valor de la intervención del sistema judicial en algunas situaciones, pero siempre que su labor esté acotada y se realice con sumo profesionalismo. Un apoyo no podría consistir en una absoluta sustitución para las labores necesarias, ya que excede la razonabilidad del ajuste, convirtiéndose en una solución fuera de proporción. Imaginemos por ejemplo a una asistente domiciliaria contratada para cuidar de igual modo a una madre y a un bebé, que necesitara estar con ellos para realizar todas las tareas cotidianas. Esa asistente se convertiría en quien lleva adelante el rol maternal, entonces estaríamos sólo ante una aparente crianza por parte de la madre de origen. Son circunstancias como esas las que justifican el mantenimiento de la adopción como mejor opción en algunos casos.

La importancia de este tema requiere de una prudente reflexión y constante auto-evaluación por parte de quienes tienen responsabilidades tan intensas para las vidas de las personas. Para finalizar, es fundamental insistir en que en los procesos judiciales se escuche respetuosamente la voz de las madres con discapacidad mental o intelectual, asumiendo que tal condición no puede ser por sí misma definitiva para separarla de sus hijos e hijas.

Bibliografía

Alberti, Ana M. (1994). Salud mental: desafíos para una redefinición. En *Entre píldoras, mandatos y emociones*, Red Nacional por la Salud de la Mujer –Argentina, pp. 52-55.

Cruz Pérez, María del Pilar (2014). La maternidad de las mujeres con discapacidad física: una mirada a otra realidad. *Debate Feminista*, 30, 88-105.

Edgerton, Robert (1984). *The Cloack of Competence*. Los Angeles: University of California Press.

Morris, Jenny (comp.) (1997). *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*. Madrid: Narcea Editores.

Seda, Juan A. (2011). *Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada etnográfica sobre la Colonia Montes de Oca*. Buenos Aires: Noveduc.

Seda, Juan A. (2014a). *Discapacidad y universidad*. Eudeba, Buenos Aires.

Seda, Juan A. (2014b). Nacidos para la adopción: hijos de personas con discapacidad intelectual y mental. *Revista Inclusiones*, 1(3), 9-18.}