

MATERNIDAD Y DISCAPACIDAD MENTAL
MATERNITY AND MENTAL DISABILITY
MARÍA FLORENCIA MOLINA CHÁVEZ¹
SOLEDAD VALENTE²

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el análisis del derecho de las mujeres con discapacidad mental de ejercer el maternaje. Para dicho análisis utilizaremos como disparador un reciente fallo de la Corte Suprema de la Nación “I.J.M. s/ PROTECCION ESPECIAL”. A partir de ello analizaremos el derecho al ejercicio de la maternidad por parte de las mujeres con discapacidad mental en virtud de lo establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y teniendo en cuenta la situación de género que agrava las condiciones de vulnerabilidad. Examinaremos, si existe contradicción entre este derecho y el “interés superior del niño” en clave con el derecho de los NNyA a vivir en familia, en consonancia con el principio “interés superior del niño”.

Señalaremos también los prejuicios y prácticas existentes por parte de los diferentes operadores que intervienen frente a estos casos. Finalmente, analizaremos la ausencia de políticas públicas adecuadas para brindar los apoyos que requieren las mujeres con discapacidad psicosocial o intelectual para el ejercicio de la maternidad y la consecuente responsabilidad estatal.

¹Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestranda en la Maestría de Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina. Actualmente se desempeña como Defensora Pública Coadyuvante de la “Unidad de Letrados Art. 22, Ley 26.657”, de la Defensoría General de la Nación, Argentina. E-mail: maría_florenmolina3@hotmail.com

²Abogada (Universidad de Buenos Aires). Maestranda en la Maestría de Derecho Civil Constitucionalizado de la Universidad de Palermo, Argentina. Actualmente se desempeña como Defensora Pública Coadyuvante de la “Unidad de Letrados Art. 22, Ley 26.657”, de la Defensoría General de la Nación, Argentina. E-mail: mvalente@mpd.gov.ar

Abstract

The article will focus on the right of women with mental disabilities to exercise maternity rights. We will analyze a recent ruling of the Federal Supreme Court of Argentina in the case "I.J.M. s / SPECIAL PROTECTION ". In this case, the exercise of maternity rights for women with intellectual disabilities is scrutinized under the provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the legal obligations derived of her gender's vulnerability.

Our perspective will be to explore the possible clash between the right implied in motherhood and the "best interest of the child" when it comes to living with their parents, as it has been interpreted by the Convention on the Rights of the Child (CRC). Prejudices and bad practices still guide the performance of the public officers in charge of these cases. Finally, we will analyze the lack of meaningful public policies to provide support for the exercise of maternity rights for women with psychosocial or intellectual disabilities.

Palabras clave: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Discapacidad Mental - Maternidad - Interés Superior del Niño - Ajustes Razonables

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Mental Disability - Maternity - Child's Best Interests - Reasonable Accommodation

Fecha de recepción: 05/11/2017

Fecha de aceptación: 28/03/2018

1.- INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto el análisis del derecho de las mujeres con discapacidad mental (término abarcativo de la discapacidad psicosocial o intelectual) de ejercer el maternaje.³

Existen diferentes prejuicios y cuestionamiento sociales en relación a si las mujeres con discapacidad mental pueden decidir o no ser madres como así también respecto al ejercicio efectivo del cuidado de sus hijos/as. Es así que las intervenciones de los diferentes actores estatales históricamente se han caracterizado por cuestionar su capacidad de maternaje y, como

³La utilización de dicho término hace referencia a la función de la maternidad, ya que el hecho de ser madre es un hecho biológico, en tanto el maternaje implica las funciones relativas a la maternidad.

consecuencia, se ha decidido la separación de los niños, niñas y adolescente (en adelante, NNyA) de sus familias biológicas.

Para dicho análisis utilizaremos como disparador un reciente fallo de la Corte Suprema de la Nación (en adelante, CSJN) “I. J. M. s/ protección especial”,⁴ que provoca un giro copernicano en el tratamiento que usualmente se le ha dado a este tema, marcando un nuevo norte para el abordaje de estas situaciones, como veremos seguidamente.

Plataforma fáctica

El fallo objeto de comentario tiene lugar a partir de un expediente sobre insania seguido respecto de la hermana de C. M. I. En el marco de esa causa, la trabajadora social del juzgado realiza un informe socioambiental en el que se resaltaba la situación de vulnerabilidad en la que podría encontrarse, a criterio de la profesional, el niño recién nacido J.M.I., hijo de C. M. I., siendo que la misma también atravesaba una situación de discapacidad psicosocial.

Ello motivó que el Ministerio Pupilar promoviera un expediente de “protección especial”, en el cual se ordenara la derivación del niño desde el hospital público —donde permanecía desde su nacimiento— a un hogar convivencial lejos de la vivienda de su madre, y en el cual permaneció por más de cuatro años. Si bien la madre requirió en numerosas oportunidades poder retomar la convivencia con su hijo, esto se vio imposibilitado dado que fracasaron las alternativas propuestas por la falta de recursos adecuados de política pública. Durante todo el proceso se observan situaciones que vulneraron el derecho de C. M. I., a ejercer su maternidad.

En el marco de dicho proceso, el Juzgado de Primera Instancia intima a la madre para que exprese un proyecto de vida concreto sobre su hijo. Vencido el efímero plazo de cinco días, el Juzgado decreta el estado de abandono y adoptabilidad de J. M. I. Ante la apelación interpuesta por la progenitora, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de la instancia anterior con fundamento en el interés superior del niño y señaló las insuficientes propuestas diseñadas tanto por la madre como por los organismos estatales para que el niño permaneciera junto a su grupo familiar; aunque efectuó la salvedad de que la madre podría mantener contacto con el niño bajo la modalidad de triangulo adoptivo-afectivo. Ante ello, C. M. I. interpone recurso extraordinario, el que denegado da lugar a la queja que origina el fallo objeto de comentario.

⁴I., *J. M. s/ protección especial* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de junio de 2016 (*Recurso de hecho*), causa CIV 37609/2012/1/RH1, Fallos: 339:795

El Máximo Tribunal revoca la sentencia de segunda instancia y ordena la restitución del niño con su madre, y para ello adhiere al dictamen de la Fiscal General de la Nación Subrogante, que toma en consideración, a la luz de los elementos aportados por la Defensoría General de la Nación, que el decisorio en crisis había dejado al margen a la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ (en adelante, CDN) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶ (en adelante, CDPD), instrumentos internacionales de aplicación obligatoria en razón de su jerarquía constitucional, y atento a que la situación en cuestión versaba sobre un niño de cuatro años y su madre, una mujer que se encontraba atravesando una situación de discapacidad mental.

Asimismo, sostuvo que “la existencia de necesidades de estímulo y contención no puede constituir por sí, un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales. Antes bien, es la presencia de esas necesidades la que impele al sistema universal de derechos humanos para imponer a la autoridad pública la carga positiva de prestar los apoyos y ajustes razonables”.⁷

Asimismo, la fiscal agregó que:

... la Cámara llegó a una conclusión de carácter eminentemente psicológico —como es la imposibilidad de sostenimiento del deseo materno—, sin recabar previamente los elementos imprescindibles para ello, como bien lo señala la Defensora General de la Nación. De tal forma, no se adecuó a las exigencias del debido proceso, las que revisten un singular vigor en el presente por las hondas repercusiones que la solución adoptada acarreará en el ámbito de los derechos humanos de C. M. I. y de sus dos hijos J. M. I. y M. D. I⁸.

Por último, la Procuradora consideró que:

...la reseña tampoco explica por qué esa supuesta abdicación se imputa exclusivamente a las limitaciones de C. M. I., ni qué riesgos reales y concretos se derivarían de la crianza de J. M. I. en la familia materna, ni cómo ello perjudicaría la salud

⁵Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20/11/1989, ratificada por la Argentina mediante Ley Nacional N° 23849

⁶Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13/12/2006, ratificada por Argentina mediante Ley 26.378

⁷*I. J. M. s/protección especial* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de junio de 2016 (Dictamen de la Procuración General de la Nación, 4 de mayo de 2016). Recuperado de: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/05/CIV-37609-2012-IJM.pdf>.

⁸*Ibidem*.

del menor, si se instalara una red de apoyos coherente para auxiliarla. La invocación al interés superior del niño para ser colocado en situación de adoptabilidad, sin la correspondiente evaluación del perjuicio que le ocasionará ser criado por una posible familia adoptiva, lejos de su madre, de su hermano menor quien sí convive con ella y de la restante familia materna, aun con las limitaciones de estos, es una clara demostración de la ausencia de una debida fundamentación⁹.

El derecho de las mujeres con discapacidad mental a ejercer la maternidad a la luz del modelo social de discapacidad y de la CDPD

La CDPD, a la cual nuestro país otorgó jerarquía constitucional el 22 de diciembre de 2014, define que “Las Personas con Discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1).

Asimismo, consagra como principios generales del sistema la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; la igualdad de oportunidades; y la accesibilidad.¹⁰

El modelo social de la discapacidad que rige la CDPD entiende que las causas de la discapacidad no radican en las limitaciones individuales, sino en los obstáculos sociales. En concreto, la discapacidad refiere a “las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social”.¹¹

De este modo se plantea una nueva mirada sobre la discapacidad en base a una distinción entre,

...la **deficiencia o diversidad funcional**, que consistiría en esa característica de la persona consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona, o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas, y

⁹*Ibidem*.

¹⁰Art. 3 CDPD.

¹¹Palacios, Agustina (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA, p. 103

la **discapacidad** que estaría dada por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad”¹² .

Por su parte, el modelo social redefine los conceptos de “rehabilitación” o “normalización”, estableciendo que el cambio debe darse en la sociedad y no en las personas.¹³ Lo dicho no es menor dado que en este punto lo que el “modelo social de la discapacidad” propone es la necesidad de un cambio social que comprenda que la persona con discapacidad debe ser tratada como sujeto pleno de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, y que debe reconocerse su titularidad en todos los derechos, pero también, y fundamentalmente, su capacidad plena de ejercerlos por sí misma.¹⁴ También, se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia.

Es así que la CDPD viene a traer dos figuras innovadoras que se encuentran en total consonancia con el paradigma que plantea el modelo social de la discapacidad, a saber: los ajustes razonables y los apoyos para el goce y ejercicio de los derechos.

El concepto de “ajustes razonables” es definido por la propia CDPD en su art. 2 como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Asimismo, dicho artículo dispone también que se entenderá por “discriminación por motivos de discapacidad (...) 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. **Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (...)**”.¹⁵

En este mismo sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad instó a la Argentina para que incorpore en su marco legislativo contra la discriminación el

¹²*Ibidem*, p. 123. El resaltado nos pertenece.

¹³*Ibidem*, p. 124.

¹⁴Laufer Cabrera, Mariano (2010). Reforma Legal en base a la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia: una Propuesta de Reforma Legal desde las Organizaciones de Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: RE-REDI. pp. 13-27.

¹⁵El resaltado nos pertenece.

concepto de ajustes razonables y a que reconozca expresamente en la legislación y reglamentación pertinente que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación por motivos de discapacidad.¹⁶

Por otro lado, en relación a la figura de apoyos, la CDPD reconoce en su art. 12¹⁷ que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad con las demás en todos los aspectos de su vida. Esto no solo hace referencia a la titularidad de los derechos, sino centralmente a su completo ejercicio por el propio individuo y trae aparejada la obligación del Estado de proveer las medidas necesarias para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar para su efectivo ejercicio.

Es decir, la CDPD recoge el guante de la demanda que visibiliza el modelo social de la discapacidad, y propone estas dos figuras —“apoyos” y “ajustes razonables”— que el Estado está obligado a implementar para que las personas con discapacidad puedan gozar y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás; y avanza aún más explicitando que su no cumplimiento implica un trato discriminatorio.

Así vemos que desde esta perspectiva se impone hacer el foco en las barreras sociales que impiden a las personas con alguna diversidad funcional ejercer en condiciones de igualdad con las demás sus derechos.

Bariffi ejemplifica que:

...si una persona que razona de un modo diferente a la mayoría, obtiene los apoyos necesarios para nivelar su desventaja (en realidad esa sería la verdadera discapacidad), entonces se podría encontrar en una situación de equiparación de oportunidades en relación con los demás, y por ende, tomar una decisión trascendental para su vida personal o patrimonial como cualquier otra persona.¹⁸

¹⁶Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, “Examen de los informes presentados por los Estados en virtud del artículo 35 de la Convención; Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”; esp. párr. 12.

¹⁷El art. 12 del tratado dispone en su parte pertinente: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica...”

¹⁸Bariffi, Francisco, José. (2009). Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En Luis C. Pérez Bueno (Dir.). *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, p. 302.

Ahora bien, la CDPD amplía el desarrollo sobre una vasta cartera de derechos para las personas con discapacidad, y en relación al derecho a la vida familiar el art. 23 de la CDPD dispone:

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: (...) 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 el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, **y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; (...)** 2. 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, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. **Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. (...)** 4. (...) **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 (...).**¹⁹

Asimismo, el art. 23 implica un expreso y debido reconocimiento de la sexualidad de las personas con discapacidad.

No debemos olvidar que el derecho a la vida familiar encuentra acogimiento en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos²⁰ que han de ser tenidos en cuenta en la interpretación del art. 23 de la CDPD a fin de garantizar el derecho de ejercer la maternidad de las mujeres con discapacidad.

¹⁹El resaltado nos pertenece.

²⁰Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 10/12/1948); art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas 23/03/1976, ratificado por Argentina mediante Ley 23.313); art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica (adoptado en 18/07/1978, ratificado por Argentina mediante Ley N° 23.054); art.10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas 03/01/1976, ratificado por Argentina mediante Ley 23313), entre otros.

En este mismo sentido, cabe mencionar que las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993),²¹ en su art. 9²² resalta la obligación de los Estados de promover acciones a fin de que las mujeres con discapacidad puedan ejercer la maternidad, entre otros derechos sexuales y reproductivos.

Tal como hemos señalado, para garantizar el efectivo ejercicio de este derecho por parte de las mujeres con discapacidad mental, en algunos casos puede requerirse la aplicación de las figuras de los ajustes razonables y apoyos.

La maternidad y las mujeres con discapacidad

Las mujeres que atraviesan una situación de discapacidad se encuentran en una coyuntura de especial vulnerabilidad, ya que se ven expuestas a condiciones de mayor desventajas que los hombres con discapacidad o de las mujeres sin discapacidad, requiriendo de medidas específicas de protección, en virtud de la doble o múltiple discriminación que sufren, tanto por su situación de género como por su discapacidad.²³

Las mujeres con discapacidad tienen pocas posibilidades de asistir a la escuela, obtener un trabajo, fundar una familia y hacerse cargo del cuidado de sus hijos; lo cual genera una enorme desventaja social, económica, educativa, laboral y personal. Ello produce como consecuencia situaciones de pobreza extrema, siendo este un tercer tipo de discriminación que deben afrontar las mujeres con discapacidad y que afecta la posibilidad de ejercer sus derechos y vivir una vida digna.

Los enfoques de discriminación por razón de género y discapacidad no han sido integrados de manera tal que garanticen la incorporación de la perspectiva de género de forma transversal en el diseño de las políticas públicas destinadas a las personas con discapacidad.²⁴

²¹Aprobadas por Resolución 48/96 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993.

²²Art. 9: "...2. Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados. Las personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo. 3. Los Estados deben promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad. Se debe exhortar a los medios de información a que desempeñen un papel importante en la eliminación de las mencionadas actitudes negativas..."

²³Retana Salazar, Adriana (2012). Artículo 6 CDPC: Mujeres con discapacidad. En P. Rosales (Coord.) *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU Comentada*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 100

²⁴Proyecto elaborado y remitido por la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos- UNMDP al llamado de contribuciones al borrador de la Observación General N° 3 sobre mujeres con discapacidad (art. 6), 23/07/2015.

Cabe aclarar que si bien la CDPD reconoce el derecho a la vida familiar tanto a hombres y mujeres con discapacidad, atento el acotado margen de este artículo nos centraremos aquí respecto a las cuestiones que afectan a las mujeres con discapacidad mental en el ejercicio de este derecho. En este punto no puede desconocerse que la desigualdad de género históricamente atribuyó roles y funciones entre los sexos que han perpetrado y reproducido la desigualdad en el ámbito doméstico quedando las mujeres (con y sin discapacidad) a cargo de las tareas de cuidado.

Existen diferentes prejuicios y estigmas respecto de las mujeres con discapacidad mental y sus posibilidades de ser madres. El derecho de estas mujeres a ejercer la maternidad se ve invadido por estereotipos respecto a lo que significa ser madre y a la prevalencia de representaciones sociales negativas respecto a la maternidad de mujeres con discapacidad mental.

En este sentido, Ana Peláez señala:

Desde luego, no se trata de defender un modelo único en el que las mujeres con discapacidad se tengan que aferrar a la idea y condición de que ellas y sólo ellas habrán de ser las que atiendan, cuiden y eduquen a sus hijos e hijas; entre otras cosas, porque tales responsabilidades han de compartirse también con los padres. Pero sí se trata de defender un derecho: el de ser madre, que está por encima de cualquier condicionamiento impuesto por la discapacidad. Pese a que existen importantes instrumentos de derechos humanos que reconocen el derecho de las mujeres con discapacidad a la maternidad, y otros tantos manifiestos y recomendaciones que abogan por él, la práctica nos lleva a afirmar que su verdadero disfrute y ejercicio están todavía lejos de conseguirse. (...) las barreras sociales —que al final terminan repercutiendo en la práctica profesional— siguen persistiendo...Y así, la prevalencia de las negativas representaciones sociales que de las mujeres con discapacidad se tiene en cuanto a la maternidad, unida a la falta de provisión de servicios públicos (o, incluso privados) de apoyo a esta importantísima función social que facilite la autonomía personal e independencia de todas estas mujeres, hacen que se las siga condenando a no ser madres o, de serlo, delegar las responsabilidades relativas al cuidado de sus hijos o hijas en personas de su confianza, en el mejor de los casos.²⁵

²⁵Peláez Narváez, Ana (2009). El derecho a ser madre. *Maternidad y discapacidad*. Madrid: Cermi, p. 16.

Es decir que más allá del amplio plexo normativo que puede aplicarse para defender el derecho de las mujeres con discapacidad a ejercer la maternidad, en la práctica esto se ve obstaculizado por diversas barreras sociales, económicas y culturales, como por ejemplo los prejuicios existentes en los operadores que definen estas cuestiones, la ausencia de recursos adecuados ya sea privados o de política pública; la falta de redes sociales y familiares, las dificultades económicas y por supuesto también, a veces, por las propias limitaciones de las personas (sin distinción entre personas con discapacidad o no).

Bariffi,²⁶ en sentido coincidente, entiende que el lenguaje utilizado por el art. 23 de la CDPD y el reconocimiento expreso de cada uno de estos derechos testimonia que hay una discriminación que existe y debe cesar en relación al ejercicio de los derechos de familia de las personas con discapacidad.

En este punto resulta evidente que lo que el art. 23 de la CDPD hace entonces es reafirmar este derecho humano a la familia, añadiéndole un plus de salvaguarda para garantizar su goce por parte de las personas con discapacidad. Estos son la garantía de no discriminación en razón de la discapacidad y la exigencia al Estado de proveer los medios para que las personas con discapacidad puedan ejercer estos derechos en igualdad de condiciones.

Como hemos visto, las mujeres con discapacidad tienen derecho a ejercer la maternidad respecto de sus hijos. Ahora bien, resulta claro que ningún derecho es absoluto y el Estado puede legítimamente restringir o limitar relaciones paterno-materno-filiales, en función de motivos o causas precisas y en miras al interés superior del niño.

Esto impone preguntarse si existe una contradicción desde un punto de vista teórico entre el derecho de las mujeres con discapacidad mental a ejercer la maternidad y el “interés superior del niño” consagrado en la CDN y en la legislación nacional de protección integral de NNyA.

En este sentido cabe resaltar que la CDN (con jerarquía constitucional) impone al Estado el deber de atender al interés superior del niño, y respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares conforme con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8) como así también a velar porque el niño no sea separado de sus padres, salvo si ello contradice

²⁶Bariffi, Francisco, José (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cermi, p. 370.

Recuperado de: http://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/coleccion_UNU_no11_UNU.pdf

el interés superior (art. 9); y el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores en la crianza del niño (art. 18) como así también de implementar medidas aptas para ayudar a los progenitores a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25).

A nivel local, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²⁷ a la vez que consagra una serie de derechos en consonancia con la CDN, dispone que antes de excluir a un niño/a de su ámbito de origen deben haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (conf. arts. 33, 39 y 40 de la ley 26.061).

Así, cabe destacar lo señalado por la Procuradora Fiscal subrogante en cuanto a que la CDN declara la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Se desprende entonces de lo reseñado que coexisten distintas normas específicas que resguardan tanto los derechos de las mujeres con discapacidad mental como de los NNyA, otorgándoles a ambos grupos vulnerables amparo constitucional. A nuestro entender no existe una contradicción *prima facie* entre ambos sistemas de protección, sino que estos son teóricamente compatibles y pueden interpretarse de manera armónica.

Por ello el desafío radica en indagar cuáles son los obstáculos que hacen que en la práctica muchas mujeres con discapacidad mental sean separadas de sus hijos/as y cuáles serían las condiciones que deben garantizarse para que tanto mujeres con discapacidad como NNyA puedan gozar de su derecho a vivir en familia.

En efecto, en el caso objeto de comentario, se observa que la estrategia diseñada nunca estuvo pensada para C. M. I., ni tuvo en cuenta su situación, necesidades y realidad, por el contrario no se respetó su derecho a recibir los apoyos necesarios para el ejercicio de su maternidad. Ante la inexistencia de políticas públicas que garantizaran los apoyos que requería C. M. I., se buscó que ella se adaptara a los recursos existentes, no aplicando ningún tipo de ajuste razonable, llevando a su fracaso y colocando a C. M. I. en una situación de mayor vulnerabilidad. Es decir, las estrategias implementadas por los diferentes organismos estatales, lejos de ayudar, sólo sirvieron para sumar complejidad a sus limitaciones socio-económicas (por ejemplo: el ingreso de C. M. I. a un hogar para mujeres en situación de vulnerabilidad que carecía de aptitud

²⁷Ley 26.061, publicada en BO, 21/10/2005, "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes".

para atender a una madre con discapacidad y su hijo, la gran distancia física entre el hogar en que se encontraba su hijo y la vivienda de C.M.I, la distancia entre el hogar en que se alojó a C. M. I. transitoriamente y la escuela especial a la que asistía, único espacio de apoyo positivo para C. M. I.).

A la falta de apoyos, ajustes razonables y recursos destinados a garantizar la vida familiar de madre e hijo, se sumó un incremento del nivel de exigencia respecto de las condiciones que debía reunir esta madre para poder criar a su hijo. Tal es así, que C. M. I., previo decretarse el estado de adoptabilidad del niño, fue intimada a presentar en un plazo de cinco días “un plan de vida” para su hijo. No es posible dejar pasar esto sin preguntarnos si acaso todas las personas respecto de las cuales el Estado no ha tomado injerencia en su vida privada tienen “un plan de vida” definido para sus hijos o hijas y si eso las habilita o no a ejercer la maternidad o la paternidad, o si, más aún, el tener o no un plan de vida nos dice algo acerca de como crían a sus hijos e hijas o si estos NNyA sufren alguna vulneración de derechos.

Este dato no es menor, ya que muchas veces es común ver que cuando el Estado interviene respecto de NNyA con madres con discapacidad mental suele ponerse una lupa sobre el grupo familiar al que se examina exhaustivamente elevando los estándares de exigencia del deber ser de sus integrantes, requiriéndoles comportamientos o habilidades que no se evalúan respecto de las demás personas.

En este punto no podemos desconocer que el Paternalismo Justificado del Estado tiene límites. Así Famá y Fortuna explican:

...el problema radica en determinar cuáles son estas situaciones o supuestos que reclaman una intervención paternalista justificada del Estado y la suplencia, por tanto, de las facultades propias de los progenitores. Una primera respuesta está dada –reiteramos– por la consideración del interés superior del niño o, más bien, por la advertencia de que la decisión de los padres en el ejercicio de la responsabilidad parental es contraria al interés superior del niño. ¿Cuándo ocurre ello? Es evidente que ante decisiones que pongan en riesgo la vida o la salud del niño.²⁸

²⁸Fama, María Victoria & Fortuna, Sebastián, Ignacio (2013): Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamiento alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familiar y lo derechos del niño. En L. Clérico; L. Ronconi, y M. Aldao, (Coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, T. I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

En este caso, por ejemplo, la intervención judicial respecto de J. M. I. no se inicia por la demostración de incapacidad de la madre en la crianza de su hijo o porque se hubiese observado alguna vulneración concreta a sus derechos (ya que se dispuso la derivación de J. M. I. a un hogar convivencial al ser dado de alta del hospital donde nació, sin llegar nunca a convivir con la madre), sino que se da porque una trabajadora social del juzgado, al conocer la situación de salud mental de la Sra. C. M. I., asume que su hijo podría estar en riesgo. Sin embargo, en las diferentes instancias judiciales posteriores no logra explicarse qué riesgos reales y concretos se derivarían de la crianza de J. M. I. en la familia materna. En el caso podemos observar, como comúnmente sucede cuando se trata de madres con discapacidad mental, que se invoca el interés superior del niño para ser colocado en situación de adoptabilidad, sin antes evaluar el perjuicio concreto que se derivaría de ser criado por su madre y la familia de esta.

Por último, cabe poner de resalto las grandes dificultades que tienen las mujeres con discapacidad intelectual para acceder a la justicia como así también de ejercer el derecho de defensa en casos como los reseñados. En los casos en los que se adoptan medidas excepcionales de protección respecto de los niños/as, las madres con discapacidad se encuentran con diferentes obstáculos que dificultan el pleno ejercicio de sus derechos en los procesos judiciales y/o administrativos, ya sea por dificultades en el acceso a la información sobre sus derechos y la forma de ejercerlos y de acceso a una defensa técnica especializada; el trato no adecuado por parte de los diferentes actores intervinientes, al igual que la modalidad en la que los operadores judiciales interactúan con las personas con discapacidad mental; abordajes incorrectos en los procedimientos periciales; y el desconocimiento por parte de los actores judiciales de la normativa vigente sobre discapacidad, entre otras situaciones.

Es debido a estas razones que entendemos que el fallo en cuestión reviste un gran valor. Ello en tanto visibiliza numerosas situaciones cotidianas y naturalizadas, las cuales en su mayoría no llegan a la CSJN, en las que mujeres con discapacidad mental pierden a sus hijos/as —quienes terminan siendo dados/as en adopción o institucionalizados/as de por vida— cuando probablemente la situación podría haber sido otra de contar con los apoyos, recursos y ajustes razonables adecuados. Asimismo, pone en evidencia las graves irregularidades que se llevan a cabo en los procesos judiciales en los que se decide el apartamiento de niños/as de su madre y de su entorno familiar como consecuencia de la discapacidad mental de esta.

Palabras finales

Resulta claro que el Estado puede intervenir en la vida privada de las personas cuando hay derechos humanos en juego, máxime si se trata de sujetos en condiciones de vulnerabilidad.

En este sentido:

...quienes bregamos por organizaciones familiares democráticas y pluralistas debemos defender a ultranza uno de los principales elementos: la autonomía de la voluntad de cada uno de sus integrantes. Ello no es óbice para desconocer un límite nítido frente a dicha autonomía: el mecanismo subsidiario de control del Estado en miras a la defensa de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.²⁹

En este sentido, acordamos con la idea de que el Estado podría legítimamente restringir o limitar relaciones paterno-materno-filiales en función de motivos o causas precisas y en miras al interés superior del niño. Lo que ya no deja lugar a dudas, y así lo cristaliza el fallo en comentario, es que dicha limitación no puede ser por motivo de discapacidad. Y lo que es más, para que esa limitación no se constituya en un acto discriminatorio en el caso de mujeres con discapacidad mental deberán haberse agotado la implementación de recursos, medidas de apoyo y ajustes razonables.

Asimismo, debe trabajarse fuertemente en los prejuicios y preconceptos de todos los actores involucrados a fin de erradicar de lleno la presunción de que dada la discapacidad mental, una mujer no puede ejercer el maternaje y hacerse cargo del adecuado cuidado de su hijo/a. Es imprescindible que el foco de las intervenciones esté puesto en pensar junto con las mujeres involucradas, sus hijos/as y sus familias o referentes, las medidas que permitan en cada caso garantizar la vida familiar de las personas. Asimismo, el Estado está obligado³⁰ a adoptar acciones positivas buscando equilibrar las desventajas estructurales en que se encuentra este colectivo, y de esta manera garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la maternidad.

Por ello resulta necesario y urgente el diseño y establecimiento de políticas y servicios públicos de apoyo con una perspectiva que aborde transversalmente cuestiones de género y discapacidad que faciliten la autonomía personal e independencia de todas las mujeres involucradas.

²⁹*Ibidem*.

³⁰La normativa nacional e internacional vigente en materia de discapacidad obliga al Estado, en su posición de garante, a diseñar políticas públicas que permitan garantizar el derecho al maternaje de las mujeres con discapacidad intelectual en igualdad de condiciones.

Como hemos visto, existe un amplio plexo normativo de derechos humanos que puede aplicarse para defender el derecho de las mujeres con discapacidad y de NNyA a vivir en familia. Sin embargo, sin la debida capacitación de los/as funcionarios/as de las diferentes áreas (salud, educación, desarrollo social, entre otros) y de los/as operadores/as jurídicos, estos derechos corren el riesgo de transformarse en letra muerta.

Una real incorporación del modelo social de la discapacidad impone tanto a los operadores judiciales como a los diferentes agentes estatales que, ante la situación de madres con discapacidad mental que requieran medidas especiales (recursos, apoyos y ajustes razonables) para ejercer la crianza de sus hijos/as, la mirada urgente no esté puesta en evaluar exhaustivamente a esa madre en búsqueda de sus debilidades sino en exigir al Estado que agote todas las medidas posibles para que esas madres y esos hijos/as puedan gozar de su derecho a vivir en familia.