

COMENTARIO A UN FALLO:

PALABRA CLAVE: MUJER – DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - DERECHO DEL NIÑO

I., J.M. s/protección especial (CIV 37609/2012/1/RH1) - Corte Suprema de Justicia de la Nación; 7/6/2016 –Lorenzetti – Maqueda y Highton de Nolasco.

RESUMEN: Se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada.

En definitiva, se dispone el reintegro de J.M.I. (con proceso previo de adopción) a su madre, disponiéndose implementar medidas de vinculación, se instrumenta un monitoreo a cargo del organismo de aplicación para adoptar las previsiones necesarias para garantizar los derechos del menor.

Tribunal de origen: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 10.

Alzada: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B;

La situación que se plantea puede ser analizada, agregando datos a la condición inicial, que repercuten desfavorablemente en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos de la actora.

Así puede considerarse, como primer eslabón: Una mujer;

Esa mujer, es una mujer con discapacidad;

Esa mujer con discapacidad vive en un estado de vulnerabilidad;

Esa mujer con discapacidad, en estado de vulnerabilidad, es madre

La cadena se corta o se pretende cortar ante esa madre con discapacidad en estado de vulnerabilidad y su hijo.

HECHOS:

I. La Procuradora Fiscal Subrogante, Irma Adriana García Netto cuenta, una parte de la historia de C.M.I. quien vive en una situación de grave vulnerabilidad, con discapacidad mental, madre de C.M.I, que nació el 6 de abril del 2012, se reseña en su dictamen, lo acontecido:

El Ministerio Pupilar promovió un trámite de “protección especial” para el menor y motivó la derivación del Hospital Materno Infantil Ramón Sarda al “Hogar Querubines”, en desde el 6/7/12.

Por su parte, la Escuela Especial y Formación Laboral 36 (donde concurre la progenitora) antes del traslado advirtió acerca de la necesidad que el bebé y su madre se alojaran juntos

Se solicitó que se estudiara si ella podía ejercer su capacidad maternal en forma independiente el 28/8/12. La Junta Evaluadora del Hospital Moyano informó,

en diciembre de 2012, que C.M.I. se encuentra en condiciones de convivir y realizar el cuidado de su hijo, bajo control y supervisión periódica.

Paralelamente, en octubre de 2012, se realizaron gestiones para que la Dirección General de la Niñez local y el “Hogar Nazareth” consideraran la viabilidad del alojamiento conjunto de madre e hijo. El 30/4/13, Gobierno de la Ciudad informó que no contaba con hogares que cumplan ese objeto (frente a ello, el Ministerio Pupilar señaló 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 debiendo adoptarse las medidas necesarias para obtener una solución apropiada en cuanto a la prestación de asistencia conjunta para madre e hijo).

En junio de 2013 la Dirección de la Niñez local, ofreció una alternativa de albergue escalonado en el “Hogar 26 de Julio”, esa propuesta fue observada por el Sr. Defensor de Menores ya que ese hogar está destinado a mujeres adultas en situación de vulnerabilidad, careciendo de aptitud para atender a una madre con discapacidad y su hijo, avizorando riesgos de fracaso, además destacó la distancia entre el hogar y la escuela especial, único espacio de apoyo positivo para C.M.I.; de hecho, ese intento fracasó, sin que la madre y su hijo conviviesen.

En ese cuadro, se la intimó a C.M.I. a expresar un proyecto de vida concreto sobre su hijo JM; frente a su silencio y teniendo en cuenta su limitaciones madurativas para hacerse cargo del niño y no contar con los debidos apoyos, ni un marco familiar continente, se resolvió que J.M.I tenía derecho a una existencia sana en un hogar y a no estar institucionalizado de por vida.

Con referencia a los padecimientos base de la madre se decreta el estado de abandono y adoptabilidad del niño.

II.- El fallo fue apelado y el recurso se rechazó, con fundamento en el interés del menor, cuyo estado de abandono se tuvo por acreditado señalando que las propuestas diseñadas por C.M.I. y los organismos estatales eran insuficientes para poder hacerse cargo de su cuidado.

Sin perjuicio, se valoró que la madre había visitado el niño con cierta regularidad y entabló lazos, con el anhelo de conservar el contacto y por ello, no se descartó una posible relación, siempre que los profesionales lo evalúen positivo para J.M.I, hasta un triangulo adoptivo-afectivo y ordenaron la realización de estudios psicodiagnósticos a propósito de la capacidad de maternaje y de las características y calidad del vínculo materno-filial.

III.- Ya en el contexto del recurso de queja, a la resolución cuestionada se la reputa definitiva en atención a los perjuicios de muy difícil o de imposible reparación en tanto cancela la posibilidad de que el niño J.M.I. sea criado por su madre biológica.

Asimismo se considera que existe cuestión federal de significativa trascendencia (más allá de que la situación de adoptabilidad remite a instituciones

de derecho común) porque la situación conlleva la aplicación de los tratados de los derechos del niño y de las personas con discapacidad y su directa incidencia sobre la aplicación de reglas de derecho de familia.

IV.- El tema se sitúa desde la perspectiva que aporta el derecho internacional de los derechos humanos, en las áreas de la niñez y de la discapacidad.

En primer término se señala la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN); con igual jerarquía constitucional se alude a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y a las indicaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego se menciona a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificada por ley 27.044, con igual jerarquía constitucional) en particular los acápites c, e, j, n, s, t, y x del preámbulo, y los artículos 3, 4, 12, 19, 23, 26) y reitera las expresiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También ancla su análisis en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR).

Se hace referencia a las disposiciones de la Constitución nacional, el Código Civil y a la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental y 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

V. – Bajo tales estándares se revisa la resolución superior de la causa, donde se tuvo por verificado el estado de desamparo del infante y se habilitó su entrega en guarda preadoptiva.

La Procuradora observa que:

-C.M.I. se mantuvo a derecho durante el proceso, preservando su voluntad de hacer efectiva su función materna, pese a que en ningún momento se le permitió convivir con él, ya que luego de su nacimiento se dispuso su apartamiento y derivación a un hogar.

-la distinta situación del segundo hijo de C.M.I. (actualmente de 2 años) que siempre ha estado bajo su cuidado y del que no existe planteo de autoridad administrativa, profesionales de la salud y/o judicial que indicaran que debía ser apartado de su madre o que ella y su entorno familiar no cumpla adecuadamente con su crianza.

-se detiene en el informe del equipo multidisciplinario de la Defensoría General de la Nación, donde se destaca el amor que manifiesta C.M.I. cuyo deseo de criar a su hijo le ha permitido superar sus dificultades y límites, demostrando desde el nacimiento, su voluntad y lucha para vivir con su hijo y ejercer su maternidad; resaltando los vínculos significativos y permanentes en el marco familiar extenso que satisfacen las necesidades alimenticias y de abrigo del menor, en un clima emocional que permitirá su desarrollo y crecimiento. Se menciona que cuando nació J.M.I su madre no contó con los apoyos para ejercer su rol, pero ello ha cambiado y se describe la situación actual de C.M.I...

Por ello, concluye que “media un dispositivo de sostén y apoyo familiar e institucional que permite la convivencia del niño con su madre y que, por el contrario, la separación del vínculo materno tendría consecuencias importantes en su vida futura, particularmente, a la luz de la dilatada institucionalización y de las rupturas frecuentes y prolongadas con las personas con las que se vincula”.

Expresa que esas constataciones son reiteradas en noviembre de 2015, concluyendo en que el niño se vincula afectivamente, desde una relación amorosa madre-hijo, que los apoyos eficaces implementados han fortalecido el protagonismo de C.M.I. en igualdad de oportunidades con otras madres y se reitera que el despliegue que ella realiza en el ejercicio de su maternidad respecto a su hijo menor es indicativo de que, con su diversidad funcional, puede proporcionar a J.M.I. 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.

Anota que el grupo familiar contaría con ingresos económicos mixtos (de su abuelo y de la inclusión de programas y subsidios estatales).

En virtud de ello, infiere que la estructura de sostén desplegada está rindiendo resultados en el ejercicio de la maternidad de C.M.I.

De tal manera, “la integración de J.M.I. en el hogar familiar no resultaría contraria a su mejor interés, siempre que se desarrolle en las condiciones que se detallaran, puesto que un correcto diseño de la estructura de apoyos no puede perder de vista la seriedad de los aspectos puestos de resalto en las actuaciones...”

Cuestiona el razonamiento del fallo bajo revisión al concluir que C.M.I. “no ha podido sostener su deseo de ser madre” calificándolo dogmático y sin sustento en las directivas convencionales y legales referidas.

Señala 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, remarca que 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 apoyos y ajustes razonables.

Dice que, amén de la conducta en momento errática de C.M.I., los Magistrados sin motivar su aserto consideraron malogrado su anhelo maternal.

Así, califica como eminentemente psicológica la conclusión que arribó la Cámara –tal como es la imposibilidad de sostenimiento del deseo materno- son recabar previamente los elementos imprescindibles para ello. Pese a haber solicitado la opinión del Servicio de Psicología de la Cámara, al momento de resolver, pasó por alto injustificadamente la expresa recomendación de proveer un “acompañamiento estable que repare y facilite el vínculo madre – niño y que brinde a C.M.I. un sostén maternal que sirva de identificación para que pueda ejercer su rol materno en forma adecuada” así como la observación de que “hasta la actualidad

los dispositivos que pudo otorgar el Estado no fueron los adecuados para la complejidad del grupo familiar”.

Cuestiona que se haya solicitado un estudio psicodiagnóstico al confirmar la resolución que habilita la adopción del niño, lo que entiende demuestra que el problema fue resuelto sin contar con un elemento de convicción de relevancia como es una evaluación multidisciplinaria integral, máxime que la causa se abrió sin que se hubieran llevado a cabo las medidas preventivas de la ley 26.061, acudiendo al mecanismo excepcional de la institucionalización indefinida en el tiempo y al margen del organismo de derechos creados por la citada.

Desde allí entiende que no constituye razón suficiente, más aún cuando se reconoció que no se proveyeron los apoyos adecuados, para tener por configurada la causal de abandono moral y material fundada en que no ha podido sostener su deseo de ser madre.

Además, no se explica porque se la imputa exclusivamente a las limitaciones de C.M.I., ni que riesgos reales y concretos se derivarían de la crianza de J.M.I en la familia materna, ni como perjudicaría la salud del menor, si se instalara una red de apoyos coherente para auxiliarla.

Es categórica en la demostración de la ausencia de una debida fundamentación del fallo al invocar el 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 si convive con ella y de la restante familia materna, aún con las limitaciones de éstos.

Recuerda que el instituto de la adopción contemplado expresamente por la Convención sobre los derechos del Niño como herramienta idónea para el restablecimiento de derechos, procederá donde se compruebe que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del menor, así como que, ante la discapacidad de los progenitores, el Estado no está habilitado para acudir a ese mecanismo sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema.

Por todo ello, dictamina que el fallo no efectuó la ponderación que la hermenéutica constitucional le requería; con lo cual, ha puesto a las Convenciones sobre los Derechos del Niño y de las Personas con Discapacidad, al margen de la solución discutida.

Estima (y así se resuelve) que corresponde disponer el reintegro de J.M.I. con un proceso previo de adaptación habida cuenta que el niño ha vivido desde su nacimiento en una institución, debiendo implementarse medidas y un monitoreo a cargo del organismo de aplicación, adoptando las previsiones necesarias para garantizar los derechos del menor.

COMENTARIO: Desde la lectura del fallo, puede extraerse que la situación de discapacidad pareciera borrar los contornos de humanidad de la maternidad.

Sin perjuicio de los aspectos procesales que se analizan (a tenor de la falta de fundamentación de la resolución de la Cámara), podemos advertir que los ojos críticos institucionales cuestionan los deseos de las personas y resuelven en contra de ellos.

Entran en colisión dos aspectos: los derechos de la madre y los derechos del niño.

Contrariamente a como resuelve en definitiva la Corte Suprema de Justicia, las instancias inferiores, con invocación del interés superior del niño deciden el estado de adoptabilidad en el entendimiento que su madre –con discapacidad- no podía brindarle un proyecto vital y para ello, se utiliza la institución de la adopción como solución.

Ese dato, me parece trascendental porque se dispone, en primer término por el niño (solapando, sin justificación, los derechos de la mujer/madre con discapacidad) y además, se decide que, es mejor su adopción a permanecer con su madre.

Una vez más, la condición de “mujer con discapacidad” la expone a mayores desventajas en el ejercicio de sus derechos, constituyendo tal conducta “discriminación por género”.

Desde el Prologo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se subraya la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad.

En particular, en el artículo 6, de dicha Convención los Estados partes reconocieron expresamente que “las mujeres y las niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación” y por ello, se comprometieron a asegurar y garantizar el disfrute pleno en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, adoptando todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer.

El fallo en cuestión podría ser transversalmente analizado a tenor de las disposiciones de la Convención, porque ella repercute en toda la vida de las personas con discapacidad pero resulta trascendente considerar la conculcación del artículo 19 –Derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad- como exponente de la violación de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad y el art. 23 de –Respeto del hogar y la familia-.

El derecho a una vida independiente, es la afirmación del derecho que tienen todas las personas con discapacidad sin distinción a vivir una vida plena, en

igualdad de condiciones con las demás, participando en las diversas manifestaciones de la vida comunitaria.

Para ser posible el derecho a la vida independiente se requiere cumplir una serie de condiciones, que están regulada en otros artículos de la Convención, pero con especial consideración el artículo 12 “igual reconocimiento como persona ante la ley” que redundo en tener la capacidad de elegir, decidir, tomar decisiones y tener el control de sus propias vidas.

La Convención incorpora un nuevo paradigma jurídico de capacidad, que no puede ser abordado con las herramientas que nos propone el modelo médico - jurídico, que se explica desde la dicotomía normalidad-anormalidad que justifica la capacidad-incapacidad de las personas.

El nuevo modelo, lo que se conoce como el “modelo social de la discapacidad” entiende que las dificultades o impedimentos que experimentan algunas personas no están causadas por las deficiencias de estos individuos sino que son causadas o agravadas por las barreras físicas o de actitud que son creadas por la sociedad o por el Estado al no tener en cuenta a las personas con discapacidad.

Ser independiente significa que una persona con discapacidad pueda recurrir a diversos tipos de apoyos: físicos, biomecánicos, asistentes personales para participar en igualdad de condiciones que los demás en los distintos aspectos de la vida social y sobre todo poder tomar sus propias decisiones y tener el control de su propia vida, que incluye su maternidad.

Los diferentes sistemas de apoyo con los cuales se deben contar las personas con discapacidad hacen posible el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, para ello resulta indispensable que los Estado los pongan en acción.

En cuanto al art. 23, establece que los Estados ratificantes deben adoptar “medidas efectivas y pertinentes” a fin de que las personas con discapacidad puedan gozar de igualdad de oportunidades para contraer matrimonio y fundar una familia, procrear, decidir la cantidad de hijos y el espaciamiento entre los nacimientos, tener acceso a información, educación y medios sobre salud reproductiva y planificación familiar y disfrutar de igualdad de derechos y responsabilidades con respecto a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares.

Asimismo, los Estados han de asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia; no serán separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando sea determinado judicialmente, siendo necesaria su separación en interés superior del niño y en ningún caso serán separados de sus padres-madres debido a una discapacidad del niño o de los padres- madres.

Es responsabilidad del Estado (art. 4) brindar las garantías para el cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo especialmente el género, el ejercicio de la capacidad jurídica y las medidas de apoyo necesarias.

(Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobada mediante la Ley 26.378, con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, conforme la Ley 27.044).