



Fortalecimiento familiar, ¿para todas? El ejercicio de la maternidad con apoyos por mujeres con discapacidad como obligación constitucional/convencional en clave de política pública

(Family strengthening, for all? The exercise of motherhood with support for women with disabilities as a constitutional/conventional obligation in terms of public policy)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES FORTHCOMING: EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y EL IMPACTO DE LA AUTONOMÍA Y EL AFECTO EN LA ADOPCIÓN. UN ESTUDIO SOCIOJURÍDICO CRÍTICO DESDE EL DERECHO COMPARADO

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1948](https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1948)

RECEIVED 13 DECEMBER 2023, ACCEPTED 19 MARCH 2024, FIRST-ONLINE PUBLISHED 4 JUNE 2024

SILVIA EUGENIA FERNÁNDEZ* 

MARIELA GONZÁLEZ DE VICEL* 

Resumen

A través de la epistemología de la interseccionalidad nucleamos tres categorías interpeladas en la implementación de las políticas públicas de fortalecimiento familiar en el sistema de protección de infancia: niñez, género y discapacidad. Las mujeres con discapacidad, consideradas extrañas a los mandatos tradicionales hegemónicos y patriarcales, ponen en crisis el ejercicio de la maternidad bajo criterios que son sobrevaluados y exigidos frente a las mujeres con discapacidad psicosocial o intelectual. Ellas desafían el mandato imperante de la maternidad hegemónica, que no concibe otros diseños para el ejercicio del derecho constitucional y convencional a las vidas familiares. Los Estados tienen la obligación de diseñar sistemas de apoyo (arts. 12 y 19 CDPD) para que las mujeres con discapacidad no sean separadas de sus hijos por su situación de discapacidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a no ser discriminados por la condición/situación de sus progenitores (art. 2 CDN) y a ser criados por ellos (art. 9). Los sistemas de apoyo deben ser eficaces políticas públicas de fortalecimiento familiar para que los niños y niñas puedan permanecer al cuidado de sus madres conforme su interés superior y éstas puedan ejercer su maternidad en igualdad de condiciones con las demás personas, como mandato constitucional.

* Asesora Tutelar del Departamento Judicial Mar del Plata, Buenos Aires, argentina. Doctora en Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata. Mail: silviafernandez57@hotmail.com

* Jueza de Familia del Departamento Judicial de Esquel, Chubut, Argentina en el período. 2004–2023. Mail: mariela_gonzalez13@hotmail.com

Palabras clave

Discapacidad; maternidad; no discriminación; apoyo; políticas públicas

Abstract

By means of the epistemology of intersectionality, three categories are brought together and questioned in the implementation of public policies for family strengthening in the child protection system: childhood, gender and disability. Women with disabilities, considered strangers to traditional hegemonic and patriarchal mandates, challenge the exercise of motherhood under criteria that are overvalued and demanded compared to women with psychosocial or intellectual disabilities. They challenge the prevailing mandate of hegemonic motherhood, which does not conceive of other designs for the exercise of the constitutional and conventional right to family life. States have the obligation to design support systems (arts. 12 and 19 CRPD) so that women with disabilities are not separated from their children because of their disability. Children and adolescents have the right not to be discriminated against because of the condition/situation of their parents (art. 2 CRC) and to be raised by them (art. 9). Support systems should be effective public policies for strengthening families so that children can remain in the care of their mothers in accordance with their best interests and so that mothers can exercise their maternity on an equal footing with other persons, as mandated by the Constitution.

Key words

Disability; motherhood; non-discrimination; support; public policies

Table of contents

1. Presentación temática	4
2. Mujeres con discapacidad, derechos reproductivos y ejercicio de la maternidad. Crisis en el ejercicio de derechos.....	5
2.1. Encuadre metodológico: estrategia interseccional.....	5
2.2. Una mirada sobre el ejercicio de los derechos sobre la maternidad; prejuicios vs. apoyos.....	12
3. Sistema de apoyos como política pública por parte del Estado	14
4. Los apoyos y la socioafectividad como herramienta constructora y legitimadora del ejercicio de derechos	17
5. Algunas propuestas y conclusiones.....	19
Referencias	23
Jurisprudencia.....	24
Otros	24

1. Presentación temática

En el presente artículo proponemos nuclear tres ejes o categorías que se ven interpelados a la hora de la implementación de las políticas públicas de fortalecimiento familiar del sistema de protección de infancia en la República Argentina: *niñez, género y discapacidad*. Nuestro análisis e ideas consecuentes ensamblan estos marcos teóricos, recurriendo para ello a la herramienta epistemológica de la interseccionalidad. Con base en este andamiaje metodológico, abordamos la situación de las mujeres con discapacidad en el ejercicio de su maternidad, interpelando las respuestas que brindan el entramado normativo y social y confrontándolas con las prácticas vigentes.

Como aclaración inicial necesaria, advertimos que en este artículo segmentamos exclusivamente lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental en relación a las *madres* con discapacidad, dejando así expresamente fuera a los *padres* con discapacidad. Esto así, en el contexto del recorte que brinda el marco teórico interseccional aludido – en relación al género– y porque en un escenario cultural y social en que las funciones y tareas de cuidado se encuentran prevalentemente a cargo de las mujeres, son ellas y sus maternidades las que son señaladas, interpeladas y puestas en crisis. No pretendemos, contrariamente a lo que pueda pensarse, reforzar estereotipos de cuidado exclusivos en cabeza de las mujeres; sí, en cambio, admitir y exhibir que las mujeres con discapacidad quedan frecuentemente “solas” a la hora del ejercicio de sus derechos reproductivos, transitando un embarazo, parto y la crianza futura de sus hijos e hijas en ausencia de la figura masculina. Es así frente a esta madre con discapacidad, que el Estado interviene desplegando prácticas que, muchas veces, no resultan respetuosas del ejercicio de los derechos fundamentales como el derecho a la maternidad con apoyos.

Las mujeres con discapacidad, especialmente las mujeres con diversidad psicosocial o intelectual desafían el mandato imperante de la maternidad hegemónica, que no concibe otras miradas, otras formas de ejercer la maternidad y otros diseños de asistencia para el ejercicio del derecho constitucional y convencional contenido en el art. 23 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD).

Los Estados tienen la obligación convencional/constitucional de diseñar concretos sistemas de apoyo (arts. 12 y 19 CDPD) para que las mujeres con discapacidad puedan ejercer la maternidad, evitando la separación de sus hijos e hijas por su sola situación de discapacidad. A su turno, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a no ser discriminados por la condición/situación de sus progenitores –como la discapacidad– (art. 2 Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante, CDN) y a ser criados por ellos y ellas (art. 9).

Estos sistemas de apoyo deben diseñarse como concretas y eficaces políticas públicas de fortalecimiento familiar para que niños y niñas puedan permanecer al cuidado de sus madres, siempre conforme su interés superior y éstas puedan ejercer su maternidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

Por el contrario, las políticas públicas a disposición de las mujeres con discapacidad que deciden maternar y asumir el cuidado personal de sus hijos e hijas son, en la

mayor parte de los casos, ineficaces, además de pecar de una visión incompleta por ausencia de este enfoque interseccional.

Conforme el mandato constitucional/convencional, debe asegurarse a las mujeres con discapacidad el acceso a apoyos que las asistan en el ejercicio de su maternidad; esta obligación se encarama así como un imperativo de política pública; y para ello, no solo debe recurrirse a los vínculos derivados del parentesco ampliado de los niños y las niñas nacidos de las mujeres con discapacidad. Encontramos en el reconocimiento de aquellas relaciones socioafectivas englobadas bajo el concepto amplio de “familia” de la ley 26.061 de Protección integral de derechos de niños niñas y adolescentes –conf. art. 7 decreto reglamentario 415/06 (2006)– otro soporte adecuado para resguardo de los derechos integralmente considerados, reconociendo a los y las referentes afectivos/as de la mujer con discapacidad que funcionen como verdaderas redes o sostenes de apoyo en el ejercicio de la maternidad.

En tal sentido, nuestra propuesta afirma que la *socioafectividad* resulta un elemento fundante o troncal en el diseño y reconocimiento de sistemas de apoyo en favor del acceso y ejercicio de la maternidad de mujeres con discapacidad, quienes así efectivizarán el derecho a criar a sus hijos e hijas, para una igualdad –real– de condiciones con las demás personas, realizando los estándares convencionales y constitucionales vigentes (arts. 2, 5, 6, 9, 12, 23 y concordantes CDPD). A la par, acorde al interés superior de niños, niñas y adolescentes, se realizará el derecho a conocer a sus madres y ser criados/as por ellas. En efecto, la función de los apoyos no solamente apunta a fortalecer a la progenitora en el ejercicio de su maternidad, sino también y por efecto derivado, debe atender al más amplio desarrollo de las potencialidades y derechos de niños, niñas y adolescentes, en especial durante su primera infancia.

2. Mujeres con discapacidad, derechos reproductivos y ejercicio de la maternidad. Crisis en el ejercicio de derechos

2.1. Encuadre metodológico: estrategia interseccional

Para el presente análisis se adopta la perspectiva de la interseccionalidad. Asumimos esta metodología porque consideramos, siguiendo a Kimberlé Crenshaw (1989) y otras tantas activistas de base feminista, que resulta un método crítico y una herramienta epistemológica hábil para desnudar y revelar diferentes niveles de opresión que se nuclea, articulan, ensamblan y disciplinan respecto a la situación de una persona. Este recurso metodológico y epistémico es el más acertado para el objetivo propuesto: visibilizar, cuestionar, interpelar y deconstruir –para elaborar propuestas alternativas de reconstrucción– las diferentes, manifiestas y sutiles, formas de discriminación a través de las cuales las mujeres-madres con discapacidad son desoídas, ignoradas, desplazadas, anuladas, violentadas y subyugadas a la hora del ejercicio de sus derechos esencialmente, el derecho al ejercicio de la maternidad; todo ello como consecuencia de intervenciones basadas en estereotipos patriarcales, adultocéntricos y capacitistas.

La perspectiva interseccional exige nuclear tres marcos teóricos que se dan cita en función de la temática elegida: la *protección especial de la niñez*, el *enfoque de la discapacidad* y la *perspectiva o conciencia de género*.

2.1.1. Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes

La ley 26.061 de Protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes y su decreto reglamentario 415/06, plasma en el plano nacional las disposiciones de la CDN. Conforme esa normativa, los niños y niñas deben ser criados en forma prioritaria por sus progenitores y progenitoras (arts. 4 y 7 Ley 26.061 y art. 9 CDN), reconociéndose que es la familia de origen el ámbito primario en el que deben permanecer, espacio que debe brindarle las condiciones materiales y espirituales para su protección, asegurándose el auxilio del Estado.

Específicamente según la ley 26.061, que enmarca las funciones estatales frente a la condición de sujetos de niños, niñas y adolescentes –cuyos derechos *están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño*, conf. art. 1–, se dispone que “[l]a familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías”.

Pero esta no es una obligación o imperativo para los grupos familiares en soledad, por el contrario:

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones. (art. 7).

En sintonía, las políticas públicas estatales tienen como primera finalidad: “a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” (art. 4). Estas políticas públicas “deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.”, prevalencia que implica “3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice; 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.” (art. 5 cit.).

Desde el plano internacional, la doctrina de la Corte IDH tiene establecido que

(...) el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. (Corte IDH, 2012, *Fornerón, Leonardo e hija vs Argentina*, párrafo 47).

Igualmente,

el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. (...) Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. (Párrafo 116).

Y, en el mismo sentido,

(...) el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados

de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. (Párrafo 119).

2.1.2. Perspectiva de discapacidad

El art. 23 de la CDPCD reconoce en forma expresa la protección de la familia y, dentro de ella, el ejercicio de las funciones parentales. No puede dejar de advertirse el sesgo de género presente en su referencia a la evitación de la discriminación “en todas las cuestiones relacionadas con ‘(...) la paternidad (...)’”, para aludir a los derechos parentales y marentales en relación a hijos e hijas. Pero más allá de este señalamiento, lo cierto es que reconoce el derecho a fundar una familia, a decidir el número de hijos e hijas y especialmente,

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.

Esta es una norma que impacta mayormente respecto de las mujeres, por cuanto son ellas quienes usualmente quedan al cuidado de los hijos e hijas por razones históricas, culturales y de reconocimiento social y a quienes en forma invariable se cuestiona el ejercicio de los roles de cuidado. Este rol, cuando además queda en cabeza de mujeres con discapacidad, es observado con visiones estereotipadas de la discapacidad, incapacitantes, limitantes de sus habilidades y aptitudes para la función de crianza; a las madres con discapacidad se les priva, incluso en momentos cercanos al nacimiento, del derecho a permanecer y a cuidar a sus hijos e hijas; son separadas de ellos y ellas por la sola operatividad de estereotipos en torno a la maternidad en la diversidad funcional; se les impide muchas veces siquiera el contacto inmediato con sus hijos e hijas, el amamantamiento, el colecho y posteriormente la crianza, activándose una suerte de “protocolos” o modelos de actuación institucional fundados en la discapacidad, que ponen en funcionamiento un andamiaje de sistemas, organismos e instituciones articuladas que tendrá como resultado la privación del ejercicio de la maternidad, muchas veces por la sola situación de discapacidad –en algunas ocasiones incluso, solo por la condición–.¹

¹ Es posible señalar tres facetas o dimensiones que interaccionan y deben estar presentes en cualquier análisis sobre la discapacidad (Palacios *et al.* 2020). La primera es la *condición de discapacidad*, que es la dimensión personal. Si la mirada surge exclusivamente desde un diagnóstico médico, –como el de deficiencia–, entonces se convierte en una identidad de la insuficiencia, la carencia y la falta de autonomía. En cambio, si esta dimensión surge desde la observación y reconocimiento de la diversidad humana, la identidad será configurada en términos descriptivos y no negativos. Es por ello que se propone el término “diversidad funcional” en remplazo del término “deficiencia”, o “padecimiento” porque de este modo se elimina la connotación negativa sobre las palabras que aluden a las características de un ser humano. La segunda dimensión es la *situación de discapacidad*. La dimensión interrelacional, situacional y dinámica, que surge cuando entran en juego las barreras sociales. Esta situación es la que “discapacita”, restringe y/o impide el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. La tercera dimensión es la *posición de discapacidad*, que es estructural. Se sitúa en las representaciones, en las valoraciones, en la cultura, siendo el resultado de nuestros prejuicios y estereotipos. La representación social de la discapacidad no suele ser la de la diversidad, sino la de la deficiencia –asimilada al déficit, a lo “anormal”, a la incapacidad–.

En este sentido, es interesante observar la paradoja que se produce ante la situación de discapacidad: las mujeres con diversidad funcional rompen el estereotipo central de “la maternidad como destino” impuesto al género femenino.

Sin embargo, este estereotipo se quiebra, en tanto mandato o “imperativo/destino”, frente a las mujeres con discapacidad, respecto de las cuales, el juego de otros estereotipos o prejuicios –como la incapacidad para el ejercicio de la maternidad y la presunción de incapacidad en general– se incardinan para señalarlas como inhábiles, impedidas de ejercer derechos parentales y de cuidar en forma satisfactoria de sus hijos e hijas.

Los límites en punto a la separación de niños y niñas surgen del art. 23 CDPD que establece:

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. 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.

Esta norma, que es concordante con el art. 9 de la CDN, reclama justamente que la *necesidad de separación* sea fundada en el interés superior del niño o niña y proscribe en forma expresa que las razones se asienten en la sola discapacidad de las personas adultas, en nuestro caso, de las progenitoras.

Podemos advertir que lo establecido en el art. 23 en torno a la protección de la maternidad de mujeres con discapacidad implica la realización de los principios generales reconocidos en el art. 3, a saber “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”; esta dignidad y autonomía se reconocen en la medida que se habilite el ejercicio de derechos familiares en relación a los hijos e hijas y no se prive de ellos a las mujeres por motivos de su discapacidad, pues ello constituye una forma de discriminación (conf. art. 2) que vulnera el principio general de “no discriminación” reconocido bajo el inciso b) del art. 3 citado; la norma continúa con “c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”, lo cual implica el ejercicio de los derechos familiares; “d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”, es decir, no existe una forma de maternar “estándar” o única, sino distintas formas de ejercer la maternidad y la paternidad; “e) La igualdad de oportunidades” para lo cual es preciso complementar o adaptar el entorno, removiendo las barreras que impiden el acceso ; “f) La accesibilidad” que equivale a la posibilidad cierta de gozar del derecho; “g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”

Por su parte, desde un enfoque convencional de género aplicado interrelacionalmente en el plano de la discapacidad, no puede obviarse la estrategia de la “doble vía” o *twin track approach* de la Convención por medio de la cual los Estados firmantes han reconocido

1. (...) que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

y se han obligado a adoptar

(...) todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención. (art. 6.)

El modelo social que abraza la CDPCD aporta estrategias y herramientas necesarias para asegurar la obligación convencional de respetar y garantizar el ejercicio de la maternidad por mujeres con discapacidad: la *accesibilidad*, los *ajustes razonables* y los *apoyos*.

En torno a la *accesibilidad* (art. 9) se trata de un concepto considerado en su triple dimensión:

- como parte del contenido esencial de los derechos hace al contenido esencial del derecho a la maternidad, condición ineludible para su realización;
- comprendido en el derecho a la igualdad y no discriminación opera frente a las discriminaciones en la custodia y cuidado de los hijos e hijas por motivo de discapacidad.
- en cuanto derecho a la accesibilidad a todos los servicios, productos y recursos que sean necesarios y deban ser brindados por el Estado para favorecer y asegurar el ejercicio de la maternidad *en igualdad de condiciones con las demás personas*; en clave del concepto de igualdad inclusiva desarrollado en la Observación General Nro. 6 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad.

A fin de alcanzar la accesibilidad, se cuenta con dos estrategias complementarias: el diseño universal y los ajustes razonables. El diseño universal consiste en proyectar entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos, que puedan ser utilizados por todas las personas. Los *ajustes razonables*, en tanto, son medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades *específicas* de ciertas personas cuya situación no ha podido ser prevista a través del diseño universal, es decir aquellas adaptaciones o acomodos singulares frente a una situación particular de una mujer con discapacidad, cuya falta de provisión o negativa a brindarlos implica discriminación por motivos de discapacidad (arts. 2 y 5).

Finalmente, la estrategia sobresaliente la constituyen los *apoyos* que deben dimensionarse no solo como auxilios para el ejercicio de la capacidad jurídica, sino también –y esencialmente nos interesan en esta propuesta– los sostenes para la vida independiente; por su parte, también, la dimensión de los apoyos como parte o contenido del derecho a la accesibilidad, ideando sistemas específicos para el ejercicio de una maternidad responsable de las mujeres con discapacidad.

Los apoyos como condiciones de accesibilidad deben preverse desde el diseño universal, es decir desde una instancia previa a la disponibilidad de un servicio; por ejemplo a la hora de prestación de un servicio de salud reproductiva y posteriormente,

del ejercicio de la maternidad, se debe tener en cuenta como condición el acceso a una persona y/o sistema de apoyos al igual que se exigen condiciones físicas adecuadas, como una rampa, ascensores, o una persona intérprete de lengua de señas en el contexto de la accesibilidad comunicacional. Postulamos que para el ejercicio de la maternidad lo será la asistencia de persona(s) allegada(s) o de confianza de la mujer con discapacidad que reúna condiciones idóneas y facilite la accesibilidad a sus derechos.² Sostenemos que es obligación de los organismos intervinientes –por ej., servicios sociales de hospitales en los casos de intervención en la vida de madre-hijo/a desde el área salud; organismos administrativos de protección que asuman intervención dentro del sistema de protección de derechos, etc.–, asegurar la existencia, accesibilidad y provisión de apoyos basados en la confianza y el respeto a las voluntades y preferencias de la mujer con discapacidad.

Retomando la conceptualización de los sistemas de apoyos, cabe recordar (Cisternas 2012) que ellos se derivan de los principios básicos de derechos humanos: dignidad, universalidad, autonomía, igualdad y no discriminación, participación e inclusión. Los arts. 12 y 19 CDPD imponen claras obligaciones en clave de política pública, y, en el derecho argentino, estos apoyos no se traducen en el contenido acotado del art. 38 del Código Civil y Comercial³ sino con el más amplio del art. 43 –medidas judiciales y extrajudiciales que facilitan la toma de decisiones y el ejercicio de derechos– y, más ampliamente, encuentran fundamento en las propias disposiciones de la CDPD que integran el ordenamiento jurídico vigente. A su turno, sostenemos que la vigencia de estos sistemas de apoyo no exige ni requiere de la previa existencia de un proceso de restricción a la capacidad, debiendo reconocerse como estrategias tendientes a asegurar la accesibilidad y el ejercicio del derecho a la maternidad, en clave de igualdad inclusiva y no discriminación.

2.1.3. Perspectiva o conciencia de género

El tercer marco teórico que propusimos está dado por el enfoque o conciencia de género, cuya aplicación nos permite advertir el despliegue y la prevalencia de estereotipos fuertemente arraigados en el marco de un poder patriarcal anclado socio-históricamente, que tradicionalmente ha minusvalidado, denigrado y desautorizado a las mujeres con discapacidad con relación al ejercicio de la maternidad.

Recordamos que un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que desempeñan o deberían desempeñar. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), estipula en su artículo 5 que

(...) los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra

² La Observación General Nro. 2 sobre Accesibilidad la contempla como “una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones” (párrafo 2).

³ Artículo 38. Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Este poder –patriarcal– estereotipado se traduce en una validación o permiso para decidir sobre la vida del otro/a, en la intervención que obliga, prohíbe o impide; quien ejerce el poder se arroga el derecho a disponer de bienes materiales y simbólicos; desde esa posición domina, enjuicia, sentencia, y al hacerlo, acumula y reproduce poder (Lagarde y de los Ríos 2005). Y aquí emerge nuevamente la importancia de la metodología o enfoque interseccional, por cuanto usualmente, las mujeres con discapacidad que son intervenidas en el ejercicio de su maternidad se ven transversalizadas también por otras condiciones/situaciones/posiciones de vulnerabilidad, por ejemplo, algunas de ellas son adolescentes, o bien pertenecen a sectores socioeconómicos vulnerables, a grupos excluidos, se encuentran racializadas, son migrantes, etc.

Es que el poder patriarcal no se expresa sólo en sí mismo, sino que se presenta articulado con otras formas de sojuzgamiento; el poder patriarcal es sexista, pero también clasista, etnicista, racista, imperialista, adultocéntrico y capacitista (Lagarde y de los Ríos 2005).

En materia de maternidad de mujeres con discapacidad el poder patriarcal opera en toda su extensión; primeramente, los cuerpos de las mujeres con discapacidad son apropiados a la hora del ejercicio de sus derechos sexuales y no reproductivos; esto pone de manifiesto el carácter *público* de estos cuerpos, subyugados frente al dominio patriarcal; estos cuerpos han sido históricamente expropiados por el Estado, la Iglesia, los hombres –pareja o cónyuge de la mujer–, etc. En segundo lugar, cuando los derechos reproductivos se hacen posibles, es decir cuando una mujer con discapacidad puede atravesar –con respeto a sus decisiones vitales– una gestación, emerge la paradoja de la maternidad como “no-destino” de la mujer con discapacidad, pero no en función de la reivindicación de la autonomía personal, sino del despliegue de otros estereotipos fundantes relacionados con la “incapacidad” para maternar –especialmente frente a la diversidad intelectual y psicosocial–, que alojan los dominios de poder vigentes socialmente.

Específicamente, desde la diversidad funcional mental se ha dicho: “no es lo mismo ser loca que loco (...) la locura femenina denota algo mucho más complejo que un trastorno en el orden de la salud mental, revela la *complicidad del poder médico hegemónico con el poder patriarcal*.” El poder disciplinario de la psiquiatría se ejerce sobre los cuerpos de manera silenciosa, exigiendo obediencia y sometimiento. Es el conjunto de dificultades para cumplir con las expectativas estereotipadas del género: ser una buena mujer, hacer un buen matrimonio, criar bien a los hijos e hijas, etc. En este sentido, sobre el cuerpo y la sexualidad de la mujer se han estructurado su subjetividad y sus posibilidades de vida como espacio para los otros. La historia de la mujer como género ha sido la de un ser-de-los-otros. La locura femenina definida como tal en la cultura patriarcal es aquella que se suma a la renuncia y a la opresión política. En un primer sentido, las mujeres son locas al faltar a la feminidad en las formas requeridas; en un segundo caso, porque al ser mujeres están implícitamente locas. Se trata de dos locuras: una permitida y exigida, inherente al ser mujer, constitutiva del sistema; la otra coloca a quienes la tienen en una dimensión diferente, fuera del sistema, de sus

códigos, de su tolerancia: en la marginalidad del mundo y del cosmos (Colectivo Autogestión-Libremente s.f.).

Esas relaciones de poder –patriarcal y psiquiátrico– se interconectan y resultan funcionales a la consigna de corregir a través de la disciplina, el control y la coerción sobre los cuerpos de las mujeres, se logra una sujeción y una subordinación que las mantiene medicalizadas y entrampadas en su condición de locura. Se destaca así el fenómeno de la *feminización de la locura*, que es caracterizada con atributos femeninos. Dentro del poder psiquiátrico, las mujeres tienen más posibilidades de ser etiquetadas de *enfermas mentales*, debido al *doble estándar* de la enfermedad mental, que no aplica los mismos parámetros a varones que a mujeres, calificando a éstas como *sanas* o *locas* en tanto acepten o no ciertos aspectos del rol femenino.

Así, entonces, podemos concluir que los derechos relacionados con el ejercicio de la maternidad resultan una clara muestra de los sesgos de género, las preconcepciones de incompetencia y la hegemonía normalizante contra los que luchan los feminismos, la doctrina de la niñez y los estudios de la discapacidad, singularmente. En resumen, asumir la perspectiva de la interseccionalidad implica sostener que no es suficiente con hacer visibles únicamente las relaciones de dominación de género, ya que este sistema de poder se relaciona y se co-construye también con otros, como la raza, la clase, la sexualidad, la posición económica, la discapacidad, la infancia, etc.; si no se tienen en cuenta estas otras lógicas que interactúan, se refuerzan, por omisión, la opresión y la dominación.

Es necesario, entonces, poner el foco en estos mecanismos de dominación que se aprecian en constante interacción.

2.2. *Una mirada sobre el ejercicio de los derechos sobre la maternidad; prejuicios vs. apoyos*

La praxis diaria en el ejercicio de la función de las autoras –como Jueza de Familia y como Asesora de personas menores de edad y personas con discapacidad– revela en forma permanente el despliegue de las matrices ancladas en estereotipos patriarcales, clasistas, opresivos, discapacitantes y dominantes arriba descriptos.

Es usual que, contrario a las claras disposiciones normativas descriptas, ante la situación de parto y nacimiento de un niño o niña hijo o hija de una mujer con discapacidad, se desplieguen ciertos “protocolos” en aras de la “preocupación” por el salvataje del interés superior del niño/a nacido/a, que obturen y atropellen el ejercicio del derecho a la maternidad de la mujer con discapacidad.

Frente a estas situaciones, las prácticas hegemónicas y normalizantes en torno a “los modos de ser madre”, las conductas “esperables” –estereotipadas– y las “no deseadas” –también estereotipadas– por parte de las mujeres con discapacidad, generan la puesta en marcha de circuitos, mecanismos e intervenciones totalizantes, reductoras de la autonomía y libertad, del derecho a asumir riesgos –siempre en compatibilización con el interés superior del niño– y la no discriminación por motivos de discapacidad. Así, *frente a la sola situación de discapacidad de una madre*, hospitales y clínicas dan intervención inmediata a los organismos de protección vigentes en el marco de la ley 26.061, quienes, recordamos, tienen como principal misión *evitar la separación de los*

niños y niñas de sus progenitoras. A estos fines, justamente los organismos del Estado deberían desplegar anticipadamente herramientas, diseños y circuitos de apoyo al ejercicio de la maternidad, transversalizados por las condiciones de accesibilidad universales y ajustes razonables necesarios a la singular situación de discapacidad.

Según la Relatora de Naciones Unidas,

El apoyo a las personas con discapacidad comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones... (Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2016).

El acceso a apoyos es un derecho, una obligación en los términos del art. 4 CDPD, una condición necesaria para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás; asegura a la persona la posibilidad de elección y control de sus decisiones y el respeto a sus opiniones y preferencias, contrariamente al modelo de sustitución (Palacios *et al.* 2020).

Según la Relatora especial de Naciones Unidas, existen cuatro elementos esenciales e interrelacionados de la obligación de prestar apoyos: a) *Disponibilidad*: no necesariamente deben surgir como respuesta para las decisiones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica, sino contemplarse en leyes sobre servicios sociales o que garantizan el derecho a la igualdad y no discriminación. b) *Accesibilidad*: Todos los centros y servicios que ofrezcan apoyo, públicos o privados, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, deben ser accesibles para las personas con discapacidad, en su diversidad y asegurarse su asequibilidad; c) *Aceptabilidad*: los programas de apoyo deben incorporar un enfoque basado en derechos, proporcionarse a título voluntario y respetar los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad; ser apropiados desde el punto de vista cultural; tener en cuenta los aspectos de género, las necesidades a lo largo del ciclo vital y respetar la intimidad de los usuarios; d) *Elección y control*: las personas con discapacidad deben tener la posibilidad de planificar y dirigir su propio apoyo: quién lo presta y cómo.

A su turno, el modelo de apoyos para la toma de decisiones se basa en los siguientes principios:

- complejidad, en tanto no existe un formato único ni unipersonal;
- diversidad, adaptables conforme las diferentes situaciones personales, sociales y culturales,
- respeto por las voluntades y preferencias de la persona,
- abierto: no solo en beneficio de personas con discapacidad,
- presidido por derechos: debe favorecer al máximo el ejercicio de derechos por parte de las personas apoyadas y respetarlas.

Conforme la Observación General 1 del Comité,

Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones o pueden recurrir a

otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares (...) o la asistencia para comunicarse.

Todas las estrategias y herramientas aquí analizadas –accesibilidad, ajustes razonables, apoyos– conforman un contexto o enfoque de derechos que resulta sin duda, campo fértil para el desarrollo del derecho a la vida familiar de las mujeres con discapacidad y sus hijos e hijas; pero para que ello sea real deben advertirse los sesgos culturales, sociales y jurídicos –en su faceta práctica– que funcionan como manifiestos y sutiles impedimentos al disfrute de este derecho recíproco.

3. Sistema de apoyos como política pública por parte del Estado

El sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona. Puede ser individual o colectivo; conformarse a través de un/a asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o red, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que promueva la autonomía, la protección y el ejercicio de derechos.

El reconocimiento de mecanismos y sistemas de apoyo para el ejercicio de la maternidad por mujeres con discapacidad debería ser diseñado como política pública en clave de accesibilidad –es decir como una obligación preexistente o *ex ante*– a partir de la que pueden implementarse múltiples modalidades.

Hacemos notar desde ahora que no validamos la estratificación de los apoyos en el sentido de significado único de asignarle la función a una sola persona –generalmente otra mujer cuando se trata de tareas de cuidado– en tanto ello implicaría replicar modelos que estamos poniendo en cuestión; por el contrario, propiciamos la formulación de un *sistema* interactivo, cohesionado por la transversalidad de los derechos humanos, sostenible, asequible y bien tratante. En segundo lugar, afirmamos la necesidad de que –además de las políticas públicas de apoyo instauradas a nivel de la accesibilidad– se elaboren en un caso específico que así lo requiera, los ajustes razonables que el sistema de apoyo precise, respecto a la mujer con discapacidad que eligió ejercer el derecho a la maternidad.

Ahora bien, en torno a su designación, sostenemos que en ningún caso se exige la promoción de un proceso tendiente a restringir la capacidad jurídica de la mujer con discapacidad, tal como parecería surgir de una interpretación restrictiva del art. 43 del Código Civil y Comercial. Nos explicamos.

Los apoyos configuran una obligación transversal en la CDPCD (art. 4) y pueden revestir carácter formal e informal. Los primeros, al margen de los designados en los procesos de restricción al ejercicio de derechos, pueden establecerse en el marco de otro tipo de procesos más respetuoso de derechos fundamentales, como lo son los tendientes a la designación judicial –adjudicación– o a la convalidación de las preferencias mediante homologación de acuerdos de apoyo. Estos procesos admiten que la propia persona con discapacidad cuente con legitimación para instar la designación de sus apoyos.

Países de la región reconocen estas posibilidades. Así ocurre con Perú, Colombia, Cuba y también, en el continente europeo, con España.

En Colombia, por ley 1996/2019, pueden establecerse acuerdos de apoyo en un proceso de jurisdicción voluntaria o sumario, “proceso de adjudicación judicial”, o a través de acuerdos de apoyos notariales, o acuerdos extrajudiciales en las consejerías de conciliación.

En Perú, el Decreto 1384 del 4/9/2018 contempla la designación de apoyos y salvaguardias por vía judicial o notarial (art. 45-B y 659-D); la designación judicial se reserva, excepcionalmente, para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida (art. 659-E).

En Cuba, el Código de las Familias (2022) indica que toda persona en situación de discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo con su libre elección ante notario o bien se requerirá judicialmente.

Por su parte, el ordenamiento español prevé un proceso dirigido a “la adopción judicial de medidas de apoyo” (art. 757) y no a la restricción de la capacidad, superando los problemas de interpretación que se plantean en el derecho argentino al haber quedado el art. 43 del CCyC dentro del proceso de restricciones a la capacidad. La legislación española contempla en su art 250 las medidas de apoyo voluntarias:

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

En la República Argentina, el Proyecto de ley 3394-D-2021 (2021) Marco regulatorio de sistema de apoyos en favor de las personas con discapacidad y personas mayores–reconoció la prestación de apoyos como política pública. Propuso la creación de un Sistema Nacional de Servicios de Apoyos al que define como conjunto de normas, principios, procedimientos, programas, facilitaciones e informaciones necesarias para el diseño e implementación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y de la vida independiente (art. 6); estos apoyos pueden ser formales o judiciales e informales o extrajudiciales y siempre deben ser diseñados junto con las personas con discapacidad y personas mayores que los requieran, sobre la base de estándares técnicos, que aseguren la estrategia de diseño universal y las condiciones de accesibilidad y ajustes razonables que correspondan según el caso (art. 8). El proyecto estableció la posibilidad de acuerdos de apoyos ante escribanos (art. 9) o bien expresados y homologados judicialmente o ante los organismos responsables de la implementación de servicios de apoyo en el marco del Sistema Nacional que se prevé en la ley.

Hasta la fecha, Argentina no posee legislación nacional que reconozca los apoyos por fuera de los procesos de restricción a la capacidad. Sin embargo, Códigos de procedimiento Civil y Comercial y de Familias como el de la provincia de San Juan, contemplan la designación de apoyos mediante proceso autónomo a las restricciones a la capacidad; también el Anteproyecto de Código Civil, Comercial y de Familia de la

Provincia de Buenos Aires en actual debate, prevé la figura con modalidad similar. Finalmente, una Resolución de la Agencia Nacional de Discapacidad (Res. 93/2020) sobre pensiones no contributivas en favor de personas con discapacidad regula los diferentes trámites administrativos a los fines de la percepción de estos beneficios, mediante la participación de apoyos formales e informales.

Por su parte, la jurisprudencia está también animándose en ese sentido. (Cámara de Apelaciones, Sala Primera Civil y Comercial, de Gualeguaychú 2021 y Unidad Procesal N°11, Fuero de Familia I Circunscripción, Río Negro, 2022, entre otros).

Pero en cualquier caso de los contemplados en los Códigos procesales o resueltos por la jurisprudencia se ingresa al terreno de la judicialización. Y lo que aquí queremos proponer es, por el contrario, la necesidad de aseguramiento de sistemas de apoyo que operen por fuera de la judicialización de las situaciones y que permitan a las mujeres con discapacidad el ejercicio de su maternidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

Es decir, que se reconozca la existencia de sistemas, redes y personas que sostengan, asistan, asesoren y acompañen en el ejercicio y la toma de decisiones relacionadas con la parentalidad de las mujeres con discapacidad y la posibilidad de convalidar acuerdos de apoyo. En principio, esta homologación de preferencias resultaría planteada en el ámbito judicial; sin embargo, aquí vamos más allá y sostenemos que estos acuerdos deben ser diseñados extrajudicialmente, como apoyos de carácter informal, y en tal naturaleza ser reconocidos por los organismos de protección, los hospitales, los ámbitos sanitarios públicos y privados y las instituciones en general.

En tal sentido cabe pensar en los roles fundamentales que desempeñan los servicios sociales y de salud mental de los hospitales y clínicas, quienes toman contacto y conocen a la mujer con discapacidad desde el tránsito de su embarazo; en el marco de sus intervenciones deberían ir gestando diseños y propuestas de apoyo voluntarias, consensuadas y respetuosas de la preferencia; para ello, han de recurrir a las personas que se constituyan como referentes, allegados, acompañantes de la mujer con discapacidad en este proceso; es decir, aquellos vínculos que se presenten nutridos de la cualidad de la socioafectividad. También al momento del nacimiento correspondería indagar quién/quienes son las personas presentes en la vida de esta mujer con discapacidad, detectar sus referentes afectivos, para incorporar, incluir y comprometerles en calidad de integrantes de redes que auxilien en el ejercicio de la maternidad.

Si transitamos un poco más la vida de este hijo o hija, es posible advertir que muchas veces las intervenciones se producen un tiempo después, aunque aún a edades tempranas de los niños y niñas; en tal caso las intervenciones de escuelas, organismos de protección de derechos de la niñez, deberían recorrer los mismos senderos, en la indagación de los vínculos afectivos de la progenitora (que recordamos se contemplan en el amplio concepto de familia, conf. art. 7 Decreto 415), con el auxilio de quienes se construiría, articulada, mancomunada y corresponsablemente entre todos los organismos, el sistema de apoyo que asegure el ejercicio de la maternidad y evite la separación familiar de madres e hijos o hijas. En este punto, el Comité de los derechos del niño con referencia a los auxilios a los/las progenitores para sostener crianzas bien tratantes sostuvo:

La asistencia también incluye la oferta de apoyo a los padres y a otros miembros de la familia mediante modalidades que alienten relaciones positivas y sensibles con niños pequeños y mejoren la comprensión de los derechos e interés superior del niño. (Comité de los Derechos del Niño, 2015, párrafo 20)

En el caso en que los servicios u organismos de niñez adopten una medida de protección de derechos, separando transitoriamente al niño o niña del cuidado de su madre, que en nuestro país tiene un máximo de duración de 180 días– deberían removerse los obstáculos que impiden la reunificación familiar, es decir, trabajar en pos de la conformación de redes de apoyo de la mujer con discapacidad. Aquí la intervención judicial –que actúa el control de legalidad de la medida de protección– ejerce también un rol fundamental. Entre sus funciones, sostenemos, es posible que asuma la de designación o adjudicación judicial de sistemas de apoyo, o bien la homologación de las preferencias de apoyo de la mujer con discapacidad con respecto a quien se constituye como su vínculo socioafectivo. Y ello puede resolverse en el propio proceso de control de legalidad de la medida de protección excepcional, sin necesidad de articular uno de restricciones a la capacidad.

Incluso cabe pensar que en el desarrollo de esa medida de protección en que se está trabajando para la reunificación madre-hijo/a, y en atención a que el estándar relativo a su espacio de cumplimiento prioritariamente exige que se desarrollen en ámbitos comunitarios de cuidado, no necesariamente debe apelarse a personas vinculadas por lazos consanguíneos sino que, con base en el elemento axiológico de la solidaridad social, se admite la integración temporaria de niños o niñas en familias alternativas para procurarles los cuidados necesarios. Esos mismos grupos pueden resultar parte del sistema de apoyo provisional, correspondiente a un estadio inicial en que en paralelo se trabaje desde las instituciones comprometidas con la restitución de derechos, en la elaboración del sistema o redes de apoyo tendiente a posibilitar un maternaje eficiente, con permanencia, de la mujer con discapacidad.

4. Los apoyos y la socioafectividad como herramienta constructora y legitimadora del ejercicio de derechos

En este punto corresponde profundizar, entonces, cuales/quienes podrían constituirse como sistemas o mecanismos de apoyo en el ejercicio al maternaje por parte de mujeres con discapacidad. Pensamos que en este aspecto la socioafectividad tiene un papel central.

La socioafectividad fue definida por unanimidad como una especie de "afecto" calificado por la reciprocidad y la cercanía en las Conclusiones de las 28. Jornadas Nacionales de Derecho Civil.⁴

Nuestra postulación pretende considerar la posibilidad autónoma de utilización de la figura de los apoyos, a personas significativas en la vida de las mujeres con discapacidad que gestan y pueden ejercer la maternidad, sin necesidad de promover una intervención judicial, ni menos aún la designación de un tutor/a, apelando a la

⁴ Realizadas en la ciudad de Mendoza los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2022. Véase: Comisión 7. Familia, 2022.

mirada transversal que permite un enfoque que remueve sesgos arraigados y procura un ejercicio más amplio de derechos.

Se trata de un concepto de textura lo suficientemente amplia como para dar cabida a distintas relaciones interpersonales con sustento en el afecto desplegado en la vida en sociedad. Señala Kemelmajer de Carlucci (2014):

el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos...

En palabras del Comité de los Derechos del niño

... en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, lo mismo que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, existiendo una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y los conciertos en relación con la crianza de los niños. Estas tendencias son especialmente importantes en lo relativo a los niños pequeños, cuyo desarrollo físico, personal y psicológico está mejor servido mediante un pequeño número de relaciones coherentes y atentas. (Observación General N°7, 2005)

Merced al reconocimiento y al deber estatal de protección de derechos fundamentales como la vida, dignidad, libertad, autonomía de la voluntad, igualdad real, las sociedades regulan los derechos familiares al amparo de valores sociales como la afectividad, la protección de los vínculos, la solidaridad, el cuidado a las personas vulnerables, entre otros, ampliando los deberes estatales en cuanto a la efectivización de todos ellos. En ocasiones introduciendo algunas definiciones en la legislación, en otras, estableciendo principios a los que recurrir ante tensión de derechos o lagunas jurídicas. Tal el caso del ya citado reciente Código de Familia de la República de Cuba (2022), que contiene en su art. 3 entre los principios que rigen las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar, se basan en la dignidad y el humanismo como valores supremos.

En el CCyC argentino, en tanto, la socioafectividad ya está presente; su inclusión se extrae –en lo que aquí interesa– de lo normado en los arts. 555 y 556 para regular el derecho de comunicación de personas menores de edad, con capacidad restringida o enfermas o imposibilitadas. Al respecto se mencionan entre los legitimados a mantener comunicación con aquellos, y como otros beneficiarios distintos a los parientes, *a quienes justifiquen un interés afectivo legítimo*.

Por su parte, también en la jurisprudencia argentina, a partir de que los aspectos biológicos, volitivos y sociales se disocian, surge la multiparentalidad, cuyo sustento exorbita la regla del doble vínculo filial reconocido en la legislación y acopla los vínculos afectivos, reconociendo derechos y deberes a un número mayor de sujetos adultos relevantes en el devenir vital de cada niño, niña y adolescente.

¿Cómo nacen las amistades, las parejas, las relaciones interpersonales nutritivas que muchas veces conforman un campo afectivo mucho más intenso que el signado por el parentesco biológico? ¿Acaso no lo hacen a partir de la dinámica social? ¿Y se puede dudar que se sostienen en el tiempo por el afecto? En ese contexto, ¿no es posible

considerar a vecinos/as, acompañantes terapéuticos, operadores convivenciales, personal de sistemas de policía de cercanía o comunitaria, enfermeras, docentes o ex docentes, referentes de protección, etc., como sujetos con capacidad para constituirse en partícipes del sistema de apoyo a la maternidad a diseñar, en reemplazo del “no puede” propio del sesgo discriminador? La respuesta positiva se impone.

Finalmente, y en una digresión mayor, es posible afirmar que siempre se valorará la situación caso por caso, atendiendo con especial cuidado a que en estos supuestos no exista conflicto de intereses ni influencia indebida (arg. art. 12 CDPD) entre la mujer con discapacidad y su sistema de asistencia; es decir que el apoyo al ejercicio de la maternidad no implique mecanismos de desplazamiento con objetivo de sustitución, que desvirtúe o desdibuje el sistema mismo propuesto inicialmente. Debería siempre diseñarse un sistema mixto en el que quien asuma el apoyo para sostener el cuidado personal del niño/a no obture el ejercicio de la responsabilidad parental de la mujer con discapacidad y la toma de decisiones, para lo que es imprescindible que los sistemas de restitución de derechos articulen las respuestas con enfoques transversales como el que explicitamos.

5. Algunas propuestas y conclusiones

En los supuestos de mujeres con discapacidad, es en el quehacer cotidiano traducido en actuaciones concretas más o menos complejas en que emergen figuras de apoyo preexistentes en función de vínculos sociales generados previamente, frente a la necesidad de auxilio para el maternaje, o concomitante a él.

Estos apoyos deberían ser reconocidos, diseñados y desarrollados como un *sistema específico* en beneficio de las mujeres con discapacidad, articulado como complemento o asistencia y no como sustitución funcional; bajo esta conceptualización deben formar parte de los programas de fortalecimiento familiar, debiéndose recurrir a la indagación de la preexistencia de personas o figuras de apoyo en el ámbito familiar-socioafectivo de la mujer con discapacidad, o bien promover y diseñar estructuras idóneas socioafectivas para funcionar en este ejercicio de asistencia y cooperación. En particular, insistiendo sobre un punto fundamental del sistema de protección de las personas con discapacidad: la gradación y armonización de la posibilidad efectiva de ejercicio de derechos en consonancia con los otros derechos en juego: los que titularizan y han de ejercer en la mayor medida de lo posible los niños y niñas nacidos/as de esas mujeres con discapacidad.

En este sentido, las personas que presentan vínculos afectivos y significativos con la mujer con discapacidad, que se constituyen sus referencias sensibles y de sostén para la toma de decisiones en la vida cotidiana, resultan justamente las más apropiadas e indicadas para asumir el rol de sistemas de apoyo para el ejercicio de la maternidad.

¿Cuáles serían los alcances de la intervención de estas figuras de apoyo?

Como enseña Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga (2013), el cuidado personal (la custodia) queda ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia, a las decisiones diarias sobre la salud, la educación, la disciplina y el orden común y diario de la vida, funciones propias de la guarda y custodia de las personas menores de edad (a las que denomina 'de perfil ligero'), en contraposición a las más amplias comprendidas en la

responsabilidad parental. Interesa ejemplificar aquellas decisiones o prácticas de “perfil ligero”, como la señal de alarma frente a riesgos o indicadores de malestar físico o emocional, la dedicación a las tareas colegiales, el horario a respetar, la higiene diaria, la elección de alimentos o del reposo, o la del vestido o calzado, el entrenamiento en la casa o fuera de ella, la asistencia a celebraciones o actos sociales, etc. que se integran en las funciones del cuidado personal. Todas estas funciones perfectamente son de posible cobertura por la mujer con discapacidad, contando con la asistencia o auxilios de la figura de apoyo, la que también actuaría para la ejecución y toma de decisiones de mayor complejidad o textura más profunda.

Creemos, en ese contexto, que podrían visualizarse al menos tres escenarios:

*un primer momento en que, producido el embarazo de la mujer con discapacidad, los organismos sanitarios intervinientes –servicios sociales y de salud mental de hospitales y clínicas– y los administrativos que tengan actuación, toman contacto y conocen a la mujer con discapacidad; allí deberían abordar la diagramación de un sistema de apoyos que considere –de mínima– todos los aspectos interseccionales desarrollados; en el marco de sus intervenciones deberían ir gestando diseños y propuestas de apoyo voluntarias, consensuadas y respetuosas de la preferencia de la mujer con discapacidad; han de recurrir a las personas que se constituyan como sus referentes, allegados, acompañantes, es decir, aquellos vínculos que se presenten nutridos de la cualidad de la socioafectividad.

También al momento del nacimiento correspondería detectar sus referentes afectivos, personas del entorno, integrantes de organismos e instituciones públicas, para incorporar, incluir y comprometerles en calidad de miembros de redes y sistemas de apoyo que auxilien en el ejercicio de la maternidad, con indicación precisa de funciones y articulación de aquellos ajustes razonables que requiera el caso particular de esa mujer con discapacidad.

Sobre este momento vital de nacimiento del hijo o hija, una situación que debemos considerar, la constituye la de aquellas mujeres con discapacidad psicosocial alojadas en ámbitos internativos de salud mental. Sobre el particular es de interés citar la voz de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de la ley nacional de Salud Mental N° 26.657; a través de la Resolución N° 3/2019 (2019), “Derechos sexuales y Reproductivos. Derecho al Maternaje de Mujeres y otros cuerpos gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimientos de Salud Mental”, se recomienda al Poder Ejecutivo y Judicial de la Nación y a sus pares provinciales lo siguiente:

- 1) se revisen los estereotipos de género y modelos de salud-enfermedad, que se visibilicen las desigualdades y se cambien las prácticas discriminatorias, y que se implementen nuevos instrumentos de evaluación y modelos de intervención en relación a mujeres y cuerpos gestantes con padecimiento mental que cursan embarazos;
- 2) se dé intervención a distintos organismos nacionales y provinciales que trabajan en la temática, para que procedan a la creación de dispositivos alternativos que puedan alojar a mujeres y cuerpos gestantes con sus hijos/as mientras exista criterio de atención en salud mental y puedan organizarse programas y procesos de inclusión comunitaria;

- 3) se redoblen los esfuerzos para garantizarles el derecho a la vinculación y los demás derechos de la responsabilidad parental a las mujeres que se encuentran en hospitales neuropsiquiátricos o establecimientos de Salud Mental;
- 4) que se garanticen instancias de capacitación para los efectores del sistema de salud en temas de discapacidad con perspectiva de género;
- 5) que el sistema sanitario, hospitales intervinientes y/o la Dirección de Salud Mental procedan de inmediato desde el embarazo a la búsqueda, identificación, convocatoria de personas allegadas, lazos, redes familiares, sociales y comunitarios, que coadyuven en la función de crianza y maternaje;
- 6) que la voluntad de la persona gestante pueda ser reflejada en el proceso judicial de control de internación — y/o en el proceso judicial vinculado conexas a la cuestión—, por ejemplo, mediante la redacción de un acta donde conste su voluntad de maternaje, crianza, apoyos, etc., y que su elección pueda estar acompañada por familiar, representante legal o allegado según su preferencia;
- 7) que en los procesos administrativos y judiciales de adopción de medidas excepcionales de separación familiar dispuestas en relación a hijos/as de personas con discapacidad se garanticen los ajustes de procedimiento previstos en el art. 13 de la CDPD dando inmediata intervención a la defensa técnica y removiendo barreras que dificultan el pleno ejercicio de derechos; y
- 8) se efectúe un protocolo de actuación que reglamente las recomendaciones que contemplen la posibilidad de ‘crianza y maternaje con apoyos’.

Desde otra perspectiva, en las intervenciones del sistema de protección frente a una concreta situación de vulneración de derechos del niño o niña las intervenciones de escuelas, organismos de protección de derechos de la niñez, deberían transitar similares caminos en la indagación de los vínculos afectivos de la progenitora, con el auxilio corresponsable de todos los organismos, se construiría el sistema de apoyo que podrá surgir de una relación socioafectiva gestada por y con la progenitora, habilitado administrativamente para coadyuvar al ejercicio del rol maternal de la mujer con discapacidad.

En el transcurso de esta medida excepcional —de un máximo de duración de 180 días— deberían removerse los obstáculos que impiden la reunificación familiar, es decir, trabajar en pos de la conformación de redes de apoyo de la mujer con discapacidad. Aquí la intervención judicial —que actúa el control de legalidad de la medida de protección excepcional— ejerce también un rol fundamental. Entre sus funciones, es posible que se proceda a la designación o adjudicación judicial de sistemas de apoyo, o bien la homologación de las preferencias de apoyo de la mujer con discapacidad respecto a quien se constituye como su vínculo socioafectivo. Y ello puede resolverse en el propio proceso de control de legalidad, sin necesidad de articular uno de restricciones a la capacidad. De tal modo, la adjudicación de apoyos en su favor, tendientes al ejercicio de la maternidad, se constituirían como apoyos formales, aunque diversos a los que exigen la promoción de un proceso restrictivo de la capacidad jurídica.

En esos casos, el *sistema de apoyo* no debe focalizarse necesariamente en una sola persona, sino en una red sólida y coherente con suficientes herramientas para procurar que la mujer con discapacidad despliegue la mayor cantidad de funciones que está en condiciones de ejercer, aprehenda las que requiera la crianza, y se consoliden los derechos de la díada madre-hijo/a.

Finalmente, cabe pensar escenarios más complejos, por ejemplo, el supuesto en que la discapacidad de la mujer requiera de un apoyo más intenso, que incluso se evalúe en el marco de un proceso de establecimiento de restricciones a la capacidad, en cuyo contexto también la persona socioafectivamente relevante asumirá responsabilidades específicas, en relación a la crianza, pero que no conlleven o impliquen sustitución de decisión.

Lo dicho permite contestar esta pregunta ¿siempre es necesaria la intervención judicial para el reconocimiento de la socioafectividad como herramienta hábil para dotar de eficacia a los derechos humanos de las mujeres con discapacidad? Como ya hemos anticipado, la respuesta es negativa.

Finalizamos este trabajo, retomando las dimensiones de la igualdad inclusiva desarrolladas por el Comité de derechos de las personas con discapacidad; a partir de allí podemos concluir teorizando acerca de cómo dichas dimensiones deberían plasmarse para garantizar el ejercicio del derecho a la maternidad de mujeres con discapacidad.

Desde la dimensión *redistributiva*, no puede obviarse que las mujeres en situación de discapacidad mayormente se encuentran inmersas en situación de pobreza; por esta razón, al momento de plasmar un sistema de apoyo deben considerarse, también, los soportes económicos o financieros. El derecho a la protección social está garantizado en la CDPD (art. 28. ap.2.b), y la gestión ante los organismos previsionales –nacionales o provinciales– de las pensiones no contributivas o regímenes de asignaciones –por ej. Asignación Universal por hijo– (Sarquis 2023) “pueden constituir una poderosa estrategia para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de apoyo” (Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2016 b, párrafo 52).

Desde la dimensión de *reconocimiento*, la labor más compleja consiste en la erradicación de estereotipos nocivos y discriminatorios, que tradicionalmente han constituido identidades desde el modelo médico; aquí, quienes integren el sistema o red de apoyo –personas allegadas, relaciones socioafectivas o instituciones– deben reconocer los estereotipos negativos presentes en las prácticas e intervenciones, deconstruirlos y construir nuevas redes diseñadas desde los estándares de accesibilidad, ajustes y apoyos.

También y especialmente deben deconstruirse los mitos tejidos en derredor de la maternidad y la consecuencia de la maternidad *inadecuada* de las mujeres con discapacidad, interpelando incluso la noción de maternaje como un constructo individual, cuando, en palabras de Lagarde y de los Ríos (2015), la/s maternidad/es es más bien, colectiva. La autora señala en esta línea que “se tiene *una* progenitora, pero madres hay muchas” (Lagarde y de los Ríos 2015). De allí que podemos considerar

los/as diferentes actores que participan en este diseño de maternidad colectiva en el caso de las mujeres con discapacidad, y que revelan una base socioafectiva.

Desde la dimensión *participativa*, debe asegurarse una intervención real y no simbólica de la mujer con discapacidad en el diseño y desarrollo y funciones del sistema de apoyo; la escucha de sus deseos y preferencias, en un proceso de construcción de acuerdos con participación de todos los organismos involucrados, pero esencialmente, de la mujer con discapacidad.

Además, desde la dimensión de *ajustes*, el diseño de los sistemas de apoyo debe estar presidido por una perspectiva o enfoque interseccional que permita reconocer los múltiples factores de opresión que pueden ubicar a la mujer con discapacidad en una situación de discriminaciones yuxtapuestas, más profunda que la mera suma de ellas. El sistema o red de apoyo al que aludimos, no obedece a un diseño estandarizado, por el contrario, sus notas son: la *diversidad en su campo de acción*, el apoyo atiende a la *toma de decisiones* (art. 12 CDPD) y a la *vida independiente* (art. 19 CDPD); la *diversidad en su conformación*, hemos sostenido aquí que la amplitud en el diseño de los apoyos comprende no solo los apoyos formales –establecidos en procesos judiciales de adjudicación u homologación de acuerdos– sino también los informales conformados por familiares, referentes afectivos, allegados, signados por la socioafectividad, como premisa rectora; el apoyo para el ejercicio de la maternidad, debe combinar la participación de agentes públicos –brindados desde las políticas públicas– y privados –de origen socioafectivo, comunitario y familiar–.

Finalmente, el apoyo es *gradual* en función de las situaciones y las necesidades de las mujeres con discapacidad y no puede ser neutral respecto al *género*, es decir, debe estar transversalizado por un claro enfoque interseccional que tenga en cuenta las múltiples situaciones de opresión por las cuales las mujeres con discapacidad son desoídas, vulneradas y oprimidas en el ejercicio de sus derechos al maternaje.

Consideramos, en conclusión, que debe trabajarse con un claro compromiso en clave de derechos humanos, desde un enfoque interseccional, restaurativo y emancipador, que nutra las acciones de todos los ámbitos de intervención –públicos o privados– que atraviesan la maternidad de las mujeres con discapacidad y los derechos de sus hijos e hijas menores de edad, para revertir las múltiples formas de injusticia de que ellos y ellas son destinatarios, y lograr que los paradigmas de fortalecimiento familiar y de vida en familia constituyan, finalmente, un derecho de *todas*.

Referencias

- Cisternas, M.S., 2012. Las obligaciones internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12 de la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el Derecho interno. En: A. Palacios y F. Bariffi, eds., *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Crenshaw, K., 1989. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum* [en línea], 1, 139–167. Disponible en: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>

- Kemelmajer de Carlucci, A., 2014. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. *LA LEY* 08/10/2014, 1, *LA LEY* 2014-E, 1267, *ADLP* 2014 (noviembre), AR/DOC/3592/2014.
- Lagarde y de los Ríos, M., 2005. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Lagarde y de los Ríos, M., 2015. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. 2ª ed. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Palacios, A., Fernández, S., e Iglesias, M.G., 2020. *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Sarquis, L., 2023. *Maternidad, salud mental y sistemas de apoyo. Aportes desde un enfoque de derechos humanos*. Buenos Aires: Del Sur.
- Zarraluqui Sánchez-Eznanriaga, L., 2013. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Madrid: Bosch.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, 2012 [en línea]. Disponible en:
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf
- S O R R S/ *Restricciones a la capacidad*, 2021. Cámara de Apelaciones de Gualguaychú-Sala Primera Civil y Comercial. Inédito.
- T. M. E. S/ *Designación de apoyo*. Unidad Procesal N°11, Fuero de Familia I Circunscripción, Río Negro, 2022. elDial.com - AACF33.

Otros

- Cámara de Diputados Argentina, 2021. *Proyecto de ley 3394-D-2021. Marco Regulatorio de Políticas Públicas para el Sistema de Apoyos* [en línea]. Disponible en:
<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/3394-D-2021.pdf>
- Colectivo Autogestión-Librementemente, sin fecha. Manifiesto «Locura Feminista» [Artículo de blog]. No es lo mismo ser Loca que Loco. Contra la Psiquiatría Patriarcal. *Locurafeminista* [en línea]. Disponible en:
<https://locurafeminista.wordpress.com/manifiesto/>
- Comisión 7, Familia, 2022. *La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes* [en línea]. 28. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Mendoza: Universidad de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en:
<http://mendozalegal.com/omeka/files/original/d3206ba7ee736f4147f6a4da5bee9a27.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño, 2005. *Observación General N°7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia* (CRC/C/GC/7) [en línea]. 14 de noviembre. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf>

Relatoría Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2015. *Informe centrado en la protección social de las personas con discapacidad (A/70/297)* [en línea]. 7 de agosto. Disponible en:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406>

Relatoría Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2016. *Estudio temático sobre el acceso de las personas con discapacidad a apoyo (A/HRC/34/58)* [en línea]. 20 de diciembre. Disponible en:

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/informe-de-la-relatora-especial-de-las-personas-con-discapacidad-diciembre-2016.pdf>

Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de la ley nacional de Salud Mental N° 26.657, 2019. *Derechos sexuales y Reproductivos. Derecho al Maternaje de Mujeres y otros cuerpos gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimientos de Salud Mental* [en línea]. Disponible en:

<https://www.mpd.gov.ar/pdf/saludmental/Res%20SE%2003%202019%20Recomendacion%20Maternaje.pdf>