

Título: Adopción y ejercicio del rol parental por personas con discapacidad intelectual

Autor: Seda, Juan A.

Publicado en: LA LEY 02/07/2019, 02/07/2019, 1 - LA LEY2019-C, 1135 - DFyP 2019 (noviembre), 07/11/2019, 140

Cita Online: AR/DOC/1621/2019

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho de las personas con discapacidad mental o intelectual a tener una familia.— III. La evaluación sobre el ejercicio del rol parental.— IV. Aparente tensión entre bienes jurídicos tutelados.— V. Conclusión.

(*)

I. Introducción

En el año 2013, en la ciudad de Londres, un juez ordenó la internación psiquiátrica de una mujer extranjera a punto de dar a luz. Se trataba de Alessandra Pacchieri, una azafata de origen italiano de 35 años, que sufría un trastorno bipolar y que fue deportada a Italia inmediatamente después del nacimiento de su hijo. Ella estaba perfectamente al tanto de su padecimiento mental, pero usualmente estaba bien compensada gracias a su medicación psiquiátrica. En aquellos días ella se encontraba en Londres porque estaba realizando una capacitación laboral, enviada por la empresa aérea Ryanair, donde se desempeñaba. A causa del avanzado estado de su embarazo, esta joven dejó de tomar sus medicamentos, lo cual le produjo una descompensación en su bipolaridad y ataques de pánico. En tales circunstancias el juez inglés ordenó la internación y la aplicación de la Ley de Salud Mental británica. Cuando nació el hijo, fue entregado inmediatamente a una familia sustituta y se ordenó la deportación de Alessandra Pacchieri. A los diez meses, se dictó la adopción a pesar de la expresa oposición de la madre y de su familia directa, que se hallaba en Italia [\(1\)](#). Este caso tuvo una gran repercusión mediática en Gran Bretaña y en toda Europa, pero sobre todo expuso a la opinión pública un debate que ya existía, aunque de forma más discreta, acerca de las características en el ejercicio del rol parental por parte de personas con discapacidad mental o intelectual.

Se trata de un conflicto en el cual hay una notoria influencia axiológica, pero que requiere de certidumbre jurídica, a pesar de los márgenes de variabilidad entre distintas familias. No hay duda acerca de la legitimidad de los bienes jurídicos en pugna, por lo cual no resulta sencilla la disquisición. En el caso referido hubo una actuación apresurada que impidió el derecho a la defensa en juicio de la madre biológica y de su familia directa, pero, más allá de aquellas circunstancias (que dieron lugar a un reclamo por restitución internacional), el punto interesante a analizar es la aptitud de una mujer con discapacidad mental o intelectual para desarrollar las tareas propias que requiere el cuidado personal y la crianza de un hijo. ¿Qué clase de estándares jurídicos pueden fijarse para dictar, o no, lo que en la República Argentina denominamos el estado de adoptabilidad? ¿Qué tipos de apoyo pueden brindarse a una persona con discapacidad intelectual para llevar a cabo esas tareas de cuidados personales? ¿Cuándo los apoyos pueden convertirse en sustitución? ¿Qué plazos deberían tenerse en cuenta para una evaluación de esta naturaleza? Veremos que todos estos temas han sido debatidos en causas judiciales en nuestro país, con algunos principios emergentes, pero que son más directrices genéricas que criterios concretos que puedan fácilmente ser traducidos en reglas. A partir del análisis de esta situación muy específica, podemos ampliar la reflexión hacia cuáles son los temores que nuestra legislación y la jurisprudencia expresan respecto del instituto de la adopción, al borde mismo de la sospecha.

En las decisiones sobre la adopción se ponen en juego valoraciones respecto de quién puede ocupar mejor un rol parental, pero también a quién le corresponde en tanto derecho subjetivo. El derecho a formar una familia y a tener hijos, incluyendo la vía de la adopción, ha sido relativizado en muchos casos, pero justamente en cuanto a las personas con discapacidad hay normas específicas que lo reconocen. Los padecimientos mentales que sufra una persona pueden imposibilitar el ejercicio del rol parental, pero dependerá de las características de cada situación. De igual manera en los casos de discapacidad intelectual, en los cuales la persona tiene dificultades cognitivas para desarrollar determinadas habilidades y competencias para la vida cotidiana. Pueden esas limitaciones ser o no determinantes para el ejercicio de la maternidad, por lo cual no hay fórmulas genéricas a priori. De cualquier forma, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [\(2\)](#), en su art. 23, incorpora el tema al enunciar la prohibición de limitar esa opción de vida e incluso con la obligación estatal de brindar apoyos para que pueda desarrollarse. Por supuesto que hay parámetros de proporcionalidad para esos apoyos, según establece ese mismo instrumento internacional de derechos humanos al mencionar a los ajustes razonables [\(3\)](#). ¿Hasta qué punto es realmente un ejercicio del rol parental y cuándo comienza a ser una sustitución? Ante la necesidad de apoyos tan intensos, la opción razonable es precisamente la declaración de un estado de adoptabilidad, pero frente a cada caso concreto habrá que realizar un detenido análisis de las circunstancias.

Lo que no debería ser un principio inconvencional es que la sola condición de discapacidad mental o intelectual de una madre sea motivo suficiente para declarar el estado de adoptabilidad de sus hijos. Ni tampoco asumir que no podrá desarrollar las funciones que hacen al rol parental, ya sea por sí misma o bien con los apoyos disponibles. Incluso debe tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de algunas habilidades que a priori esa madre no tiene (4). La noción de gradualidad en materia de discapacidad mental o intelectual es relativa, ya que no existe una progresividad en términos evolutivos. A diferencia de la noción de madurez en los niños, que se la concibe como resultado del paso del tiempo y el transcurrir de las experiencias vitales, aquí no existe tal presunción basada en la evolución. Ello no obsta a que existan avances en cuanto a la adquisición de habilidades en actividades de la vida diaria en una persona con discapacidad mental o intelectual. Están en tensión entonces derechos de diversa índole, que no debieran quedar a merced exclusivamente de la discrecionalidad de cada juez. Para una mayor certeza jurídica y confiabilidad del sistema, se deberían establecer criterios un poco más sólidos y estables en torno a las personas con discapacidad mental o intelectual en el ejercicio del rol parental.

II. El derecho de las personas con discapacidad mental o intelectual a tener una familia

Como ya fue planteado, el derecho a establecer una familia y tener hijos es uno de los principios que trae la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 23. Los Estados que formen parte de este tratado internacional de derechos humanos deben tomar medidas efectivas y permanentes que impidan la discriminación contra este colectivo, incluyendo a "todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales". Si bien la redacción genérica de la Convención no distingue entre las diferentes limitaciones que dan lugar a la discapacidad, una interpretación armónica y razonable deja ver que el texto se refiere específicamente a las personas con discapacidad mental o intelectual. En el sistema argentino, en efecto, hay limitaciones para la celebración de actos jurídicos como producto de la falta de salud mental o perturbaciones en el discernimiento (5). Por supuesto que la propia Convención, en este mismo artículo, reconoce que hay requisitos para determinados actos, por ejemplo el consentimiento libre y pleno para el matrimonio.

La ley argentina obliga a los progenitores a brindar cuidados personales a los hijos, de igual manera que lo hacen varios instrumentos internacionales de derechos humanos (6). Veremos más adelante que esas obligaciones tienen diferentes aspectos y no resulta sencilla su evaluación. En cuanto a la adopción, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad promueve la no discriminación, sin perjuicio de velar por el interés superior del niño, y expone el principio en los siguientes términos:

Art. 23. 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".

No es sencillo encontrar una fórmula integral que sintetice cuáles son las medidas que componen esa "asistencia apropiada", ya que pueden variar las circunstancias personales y del entorno familiar. Armonizando este precepto con el de "ajustes razonables", puede aplicarse como criterio de razonabilidad el de la proporcionalidad, o sea que los apoyos para desempeñar las responsabilidades en la crianza no se transformen en una crianza por terceros, sean personas físicas o instituciones.

En cuanto a la unidad de la familia biológica, se trata de un principio fuerte, pero que admite excepciones. La separación de niños y niñas de sus progenitores en contra de su voluntad es una medida severa y debe evitarse. Claro que hay casos en los cuales una evaluación experta e imparcial, realizada por un juez competente, concluye en que tal decisión es la que asegura el mejor interés del niño o bien evita posibles perjuicios graves en un ambiente hostil. Tales evaluaciones deben regirse por procedimientos que respeten el debido proceso, pero también requieren de celeridad, ya que la demora puede acarrear mayores dificultades para la búsqueda de otro entorno familiar en la comunidad:

Art. 23. 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, determinaren, 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".

Cuando fuere estrictamente necesario, se puede separar a los hijos de sus padres biológicos. Pero esta necesidad debe surgir de conductas concretas, analizadas por equipos técnicos idóneos. Lo que no puede suceder es que la separación esté fundada meramente en la discapacidad de los progenitores (o en la de uno de

ellos). En la mayoría de estos casos la posibilidad de separación proviene de progenitores con discapacidad intelectual. Pero hay que analizar detenidamente los diferentes casos, ya que hay personas con discapacidad intelectual que expresan su deseo de llevar adelante el rol parental y cuentan con recursos cognitivos y habilidades sociales suficientes para hacerlo (7). No puede haber una regla absoluta y las evaluaciones interdisciplinarias en cada caso podrán dar una orientación. El artículo ya citado expresamente aclara que se hará "todo lo posible", pero avanza sobre la opción negativa:

Art. 23. 5. "Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando una familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar".

En este artículo queda claro que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no declara un impedimento absoluto para la adopción. Por el contrario, la prescribe expresamente para los casos en que fuera necesaria. La prioridad en los cuidados la tiene la familia inmediata, pero si no fuera posible, se trasladará la opción a la familia extensa. Sabemos que puede no existir esa alternativa, o bien no ser viable. En tal caso, es clara la prescripción para que los hijos de personas con discapacidad mental o intelectual se desarrollen en otro entorno familiar dentro de la comunidad, o sea, el de la guarda con fines de adopción.

III. La evaluación sobre el ejercicio del rol parental

En una sociedad democrática no se puede impedir o limitar arbitrariamente el derecho a ejercer el rol parental. Claro que este derecho no es absoluto, sino que conlleva una responsabilidad que debe ser cumplida para garantizar ese ejercicio y el interés superior del niño. Si los progenitores no cumplen con las pautas indispensables, podrá iniciarse un procedimiento judicial cuyo objeto sea la privación o bien la suspensión de la responsabilidad parental. Deben existir motivos muy fundados para promover una acción de esa naturaleza y además debe respetarse el derecho al debido proceso. La mera condición de persona con discapacidad mental o intelectual no es condición suficiente para juzgar la idoneidad para el ejercicio del rol parental. Sin perjuicio de ello, la carencia de habilidades prácticas para la vida cotidiana puede acarrear una serie de dificultades para llevar adelante los cuidados personales que requiere, por ejemplo, un bebé que necesita ser alimentado, vestido, higienizado, protegido. Quien no pueda desarrollar esas tareas por sí, o a través de apoyos, no puede asegurar condiciones mínimas de supervivencia y bienestar para sus hijos, en los términos en los cuales la ley argentina regula al ejercicio de la responsabilidad parental.

La evaluación acerca del ejercicio del rol parental requiere asumir la complejidad de los contextos familiares y dejar sentadas algunas premisas que eviten arbitrariedades. Para el derecho argentino, la responsabilidad parental es "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores respecto de la persona y los bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral...". Tal es la definición que da el Código Civil y Comercial argentino en su art. 638, destacando más los deberes que los derechos de los progenitores. Estas labores requerirán, por lo tanto, de algunas habilidades que podrían resultar demasiado complejas para una persona con discapacidad mental o intelectual y que no cuente con un nivel adecuado en su funcionalidad cotidiana. Si una persona no puede cuidar en lo más básico de sí misma, es difícil que pueda hacerse cargo de alguien que es absolutamente dependiente de esos cuidados personales indispensables. Es posible que en algunos casos se pueda acudir a redes de contención familiar, que colaboran con esas tareas esenciales. Si no existiera esa chance, entonces la adopción pasa a ser una opción válida (8).

Los criterios para sostener o no el ejercicio de la responsabilidad parental, por lo tanto, no pueden estar basados solamente en la condición de persona con discapacidad mental o intelectual. Dentro de las causales que enumera el art. 700 del Cód. Civ. y Com. para la privación de la responsabilidad parental están el abandono del hijo, el ataque contra su persona o sus bienes, poner en peligro su salud física o psíquica. En cuanto a la suspensión, el inc. c) del art. 702 refiere a la declaración de la limitación de la capacidad, cuando el motivo de esa restricción fuere "razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio". Es compleja esta interpretación, ya que hay una tautología en la referencia, o bien se pretende que en el proceso de restricción de la capacidad se evalúe si el causante está en condiciones de llevar adelante ese ejercicio de la responsabilidad parental.

El hecho fundante de la suspensión o privación de la responsabilidad parental no es, en sí misma, la discapacidad mental o intelectual. En cambio sí pueden ser los efectos concretos en las conductas que pueden acarrear los padecimientos mentales o las deficiencias cognitivas. Estas limitaciones no pueden ser ignoradas ni minimizadas, mucho menos cuando se trata del desafío de los cuidados personales que requieren niños y niñas en una edad en la que dependen casi absolutamente de los adultos. En este tema queda expuesta con total claridad la clásica tensión entre el esfuerzo por sostener el vínculo con la familia de origen y la adopción que busque garantizar aquel principio del interés superior del niño. Esta tensión entre lo que a priori podría ser

mejor para el adoptado y el derecho de la madre a ejercer su rol parental no debería verse de forma polarizada, ya que existen muchos matices en los cuales pueden compatibilizarse ambos objetivos. Así, hay muchas alternativas a través de apoyos que pueden ofrecerse a ese núcleo, empezando por la familia extensa y las redes comunitarias disponibles. En varios casos se ha planteado que la adopción encarnaba el mejor interés del niño, ya que la madre biológica no podía hacerse cargo de los cuidados personales (9).

Las decisiones que deben ser tomadas en este campo requieren de una fina tarea de interpretación normativa, armonizando los instrumentos legales vigentes, tanto del orden nacional como internacional. Esta clase de situaciones nos permiten analizar, a través de un delicado dilema, una categoría jurídica compleja que trae la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los ajustes razonables. ¿Hasta qué rango de apoyos se ejerce realmente la maternidad y cuándo los apoyos son tan intensos que se transforman en una sustitución? ¿Qué grado de intensidad deberían tener los apoyos para el ejercicio del rol parental en alguien que no puede ni siquiera cuidarse a sí mismo? ¿Tendría razonabilidad un dispositivo de apoyos por el cual deba contratarse a una persona para que realice los cuidados personales sobre una persona con discapacidad intelectual y también sobre su hijo o hija? Posiblemente se estaría desbordando la noción de ajuste razonable, para ingresar en la órbita de medidas desproporcionadas que desnaturalizarían el rol parental.

Aun cuando se decidiera la declaración del estado de adoptabilidad, es importante destacar la conveniencia y la necesidad de sostener una comunicación entre adoptado y familia de origen. Esto último no es novedad en nuestro sistema, ya que las diferentes reformas legislativas en materia de adopción en los últimos veinticinco años han enfatizado el principio de revelar el origen del vínculo biológico. Claro que no es lo mismo revelar a alguien, en el momento de su vida que se considere más apropiado, su origen adoptivo, que mantener una comunicación permanente durante todo momento. Se debatió en más de una oportunidad cuál sería el rol de la madre con discapacidad intelectual luego de la adopción, ya que la mención en una sentencia a un régimen de comunicación no sería una garantía sólida, como sí lo sería la adopción simple que preserva el vínculo (10).

IV. Aparente tensión entre bienes jurídicos tutelados

La adopción es una solución incorporada por la ley argentina y por varios tratados internacionales de derechos humanos, por ejemplo las ya mencionadas Convención sobre los Derechos del Niño y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si existe como instituto jurídico, es porque hay una necesidad de brindar cuidados personales a niños, niñas y adolescentes que no cuentan con ello en sus respectivos núcleos familiares originarios. La tutela del interés superior del niño no es necesariamente incompatible con el derecho al ejercicio del rol parental por parte de una persona con discapacidad mental o intelectual, ya que en entornos con apoyos esa labor es desarrollada de forma eficiente y armónica. Los casos en los cuales se despliega una contienda judicial son aquellos en los que generalmente las condiciones cognitivas o mentales de los progenitores dificultan o impiden las conductas de cuidados personales hacia hijos pequeños. Una cuestión delicada es cómo hacer valer el derecho subjetivo a una familia, incluyendo la crianza y educación de los propios hijos. Hay muchos casos en la jurisprudencia en los que se debatió esta aparente tensión entre dos bienes jurídicos tutelados y de extrema trascendencia (11). Aquí solamente mencionaremos algunos, con el propósito de mostrar que no es la discapacidad la causa de la declaración del estado de adoptabilidad, sino la imposibilidad fáctica de llevar adelante los cuidados personales que necesitan los niños, las niñas y los adolescentes. En la mayoría de los casos de esta naturaleza no hay filiación paterna establecida, ni opciones claras para sostener el vínculo con la familia extendida.

En el año 2017 la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Salta estimó que correspondía la declaración de adoptabilidad cuando una madre con padecimientos mentales no podía hacerse cargo de los cuidados personales de su hija de trece años (12). En aquella causa se produjeron estudios interdisciplinarios que informaron sobre diversos sucesos en la vida familiar que ponían en riesgo la integridad física y psíquica de la adolescente. Lo que estaba en debate era la continuidad de diversas estrategias que se habían implementado por varios años, con el propósito de obtener una mejora en el vínculo entre madre e hija, que permitiera a la primera sostener su rol parental. Claro que esos años en los cuales intervinieron múltiples agencias estatales de asistencia social significaron también la demora en la declaración de adoptabilidad a la cual finalmente se llegó. Tal demora puede también disminuir las oportunidades para encontrar aspirantes en un eventual proceso de adopción. En aquel caso se expresó uno de los argumentos recurrentes para la demora en la declaración de adoptabilidad; me refiero a la espera de una recuperación de la salud mental de la madre (13). También en ese caso había una expresión clara de la progenitora respecto a no querer asumir ese rol. Sin embargo los funcionarios del Ministerio Público mantenían el propósito de retener a la hija en ese núcleo familiar de origen, incluso contra los deseos expresados por la propia adolescente.

En otro caso, que se desarrolló en la provincia de Entre Ríos, se declaró el estado de adoptabilidad luego de constatar el estado de abandono en que se hallaba un niño por parte de su madre (14). En la sentencia en la cual

se formula esa declaración, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Gualeguaychú expresa la necesidad de disponer recursos estatales para promover una vinculación familiar. Expresan los magistrados allí que una intervención estatal hubiera promovido el valimiento autónomo de esa madre y no se hubiera necesitado declarar el estado de adoptabilidad de su hijo. Es claro que se debe llegar a la adopción luego de agotar las alternativas en el marco del núcleo familiar de origen. No sabemos qué grado de probabilidad de cumplimiento hubiera tenido ese propósito, aun contando con los apoyos a los que refieren los jueces. Lo que no puede afirmarse es que los apoyos disuelven la discapacidad mental o intelectual o resuelven las imposibilidades de realizar ciertas conductas.

En un caso en el cual se llegó a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se enfatizó en el principio de buscar todos los apoyos necesarios para que una mujer con discapacidad mental pudiera llevar adelante el ejercicio de su rol parental [\(15\)](#). Se trató de un proceso que tramitó en un juzgado nacional civil con competencia en asuntos de familia y que había declarado el abandono moral y material de la hija menor de edad de la mujer con discapacidad mental ya mencionada. La decisión fue a su vez confirmada en segunda instancia. Pero sin embargo las diferentes intervenciones en sede judicial y en la órbita de los organismos administrativos llevaron a dilatar la situación durante cuatro años. A través de una gran cantidad de dispositivos se intentó mantener el vínculo y el máximo tribunal planteó que antes de separar a una madre de su hija se deben agotar todas las alternativas. Finalmente se resolvió dictar la declaración de adoptabilidad de la niña, luego de intentar distintas estrategias y apoyos. Se trata de una decisión tan difícil que requiere de un profundo análisis jurídico e interdisciplinario, pero a su vez también necesita de la máxima celeridad.

Además del dilema entre el mantenimiento del derecho a ejercer el rol parental y el eventual interés superior del niño, hay que analizar cuál será la relación de comunicación entre los progenitores de origen y el hijo, luego de la adopción. Como ya fue planteado, la imposibilidad de desarrollar el rol parental no debería constituir un impedimento de contacto por sí mismo. Por supuesto que si fuera el caso de un maltrato intencional, ya sea de carácter físico como emocional, se justificaría plenamente el distanciamiento definitivo. En varias causas judiciales se debatió precisamente cómo sería ese régimen de comunicación una vez dictada la adopción [\(16\)](#). Los funcionarios del Ministerio Público que asumieron la defensa de las madres de origen en aquellas causas no discutían la adopción en sí, ya que estaba clara su conveniencia y el consentimiento de la familia de origen. Pero sí solicitaban que quedara claramente establecido cómo sería el régimen de comunicación, de manera de evitar que se diluyera en meras declaraciones o compromisos abstractos.

V. Conclusión

Constituye un prejuicio creer que las personas con discapacidad mental o intelectual no puedan en ningún caso ejercer roles parentales. Los cuidados personales sobre los hijos deberán ser evaluados sin esa clase de preconcepciones arbitrarias e incluso tomando en cuenta que pueden y deben existir redes de apoyo, tanto en el interior del grupo familiar como también a través de instancias comunitarias. La biología no es destino: muchas personas con discapacidad mental o intelectual cuentan con recursos para las tareas que requiere ese ejercicio del rol parental. El respeto por su autonomía y el derecho que tienen a constituir una familia obligan a evitar prejuizamiento y a actuar con suma prudencia. Pero también con celeridad, ya que la opción de la declaración del estado de adoptabilidad sigue siendo válida y encallar el proceso, con dilaciones de diversa naturaleza, puede provocar perjuicios. Ajustes razonables no significa adecuar a cualquier costo. Más bien es todo lo contrario, los ajustes tienen límites de razonabilidad. Los apoyos para los progenitores no pueden consistir en una absoluta sustitución para las labores necesarias, en particular en los cuidados personales. Esa sustitución excedería la razonabilidad del ajuste, convirtiéndose en una solución exorbitante. Sería el caso de una asistente domiciliaria a la que se contrata para cuidar tanto a una madre y a un bebé, realizando la totalidad de las tareas cotidianas. Tal asistente se convertiría en quien lleva adelante el rol maternal, entonces estaríamos solo ante una aparente crianza del hijo por parte de la madre de origen.

El ejercicio del rol parental para personas con discapacidad mental o intelectual puede requerir apoyos, que preferentemente serán brindados desde el propio núcleo familiar. Si así no fuera, hay apoyos externos que pueden ser brindados a través de redes comunitarias o bien de agencias estatales especializadas. Pero para mantener esos apoyos dentro del rango de los ajustes razonables, aquellos no pueden significar lisa y llanamente un reemplazo o sustitución en las tareas. De ser así, deja de constituir un ajuste razonable y se transforma en una medida desproporcionada, que no tiene sentido. El deseo de algunos funcionarios estatales de disponer recursos técnicos, económicos o burocráticos para sostener un núcleo familiar, aun cuando las condiciones fácticas son muy adversas, puede obnubilar a cualquiera. Estas confusiones, aun con las mejores intenciones, pueden provocar demoras que tienen consecuencias muy negativas para un futuro proceso de adopción. De allí que no se puede perder de vista la urgencia de decisiones difíciles. Los magistrados tienen las herramientas normativas para lograr el equilibrio en cada caso, con la colaboración técnica de sus equipos interdisciplinarios. Pero antes

que nada, es fundamental que no se considere de manera negativa a la adopción, en una especie de rémora de antiguas objeciones. Si la legislación argentina incorporó el instituto de la adopción, debemos considerarlo como opción valiosa y no insistir en una especie de fundamentalismo del sostenimiento de un núcleo familiar imaginado, deseado, pero inviable. A través de una perspectiva equilibrada pueden incluso condensarse objetivos: por un lado, la búsqueda de otra familia para la tarea de protección, crianza y educación del adoptado, pero por otro lado también sostener la continuidad del vínculo de comunicación con aquellos progenitores con discapacidad mental o intelectual. De allí que sea tan importante insistir en la comunicación fluida entre progenitores con discapacidad mental o intelectual y sus hijos, a pesar de haber sido entregados en adopción.

(*) Doctor en Derecho. Profesor adjunto regular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Director del Programa de Actualización y Profundización de Posgrado en Discapacidad y Derechos (UBA).

(1) Si bien se contaba con la localización del padre de la niña recién nacida, el juez inglés consideró que no era idóneo para ejercer la custodia de su hija, por ser un inmigrante ilegal en Italia, de origen senegalés.

(2) Ratificada por la República Argentina a través de la ley 26.378 y con rango constitucional en los términos del inc. 22 del art. 75 de la CN desde la sanción de la Ley 27.044.

(3) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo cuarto trae una serie de definiciones, entre las que se halla precisamente la de los ajustes razonables y enuncia lo siguiente: "Por 'ajustes razonables' se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

(4) SEDA, Juan Antonio, "Nacidos para la adopción: hijos de personas con discapacidad intelectual y mental"; Rev. Incl., 3, vol. 1, julio-septiembre (2014), ISSN 0719-4706, ps. 9-18, disponible en <http://www.revistainclusiones.cl/volumen-1-nba3/oficial-articulo-dr.-juanantonio-seda.pdf>.

(5) Por ejemplo, el impedimento enunciado en el inc. g) del art. 403 del Cód. Civ. y Com., que refiere a "la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial". Se trata de un impedimento dirimente y puede ser salvado a través de una dispensa judicial, expresamente regulada en el art. 405 (SEDA, Juan A., "Manual de Derecho de Familia", Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2018, p. 57).

(6) Muy específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la República Argentina a través de la ley 23.849. Este tratado internacional de derechos humanos fue uno de los que originariamente integraron el listado del art. 7, inc. 22 de la CN reformada en el año 1994.

(7) En "I am Sam", un famoso filme estadounidense del año 2001, el protagonista (Sean Penn) es una persona con discapacidad intelectual que lucha en los tribunales por la custodia de su hija menor de edad (Dakota Fanning). La historia muestra que a la edad de seis años la hija supera en madurez a su padre, pero también deja ver los prejuicios sociales en relación con mantener el contacto entre padre e hija.

(8) Recordemos que la propia Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 20, reconoce a la adopción como una solución favorable cuando la familia inmediata de un niño no pudiera afrontar su cuidado. Ese artículo dice expresamente en el primer párrafo: "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

(9) El art. 607 del Cód. Civ. y Com. prevé los supuestos para la declaración judicial de la situación de adaptabilidad.

(10) Durante un trabajo antropológico de campo desarrollado entre los años 2005 y 2008 pude recopilar testimonios acerca de la adopción casi automática de hijos de mujeres con discapacidad mental o intelectual. Se trataba de mujeres en contextos de extrema vulnerabilidad social, pero que podrían haber sostenido el vínculo con sus hijos, más allá del trámite de adopción. Eso era lo que precisamente expresaban en las conversaciones informales (SEDA, Juan A., "Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada antropológica de la Colonia Montes de Oca", Ed. Noveduc, Buenos Aires, 2011).

(11) El ejercicio del rol parental hace al desarrollo de un proyecto de vida y su obstrucción arbitraria puede causar un daño irreparable en la vida de progenitores e hijos. De allí la necesidad de un cuidadoso y prudente debate en esta materia.

(12) CCiv. y Com., Salta, sala IV, 30/01/2017, "R., M. L. s/ protección de personas", AR/JUR/29/2017.

(13) Los padecimientos mentales pueden revertirse, aunque no podría hacerse una generalización ni simplificar las posibilidades. En el caso aquí mencionado confluían antecedentes de conductas violentas y de

alcoholismo.

(14) CCiv. y Com., Gualaguaychú, sala I, nov. 2016, "A. J. y A. J. G. s/ declaración de estado de abandono y guarda para futura adopción", AR/JUR/100089/2016.

(15) "L., J. M. s/ protección especial", CS, 07/06/2016, AR/JUR/32497/2016.

(16) CCiv. y Com., Azul, 04/10/2012, "S. A. X. C. I. s/ guarda de personas", AR/JUR/51406/2012, antes en SCBA, 10/12/1992, "O. A. s/ adopción," en ambos casos el Curador Oficial se opuso a la adopción plena, argumentando que de esa forma se reduciría la chance de vinculación (SEDA, Juan A., "Adopción de hijos de personas con discapacidad mental o intelectual", en BAGDASSARIÁN, Dora - YGLESIAS, Arturo [coords.], Cuestiones relativas al Derecho de Familia, CEDECO, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, 2013, ps. 65-78).