

Apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de la patria potestad

Salvador Guerrero Navarro¹⁴

Pp. 86-103.

María Fernanda Pinkus Aguilar¹⁵

<https://doi.org/10.47698/inclusin.vi1.8>

Resumen

La presente ponencia es una revisión jurisprudencial sobre la obligación estatal de garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia de sus hijas e hijos, con énfasis en la prestación de la asistencia para el desempeño de las responsabilidades de crianza. En primer lugar, son presentados algunos preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), con énfasis en las barreras, su eliminación y en el acceso a apoyos y asistencia para lograr la inclusión de esta población en la sociedad. Luego, se presentan los criterios jurisprudenciales sobre la protección a la familia y el interés superior de la infancia, con la finalidad de explicar que no están en tensión con los derechos de las personas con discapacidad. Posteriormente, se realiza una breve propuesta sobre las instituciones gubernamentales de la Ciudad de México que podrían participar para salvaguardar estos derechos. Finalmente, se realiza un análisis interseccional de la situación de una madre con discapacidad inmersa en un juicio de guarda y custodia.

Palabras clave: jurisprudencia, personas con discapacidad, patria potestad, guarda y custodia, responsabilidad de crianza.

¹⁴ Maestro en Derecho por la UNAM. Escribió este artículo siendo Coordinador de Derecho en la Clínica Jurídica del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM. Actualmente dirige la Clínica Jurídica para Refugiados Alaíde Foppa (CJR) de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México.

¹⁵ Licenciada en Derecho por la UNAM. Escribió este artículo como Directora de la Clínica Jurídica del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM

1. Los derechos de las personas con discapacidad

La discapacidad ha sido abordada desde varios puntos de vista. De forma histórica, uno de ellos es el conocido como modelo médico, que pone énfasis en las “deficiencias”. Así, tradicionalmente se ha abordado la discapacidad como una enfermedad que debe curarse. Bajo el modelo médico, el Estado debe dar asistencia o caridad para normalizar a las personas y lograr que eventualmente se reincorporen a la sociedad. Eso supone velar por lo que es mejor para la persona, incluso cuando se vaya en contra de su voluntad (SCJN, 2014).

Por otra parte, el modelo social define a la discapacidad a través de dos elementos. Por una parte, la “deficiencia” y por otra, las “barreras”. De esa forma, la discapacidad surge cuando las deficiencias interactúan con el contexto y se forman barreras que impiden que las personas puedan acceder a sus derechos y servicios públicos en igualdad de condiciones con las demás personas (CDPD, art. 1).

Este modelo de abordaje de la discapacidad es el que está plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), de la que el Estado mexicano es parte. Una de las consecuencias de enfatizar las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad es que desaparece el binomio normal-anormal. De tal manera que no se busca cambiar a la persona, sino que las obligaciones del Estado están dirigidas a modificar el entorno para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

Existen diferentes tipos de barreras. Sin ánimo de hacer categorías, podrían distinguirse algunos ejemplos, como las barreras físicas, las cuales consisten en entornos que imposibilitan la movilidad. Éstas podrían consistir en escaleras, muros o transporte inaccesible.

También pueden distinguirse barreras sociales o actitudinales, que consisten en la incomprensión, ignorancia, estigmas o prejuicios que la sociedad tiene sobre las

personas con discapacidad. Dichas barreras están presentes en diversos ámbitos como en el escolar, laboral o hasta en las leyes. Por lo que podemos decir que uno de los factores que impide a las personas ejercer su derecho a la educación o al trabajo son las actitudes que tiene la sociedad.

Existen diversas medidas que tienen como finalidad garantizar el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones, como las de accesibilidad, los ajustes razonables o los apoyos y asistencia.

Sobre la accesibilidad, el artículo 9 de la CDPD, indica que es una obligación estatal que se adopten las “medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público”¹⁶, a fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

Las medidas de accesibilidad son un prerrequisito para el ejercicio de diversos derechos, como el de movilidad, acceso a la información, acceso a la justicia o participación en los asuntos públicos (Comité DPD, 2014).

Por su parte, la realización de ajustes razonables es una obligación que surge cuando las personas lo solicitan a quien les preste un servicio (garante). Estos ajustes consisten en la obligación positiva de “modificación o adaptación que sea necesaria y adecuada, cuando se requiera en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de los derechos de una persona con discapacidad” (Comité DPD, 2018). A diferencia de las medidas de accesibilidad, los ajustes no pueden representar una carga desproporcionada ni indebida para la persona que presta el servicio.

¹⁶ De acuerdo con el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité DPD), la obligación de brindar ajustes razonables no debe entenderse únicamente hacia el gobierno, sino que en ocasiones los particulares están obligados a prestar algún tipo de servicio, como los bancos o el transporte.

Ahora bien, los apoyos y la asistencia son medidas para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos. La CDPD no hace una lista exhaustiva de cuáles son, sino que menciona la obligación de brindar apoyos y asistencia en relación con diversos derechos, tales como el derecho a la capacidad jurídica, a vivir de forma independiente, de movilidad o educación. De acuerdo con el Comité de DPD, no hay una forma específica sobre los apoyos. Pueden consistir en que la persona designe a alguien de su confianza para la defensa de sus intereses, o bien que le asista en comunicarse (Comité DPD, 2014).

De igual forma, los apoyos varían según la persona. Debido al principio de autonomía y respeto a la dignidad humana, es la propia persona quien debe decidir sobre la intensidad, duración y formas en que se debe brindar el apoyo. Por lo que los apoyos pueden ser intensos, o bien, la persona puede prescindir de ellos.

Un apoyo no puede sustituir la voluntad, ni siquiera a partir de criterios de finalidad o bienestar. En este sentido, no puede sustituirse la voluntad justificado en un supuesto “interés superior” de la persona con discapacidad (Comité DPD, 2014).

Uno de los grandes retos en el ejercicio de los derechos de personas con discapacidad es afrontar las barreras sociales o actitudinales, ya que el trato que reciben es discriminatorio en muchos ámbitos de su vida. Una persona con discapacidad debe afrontar los estigmas derivados de la apariencia, el contexto, o bien, de un diagnóstico. Para este artículo, nos concentraremos en las personas que son estigmatizadas por un diagnóstico de salud mental. A ellas la sociedad les asigna una serie de características que obstaculizan sus derechos. De esa forma, por ejemplo, se les considera personas desviadas, anormales o peligrosas. Esto trae como consecuencia que se desplieguen una serie de vulneraciones en diferentes ámbitos, como el familiar, laboral o institucional.

2. Derecho a la familia

En este apartado explicaremos la importancia del derecho a la familia y en particular las obligaciones del Estado sobre la separación de padres e hijos. El objetivo es indicar que el Estado debe procurar la integración del núcleo familiar y no su separación, como podría ocurrirle en familias integradas por personas con discapacidad.

El derecho a la protección de la familia se encuentra reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho comprende la obligación por parte del Estado de favorecer los lazos del núcleo familiar, por lo que abarca la unión entre los y las niñas con su familia, a fin de satisfacer las “necesidades materiales, afectivas y psicológicas”. En este sentido, la intervención de las autoridades en el núcleo familiar puede conducir a la violación de este derecho. En particular, la medida más grave es la que tiene como resultado la división de la familia, ya que como indica la Suprema Corte, “por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota” (Tesis: 1a. CCXXX/2012).

El Estado tiene interés en que los lazos entre los integrantes de la familia perduren. Por ello, se debe “encontrar un equilibrio dinámico de relaciones que propicien vínculos paternofiliales más provechosos, de ser necesario incluso a través del consejo o de la asistencia profesional” (Tesis: I.5o.C. J/21).

A criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La prolongada separación de los niños de su entorno familiar es susceptible de afectar gravemente a los vínculos afectivos con sus familiares, causando un impacto emocional y psicológico que puede repercutir en su integridad personal en la medida que puede poner en riesgo el desarrollo armonioso de su personalidad. En el mismo sentido, el sistema interamericano ha reconocido que, tratándose de niños, niñas y adolescentes, el derecho a la identidad se relaciona con el derecho a la vida familiar, en vista del rol que juega la familia en el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en

sociedad. Adicionalmente, las circunstancias concretas y el contexto específico en el cual se produce la separación del niño con sus progenitores producen impactos diferenciados tanto en su integridad personal como en su desarrollo integral y armónico, incidiendo también los factores personales del niño, en los que se incluyen su edad y nivel de desarrollo. (CIDH, Medida cautelar No. 1188-18).

Sobre las personas con discapacidad, el derecho a la familia está reconocido en el artículo 23 de la CDPD. Dicho derecho incluye la posibilidad de fundar una familia, casarse, decidir sobre el número de hijos o mantener la fertilidad en igualdad de condiciones que las demás personas.

Además, en los numerales 2 y 4 del citado artículo, se estipula que los Estados garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la tutela, guarda y custodia de sus hijos y que en todos los casos se velará al máximo por el interés superior de la niñez. Aunado a que los Estados deberán asegurar que los y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad y contra su interés superior. Y aclara que en ningún caso se separará a un niño, niña o adolescente de sus padres en razón de una discapacidad de éste, de ambos padres o de uno de ellos.

Finalmente, cabe resaltar que se establece la obligación de los Estados de prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

De lo anterior se advierte que el Estado tiene obligaciones reforzadas para los núcleos familiares que incluyan a personas con discapacidad.

3. Interés superior de la infancia

Por su parte, los derechos del niño y la niña están reconocidos en el artículo 4 de la Constitución, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas normas indican que el Estado tiene

obligaciones reforzadas para niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de todos sus derechos.

Una de estas obligaciones refiere a la protección que tienen las autoridades para impedir las injerencias arbitrarias a la familia y el principio de mantenimiento en el núcleo familiar. Al respecto, el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) indica lo siguiente:

Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

A consideración del Comité de los Derechos del Niño, que se encarga de la interpretación de esta Convención, dicha disposición debe ser interpretada de forma particular cuando se trata de niños y niñas de la primera infancia. Es decir, de menores de 8 años. La separación de las y los hijos menores de 8 años es especialmente perjudicial por lo siguiente:

Los Estados Parte deberán respetar la supremacía de padres y madres. Ello implica la obligación de no separar los niños de sus padres, a menos que ello vaya en el interés superior del niño (art. 9). Los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación. Las situaciones que tienen más probabilidades de repercutir negativamente en los niños pequeños son la negligencia y la privación de cuidados parentales adecuados; la atención parental en situaciones de gran presión material o psicológica o de salud mental menoscabada; la atención parental en situación de aislamiento; la atención que es incoherente, acarrea conflictos entre los padres o es abusiva para los niños; y las situaciones en las que los niños experimentan trastornos en las relaciones (inclusive separaciones forzadas), o en las que se les proporciona atención institucional de escasa calidad (Comité Derechos del Niño, 2005).

En sentido similar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio del mantenimiento de la niñez en su familia, ya que existe una presunción de que los cuidados y afectos de los padres aseguran un ambiente de seguridad material y moral (Tesis: 1a. CLXXXVI/2017). También existe una presunción legal en favor del derecho de padres e hijos de convivir, que sólo puede ser superada mediante prueba en contrario que lo justifique (Corte IDH, OC-17).

La jurisprudencia mexicana es clara respecto de la relación entre el interés superior de la niñez y la convivencia con sus padres o madres, incluso en contextos donde se deben reparar los vínculos afectivos (Tesis: II.2o.C. J/30). El derecho de la niñez a convivir con sus padres es tan importante, que se preserva incluso cuando se ha perdido la patria potestad (Tesis I.3o.C.821 C).

4. ¿Derechos en tensión?

De lo anterior se aprecia que el interés superior de la niñez consiste en quedarse en su núcleo familiar, mientras que el derecho a la familia prohíbe intromisiones arbitrarias por parte del Estado. Pero en casos de personas con discapacidad, existe una tendencia a que el Estado intervenga para separar a la familia, provocado por los estigmas en relación con el ejercicio de la maternidad, así como a la supuesta peligrosidad e incapacidad que marca a las personas con discapacidad, especialmente intelectuales y psicosociales.

La existencia de tales estigmas fue develada en el estándar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al indicar que, al momento de determinar la adopción por parte de personas con discapacidad, debe hacerse un análisis riguroso para evitar que la negativa se dé por prejuicios y estigmas (Tesis: 1a. X/2016).

La manera en que podría justificarse la separación de niños y niñas de sus padres con discapacidad es porque existe una situación que les pone en riesgo, independiente de la situación de discapacidad. Referir que el riesgo es porque una persona tiene un diagnóstico de salud mental o una discapacidad resulta discriminatorio y es

estigmatizante.

Derivado de ello, la pregunta que deben responder las autoridades estatales no es qué persona debe quedarse con los hijos de una persona con discapacidad. Esto supone hacer un juicio valorativo sobre la idoneidad de la maternidad o paternidad de las personas con discapacidad y poner en duda el ejercicio de su derecho a la familia. Al contrario, la cuestión que debe guiar las políticas y legislación es qué apoyos y asistencia necesitan las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos e hijas.

Aunado a lo anterior, los juicios sobre la patria potestad deben pasar por un escrutinio a la luz de la perspectiva de género (Tesis: 1a./J. 22/2016), pues históricamente, las labores de crianza han sido realizadas de manera mayoritaria por las mujeres. Deben revisarse los estigmas y prejuicios que pudieran estar presentes respecto a quién se le considera una “buena madre” y a quién una “mala madre”.

Exigir a una mujer que tenga comportamientos “normales” y estereotipados resulta a todas luces incompatibles con los derechos que se pretenden tutelar. Por ello, no existe conflictos entre los derechos involucrados.

5. Autoridades encargadas de intervenir

De todo lo anterior se aprecia que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias deben brindar la asistencia y apoyos para que las personas con discapacidad desempeñen sus responsabilidades en la crianza de los hijos. A modo de propuesta, se enlistan autoridades que podrían participar en la prestación de apoyos y asistencia en la Ciudad de México: el Sistema Integral para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), la Secretaría de Salud y la Secretaría de Educación, Ciencia, Tecnología e Innovación.

Estas autoridades, con base en sus facultades y con fundamento en la CDPD, pueden realizar -en conjunto con las personas con discapacidad- la identificación de necesidades y de barreras que les impidan su plena inclusión y participación en la sociedad, para idear e implementar sistemas de apoyo, entre otras cosas, para el ejercicio del derecho a la familia. Las barreras, como ya fue indicado, se presentan en muchas dimensiones, por ejemplo, de formas físicas, sociales, actitudinales o legales.

En la implementación de sistemas de apoyo, la persona con discapacidad puede solicitar la participación de su familia, su comunidad, de las instituciones públicas o de las organizaciones de la sociedad civil. Los apoyos también pueden ser tecnología. El entorno inmediato de la persona debe ser evaluado con los diferentes indicadores de accesibilidad y adaptabilidad, por lo que las autoridades deben hacer referencia a las condiciones en que se encuentran los servicios como transporte, servicios de salud, de educación, culturales, deportivos, de participación política, de trabajo, entre otros.

A partir de ese diagnóstico, las autoridades pueden construir los apoyos en conjunto con la persona con discapacidad, que será quien deberá elegirlos, además de determinar su función, intensidad y duración.

6. La situación de Ana¹⁷

Ana es una mujer de aproximadamente 35 años de edad, con estudios de nivel medio superior. Tiene un trabajo informal en una panadería localizada en una pequeña ciudad de Hidalgo, México, donde gana el salario mínimo. Es común que cambie de trabajo un par de veces al año. Es madre sola de una niña de 6 años de edad llamada Hilda. Desde los 18 años, Ana ha tenido cuatro diagnósticos diferentes de salud mental; ella se autoadscribe como una persona con discapacidad psicosocial.

Un día, Ana le pide a su madre Andrea que cuide a Hilda mientras ella va a trabajar. Andrea accede. Cuando acaba el día, Ana regresa por Hilda y Andrea se niega a

¹⁷ Los nombres han sido modificados para preservar la confidencialidad de las involucradas

entregarle a la niña y le informa que acudió al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia Municipal para recibir asesoría, pues considera que por su condición de salud mental (que no reconoce como una discapacidad) es incapaz de criar a Hilda y le indica que en esa institución le recomendaron quedarse con la niña. Ante esta situación, Ana denuncia penalmente a Andrea por la retención de Hilda, sin embargo, los días pasan y nada sucede.

Dos meses después, Andrea inicia un juicio familiar para que le sea concedida la guarda y custodia de Hilda. Para probar que ella debe quedarse con la guarda y custodia de Hilda, Andrea adjunta a la demanda una receta de una médica particular que indica que Hilda presenta pediculosis (piojos) y que podría estar desnutrida y anémica, aunque se requerirían hacer más estudios para verificarlo. Además, Andrea argumenta que su hija Ana “está mal de la cabeza”, que tiene un “problema” y que “no es seguro para una niña vivir con ella”. Sustenta su dicho con el primer diagnóstico de salud mental de Ana, en el que se determinó que presentaba esquizofrenia.

Por su parte, Ana presentó diversas pruebas tendientes a demostrar que cuando Hilda estaba bajo su cuidado, se encontraba en un ambiente propicio para su desarrollo integral. Exhibió diversas recetas médicas y argumentó que cuando su hija se enfermaba la llevaba a que recibiera atención médica; exhibió la cartilla de vacunación completa de la niña; recibos de compra de útiles escolares, la inscripción al curso escolar en que se encontraba en ese momento, entre otras. También incorporó al expediente, la carpeta de investigación penal en la que se investigaba el delito de la retención de Hilda por parte de Andrea.

Lo primero que tenía que hacer el Juez de lo Familiar era determinar quién iba a tener la guarda y custodia provisional de Hilda, es decir, quién iba a cuidar de la niña durante el tiempo que durara el juicio y hasta en tanto se dictara sentencia y si la otra parte del juicio tendría derecho a visitas y convivencias.

El Juez decidió posponer esta decisión durante 3 años, impidiendo que Ana viera y conviviera con Hilda. De este modo, Hilda se quedó viviendo con su abuela Andrea y con la pareja sentimental de ésta. A diferencia de cuando vivía con su mamá, Hilda tiene un cuarto para ella sola. Andrea es maestra, pero ya está jubilada, por lo que dispone de suficiente tiempo para atender a Hilda.

El retraso para tomar esta decisión -argumentó el Juez- se debió a que para resolver requería diversas pruebas: solicitó el historial médico y psiquiátrico de Ana, pidió que se le realizara un examen psicológico y otro psiquiátrico, así como un estudio socioeconómico por parte del área de trabajo social para tener información sobre su vivienda y trabajo. Cada año ha pedido que dichas pruebas sean actualizadas y que se le informe si Ana está acudiendo a sus citas médicas y siguiendo su tratamiento psiquiátrico. También ordenó un estudio socioeconómico sobre la vivienda de Andrea.

Después de un largo proceso legal y transcurridos tres años desde iniciado el juicio de guarda y custodia, el Juez de lo Familiar finalmente decide que la guarda y custodia provisional de Hilda queda a cargo de Andrea y que Ana no tiene derecho a visitas y convivencias, ni siquiera “supervisadas”. Toma dicha decisión con base en: i) la opinión del Ministerio Público adscrito al Juzgado Familiar, quien recomendó posponer la convivencia hasta que se tenga por acreditado que la madre “toma el medicamento psiquiátrico necesario para controlar sus impulsos y la condición psicosocial que padece” y para preservar el interés de la niña “ya que se observa un temor y angustia por acercarse a su madre”; y, ii) la opinión de una psicóloga del Consejo de Familia adscrita a ese Juzgado en el sentido de que la convivencia entre Hilda y su madre no es viable porque le provoca inestabilidad emocional a la niña, ya que “expresa signos de ansiedad y nerviosismo cuando se aborda el tema de la figura materna” y “se ve confundida cuando le preguntan si tiene deseos de convivir con su madre, respondiendo de manera negativa”.

De este modo, el panorama es que, por una retención, luego por una omisión judicial de decidir y finalmente, por una decisión judicial, Ana e Hilda llevan tres años sin verse y

sin convivir en contravención del principio de unidad familiar. ¿Por qué? Para resolver esta pregunta tenemos que hacer un análisis con un enfoque interseccional o contextual de la discriminación para develar qué es lo que se piensa de Ana o de lo que representa -estigmas y prejuicios-, considerando todos los factores de vulnerabilidad presentes.

El contexto específico de Ana nos indica que enfrenta diversos factores de vulnerabilidad: es mujer, madre sola, cuenta con un trabajo informal y con una situación económica precaria, concluyó hasta la educación media superior y vive en situación de discapacidad. Habiendo enumerado estos factores, podemos enlistar los roles, responsabilidades y funciones que la sociedad le asigna e identificar los posibles estereotipos sociales y culturales que la han afectado.

En relación con la situación de discapacidad, podemos advertir que el abordaje que hace el Juez de lo Familiar es desde un modelo médico. Durante tres años, se ha dedicado a solicitar pruebas médicas, psiquiátricas y psicológicas de Ana, así como a solicitar información sobre si acude a sus citas y si cumple con el tratamiento recomendado por los médicos. Es más, cuando el Juez se refiere a la situación de Ana, utiliza los términos “enfermedad mental” o “padecimiento”. Está presente la creencia de que Ana es una persona enferma que tiene que ser rehabilitada y curada, así como que será integrada a la sociedad y en este caso, reunida con su hija Hilda hasta que alcance el estándar de normalidad. Este abordaje médico de la discapacidad también se advierte de la manifestación del Agente del Ministerio Público que supedita las convivencias madre e hija a que Ana¹⁸ tome medicamento psiquiátrico y a que controle “sus impulsos”.

El Juez de lo Familiar sólo indaga sobre la deficiencia mental de Ana e invisibiliza las barreras con las que interactúa y que afectan el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Con esto, el Juez obstaculiza que se detecten las necesidades de Ana y es omiso en solicitar que otras instituciones gubernamentales

¹⁸ Cabe aclarar que a continuación se buscará evidenciar la situación en que se encuentra Ana, sin que se pretenda invisibilizar los derechos y la situación de Hilda. Se reconoce que la niña también se encuentra en un contexto específico que debería ser observado y analizado tomando en cuenta las situaciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse, sus necesidades y su autonomía, sin embargo, dicho análisis excede el objetivo del presente artículo.

le presten la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de Hilda. De esta forma, el Juez incumple con su deber de tomar medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en las cuestiones relacionadas con la familia y en específico, con la maternidad.

Aunado a lo anterior, la manifestación del Agente del Ministerio Público, en relación a que Ana debe tomar medicamento y debe “controlar sus impulsos”, expone la creencia de que las personas con diagnósticos psiquiátricos son incapaces, impulsivas y que necesitan controlar sus mentes con tratamiento médico para poder ser incluidas en la sociedad. Las referencias a los impulsos y al control develan el estigma de peligrosidad que históricamente ha recaído sobre las personas con diagnósticos psiquiátricos.

Está presente el prejuicio de que las mujeres con discapacidad no deben ser madres, pues se cree que si no son capaces de cuidar de sí mismas menos lo son de cuidar de otros. En el expediente no hay prueba alguna que demuestre que la integridad de Hilda estaba en riesgo cuando estaba bajo el cuidado de Ana; recordemos que lo único que hay es la manifestación de Andrea respecto a que “no es seguro para una niña” vivir con Ana, y un certificado de una médica particular presentado por la misma Andrea, indicando que la niña tenía piojos y quizás tenía desnutrición o anemia. Sin embargo, este acervo probatorio ha resultado suficiente para negar las convivencias entre madre e hija durante 3 años, en contravención al principio de unidad familiar.

Ello, a pesar de que como ya se mencionó, la jurisprudencia mexicana es clara respecto de la relación entre el interés superior de la niñez y la convivencia con sus padres o madres, incluso en contextos donde se deben reparar los vínculos afectivos.

Por otra parte, observamos que el Juez podría indagar sobre la situación económica de Ana y de Andrea, pero no desde el estigma, sino para conseguir el desarrollo integral de Hilda. La situación precaria de Ana comparada con la de Andrea, quien tiene una mejor situación económica, no debe ser un factor para denegar el derecho de Ana a ejercer la

guarda y custodia, pero sí puede ser un factor para que Andrea contribuya a garantizar -en lo que económico- que Hilda tenga condiciones propicias para su desarrollo integral y a la vez, se garantice su derecho a la unidad familiar. Para ello, es necesario recordar el contexto: Ana es mujer, madre sola, con una educación media superior y con un trabajo informal, que se enfrenta a múltiples barreras y a la exclusión social, sin que los actores del Estado estén tomando acciones para eliminar esas barreras y garantizar sus derechos, específicamente a la familia y al ejercicio de la maternidad con asistencia. La supuesta incapacidad de Ana para criar a Hilda se atribuye únicamente a “que está mal de la cabeza” -en palabras de Andrea- y se invisibilizan todos estos factores que generan exclusión.

Sumemos las manifestaciones de la psicóloga del Consejo de Familia, quien señala que Hilda no quiere ver a su madre, que expresa signos de ansiedad y nerviosismo cuando se aborda el tema de la figura materna y que las convivencias le provocarían inestabilidad emocional y notemos que se arriba a esas conclusiones en un contexto en que madre e hija no se han visto ni han convivido durante tres años, por la decisión del Juez de lo Familiar de aplazar la decisión sobre la guarda y custodia provisional, así como sobre las visitas y convivencias. Podría cuestionarse cómo esperaba la psicóloga que reaccionara una niña de 6 años a quien le preguntan si quiere ver a su madre, con quien no ha tenido contacto desde que tenía tres años de edad. También podría cuestionarse cómo se llevó a cabo la entrevista entre la psicóloga y la niña y qué la llevó a concluir que las convivencias le provocarían una inestabilidad emocional.

Observamos que distintas disciplinas intervienen en el caso -abogados, psicóloga y trabajadores sociales-, pero que al desempeñar su labor reproducen estigmas y miden el déficit de Ana, sin que reconozcan los múltiples factores de discriminación que están presentes, sin que se fijen en las barreras a las que se enfrenta Ana, sin que realicen ajustes en los procedimientos, y por lo tanto, sin que tomen medidas efectivas y respetuosas de la voluntad y preferencias de Ana, para eliminar las barreras y para garantizar sus derechos y el acceso a los servicios públicos en igualdad de condiciones con las demás personas.

En la situación que se expone se advierte que una de las barreras más grandes a la que se enfrenta Ana es la actitudinal. El análisis interseccional o contextual nos permite advertir que Ana -madre con discapacidad- tiene las mismas necesidades que otras madres: información sobre la crianza y accesibilidad de dicha información, tener acceso a una vivienda digna, acceso a los servicios públicos de salud, educación, alimentación, contar con un sistema de apoyo y asistencia que tradicionalmente recae en el entorno familiar.

La falta de perspectiva de género y la omisión de analizar y juzgar este caso con un enfoque de interseccionalidad agravan la exclusión, la desigualdad y la denegación de derechos, perpetuando la discriminación múltiple.

La pregunta en esta demanda de guardia y custodia no debería ser con quién debe quedarse Hilda. Esa pregunta es contraria a la protección a la familia y al interés superior de la niña, pues deja de lado el principio de unidad familiar. La pregunta debería ser cómo detectar las necesidades de Ana y de Hilda -con un enfoque interseccional- para brindar la asistencia y los apoyos necesarios para que la madre ejerza su maternidad, para garantizar que la niña no sea separada de su madre por motivos discriminatorios y para garantizar los derechos de ambas sin discriminación. De ese modo, la labor de las instituciones gubernamentales resultaría garantista y acorde con los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales en la materia.

Referencias Bibliográficas

- Observación General No. 1. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. ONU.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, Observación general No. 6 sobre la igualdad y la no discriminación, ONU.
- Comité de los Derechos del Niño, 2005, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, ONU.
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Naciones Unidas de los Derechos Humanos: oficina del alto comisionado, ONU. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad (2a. ed.), México, SCJN.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, Protocolo para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, México, SCJN.

Criterios judiciales

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medida cautelar No. 1188-18, Adolescente D.1 respecto de Paraguay, 10 de mayo de 2019.
- Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Protección de la familia como derecho humano en el derecho internacional. su contenido y alcance. [Época: Décima Época, Registro: 2002008, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Civil, (Tesis: 1a. CCXXX/2012) (10a.), Página:1210].
- Derecho de visitas y convivencias. su protección alcanza el rango de orden público e interés social. [Época: Novena Época, Registro: 161867, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, junio de 2011, Materia(s): Civil, (Tesis: I.5o.C. J/21), Página: 967].
- Principio del mantenimiento del menor en su familia. su contenido y alcance. [Época: Décima Época, Registro: 2015748, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CLXXXVI/2017 (10a.), Página: 436].
- Convivencia, régimen de. principios jurídicos que deben tenerse en cuenta para su correcto desarrollo entre menores y sus progenitores, cuando éstos se encuentran separados o

divorciados. [Tesis: II.2o.C. J/30, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, abril de 2011, Pág. 1085].

Convivencia, régimen de. principios jurídicos que deben tenerse en cuenta para su correcto desarrollo entre menores y sus progenitores, cuando éstos se encuentran separados o divorciados. [Tesis: II.2o.C. J/30, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, abril de 2011, Pág. 1085].

Patria potestad. su pérdida por incumplimiento a la obligación alimentaria no implica la restricción del derecho del menor a la convivencia (interpretación de los artículos 417 del código civil para el distrito federal vigente hasta el uno de febrero de dos mil siete y 416 bis vigente a partir del dos de febrero de dos mil siete). Tesis I.3o.C.821 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Julio de 2010, Pág. 2006.

Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. elementos para juzgar con perspectiva de género. [Época: Décima Época, Registro: 2011430, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), Página: 836]

Adopción. criterios para probar si existe un daño contra el menor tratándose de padres con alguna discapacidad. [Época: Décima Época, Registro: 2010724, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 26, enero de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Civil, Civil, Tesis: 1a. X/2016 (10a.), Página: 959]