

## INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR VERSUS DERECHO A LA MATERNIDAD EN MUJERES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

---

SILVIA DURÁN ALONSO

*Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM)*

### 1. INTRODUCCIÓN. DERECHO A LA MATERNIDAD EN MUJERES AFECTADAS DE DETERIORO COGNITIVO

Las mujeres con discapacidad, en especial, las mujeres con discapacidad intelectual están afectadas por una situación de discriminación, que supone que no sean consideradas como ciudadanas de pleno derecho, siendo especialmente destacable la restricción de su derecho a acceder a la maternidad, o a ejercerla libremente. Además, en caso de llegar a ser madres, son cuestionadas en cuanto al cuidado de sus hijos. Esta privación sistemática de su derecho a ser madres ha llevado a que se hayan visto sometidas con frecuencia a esterilizaciones o abortos no consentidos<sup>177</sup>, y no ha sido hasta 2020 que, a través de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal, fue erradicada la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> La Asociación Europea del Síndrome de Down (EDSA) ha expuesto que este tipo de esterilización es relativamente común, sin que las afectadas la consientan o, al menos, entiendan el objeto y consecuencias últimas de la operación quirúrgica. Al respecto, puede consultarse el *Estudio sobre realidad y necesidad de las mujeres con síndrome de Down en España*, elaborado en el año 2020 (accesible en <https://bit.ly/3Lfv5FK>).

<sup>178</sup> Conforme a la Exposición de Motivos de dicha ley, "cabe señalar que la esterilización forzada es una práctica más extendida de lo que la opinión pública considera. Según datos del Consejo General del Poder Judicial, en la última década se han practicado en España más de un millar de esterilizaciones forzadas, la mayoría de ellas en mujeres. Solo en el año 2016 el CERMI, basándose en datos oficiales, señala que hubo 140 casos, dándose 865 casos más entre los años 2005-2013".

Ello supone una clara vulneración de sus derechos fundamentales, atentándose contra su libertad sexual, al impedirseles acceder libremente a la maternidad, lo que además implica una violencia psicológica, al vulnerarse su bienestar personal y su autoestima, y refleja también una violencia institucional, al no existir políticas de igualdad o prevención que impidan eficazmente esta discriminación.

El art. 23.4 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad puntualiza que los menores no podrán ser separados de sus progenitores por el hecho de que alguno de ellos padezca una discapacidad. Únicamente será posible “cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial”, determinen, conforme a la ley, que esa separación es necesaria por el interés superior del niño. Así, las madres con discapacidad intelectual tienen derecho a conservar la custodia de sus hijos, y éstos, a su vez, tienen derecho a no ser separados de sus madres por motivo de su discapacidad.

Es decir, la declaración de desamparo de los menores solo cabría si, de hecho, el menor careciera efectivamente de cobertura básica para el desarrollo integral de su personalidad. De ahí que, en caso de madres con discapacidad intelectual, devienen necesarias otras medidas, dirigidas a prestarles la necesaria asistencia para asumir sus responsabilidades, y que su discapacidad no sea causa del desamparo de sus hijos.

Pese a ello, el modelo médico aún es empleado en ocasiones por los tribunales y las administraciones públicas al enfrentar situaciones de discapacidad intelectual de la madre en procesos de crisis matrimonial o ruptura de pareja, o bien en casos de oposición a medidas de desamparo declaradas sobre sus hijos, centrándose en las afecciones de la madre y no en su aptitud como progenitora.

## 2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Pese a que diferentes textos internacionales sobre derechos humanos<sup>179</sup> reconocen el derecho de las mujeres con discapacidad a la maternidad,

---

<sup>179</sup> El más importante, la Convención de la ONU sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, <https://bit.ly/38n8sXz>.

la realidad en cuanto a su ejercicio efectivo es bien distinta. Así, conforme al artículo 23 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006), las personas con discapacidad tienen derecho a formar una familia en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos<sup>180</sup>, fomentándose la necesidad de promover los cambios necesarios en materia de maternidad, derecho a la reproducción, o custodia de los hijos en caso de crisis matrimonial. Si bien, a pesar de estos reconocimientos, se mantienen las barreras sociales en cuanto al ejercicio de su derecho a la maternidad por mujeres con discapacidades intelectuales, así como en la concesión de la custodia de hijos menores a la madre, en caso de que se vea afectada por algún deterioro cognitivo.

Esto se debe a la existencia de una evidente concepción social generalizada de qué es y cómo debe ejercitarse la maternidad, que gira en torno a un “modelo ideal” de madre, que no se cuestiona y al que toda mujer que tenga hijos debe aspirar, para ser socialmente aceptada. En consecuencia, si la madre es una mujer con discapacidad intelectual, se pone en duda que esté en disposición de poder alcanzar tales objetivos socialmente vinculados a esa figura materna “ideal”, antes referida (Cruz Pérez, 2004).

En este caso, la mujer con discapacidad debe enfrentarse, no solo a ese estereotipo de figura materna socialmente aceptada, sino también a la opinión social generalizada de que, por el simple hecho de estar afectada por una discapacidad, no podrá nunca llegar a desempeñar el papel de madre

---

<sup>180</sup> Concretamente sus párrafos 1 y 2 indican que:

“1. Los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás (...).

2. Los Estados Parte 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 Parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

de forma adecuada, lo que supone una evidente vulneración del derecho a ser madres y a ejercer la maternidad de este colectivo (Martina, 2017).

El objetivo del trabajo es analizar hasta qué punto tal concepción social, conforme a la cual las mujeres con discapacidad intelectual no están capacitadas para ser madres, unida a la ausencia de servicios públicos de apoyo que faciliten su autonomía personal, hacen que sigan viéndose abocadas a no tener hijos o, si los tienen, a delegar su cuidado en terceras personas, cuando realmente, el único derecho ante el que debería ceder el de una madre a ejercer su maternidad es el del interés superior del menor, en caso de una imposibilidad manifiesta de hacerse cargo del mismo. Para ello, se llevará a cabo un análisis bibliográfico y de revisión de los diferentes estudios e investigaciones existentes al respecto, valorando cuándo, en efecto, ese interés superior del menor justificaría la retirada de la custodia en caso de que la madre estuviera afectada por una discapacidad intelectual. También se hará un examen de la jurisprudencia relevante, tanto de Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de tribunales nacionales.

Además, se expondrá la necesidad de que los derechos de las mujeres con discapacidad intelectual sean objeto de las agendas políticas, así como del desarrollo de la actuación de los servicios sociales u otros profesionales, para que puedan apoyar a las madres con discapacidad intelectual, cuando sea oportuno. Son imprescindibles políticas transversales donde la discapacidad intelectual y los derechos de las mujeres (en especial, su derecho a la maternidad) sean tenidos en cuenta de forma unitaria, dotándolas de recursos que les permitan decidir en libertad ser madre o no serlo, sin que su situación personal merme su dignidad como persona.

### 3. DISCUSIÓN: CUÁNDO PREVALECE EL INTERÉS DEL MENOR

#### 3.1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Según hemos visto, las mujeres con discapacidad tienen el mismo derecho que cualquier otra mujer a tener hijos y a ejercer su maternidad

respecto de estos. Si bien, ningún derecho, ni siquiera el derecho a ser madre, es absoluto, ya que el Estado, fundándose en causas concretas, puede restringirlo si con ello se está amparando el interés superior del menor, ya que, en efecto, todo menor tiene, a su vez, el derecho innegable a “no ser expuesto a un riesgo desproporcionado de unas condiciones de vida insuficientes que pongan en grave peligro su integridad física o psicológica” (Amor Pan, 2000, p. 166)<sup>181</sup>.

Por ello, es necesario entrar a dirimir si, en efecto, existe una contradicción entre dicho interés superior del menor, de necesaria prevalencia sobre cualquier otro derecho, y el derecho de las mujeres con discapacidad intelectual a ser madres y a ejercer su propia maternidad (Molina Chávez y Valente, 2018).

Este interés superior del menor, al que se refieren múltiples normas, tanto estatales como autonómicas<sup>182</sup>, es un concepto jurídico indeterminado, lo que implica una necesaria ponderación de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, siendo función del Juez esa valoración, al conocer y decidir sobre cada situación que se le presente. De hecho, conforme al art. 2.2.a) de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), a la hora de interpretar y aplicar a cada supuesto concreto dicho interés superior del menor, uno de los elementos que deberá tomarse en consideración será la protección de su desarrollo integral y la satisfacción de sus necesidades básicas, no solo materiales, físicas o educativas, sino también emocionales y afectivas<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Indica la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (preámbulo y art. 3.1) que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, estableciendo también que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>182</sup> Como el art. 92.8 CC sobre custodia compartida, a falta de acuerdo entre las partes.

<sup>183</sup> Dispone el artículo 2.1 LOPJM que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos

En cuanto a qué entendemos exactamente por ese “interés superior del menor”, el párrafo núm. 6 de la Observación General núm. 14 de 2013<sup>184</sup> del Comité de los Derechos del Niño<sup>185</sup> considera dicho “interés” como un concepto triple:

- a. Un derecho sustantivo, que deberá tenerse en cuenta “siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño”, reconociéndose como de aplicación directa e invocable ante los tribunales.
- b. Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una norma es susceptible de diversas interpretaciones, se atenderá a la que “satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.
- c. Una norma de procedimiento: la determinación de este interés superior precisa de garantías procesales suficientes, y las resoluciones judiciales que se dicten deben estar suficientemente motivadas, de modo que conste claramente que se ha tomado en cuenta este derecho.

Así, siguiendo a Varela Castro (2016), estamos ante un derecho de la personalidad, oponible erga omnes, y que, al identificarse como un derecho subjetivo, puede exigirse su cumplimiento, incluso directamente ante los tribunales. Si bien, otros autores entienden de difícil encaje este carácter de derecho sustantivo, considerándolo más bien de tipo procedimental (Kilkelly, 2016), siendo más clara su concepción como principio interpretativo a favor del menor, o “*favor minoris*” (Scalisi, 2018), que obligaría, entre varios sentidos posibles de la norma, a elegir aquél más beneficioso para el menor en cuestión. También es claro su carácter de norma de procedimiento, de modo que cualquier decisión (incluida, claro está, una decisión judicial) que deba adoptarse respecto de un menor se hará necesariamente valorando ese interés

---

primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

<sup>184</sup> <https://bit.ly/3MgoQYw>.

<sup>185</sup> El Comité de los Derechos del Niño es un órgano de expertos independientes cuya función es controlar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. Lo integran 18 miembros, representantes de los grupos regionales de las Naciones Unidas.

superior, con las garantías necesarias para que, en efecto, quede justificada su apreciación frente a otros intereses en juego (García Rubio, 2020).

En cuanto a la cuestión objeto de estudio, que es si el interés superior del menor debe prevalecer frente al derecho de la mujer con discapacidad intelectual a ejercer su propia maternidad, lo cierto es que no estamos ante derechos incompatibles, y de hecho, son susceptibles de una interpretación armónica. Por eso, es necesario fijar qué circunstancias determinan que la aplicación del interés del menor implique que una madre con deterioro cognitivo no pueda convivir con sus hijos menores y, por ende, qué sería necesario para que eso no suceda (Molina Chávez y Valente, 2018). Es decir, en qué casos estaría justificada una intervención pública que sustituya las funciones propias de la madre biológica; en buena lógica, esto debería limitarse a aquéllos supuestos en que la actitud de la progenitora fuera manifiestamente contraria a este interés superior del niño, lo cual sucederá en los casos extremos en que se ponga en riesgo la salud o integridad del menor (Famá y Fortuna, 2013)

## 3.2. POSTURA DE LOS TRIBUNALES

### 3.2.1. Tribunal Europeo Derechos Humanos (TEDH)

En aquellos supuestos en que el objeto del asunto es la eventual intervención de los poderes públicos en la privación a los progenitores de la guarda y custodia de sus hijos menores de edad, el TEDH viene resolviendo que apartar a un menor recién nacido de su madre debe ser excepcional y por motivos especialmente graves, pues no solo es doloroso para la propia madre, sino que se está privando al menor de los beneficios del contacto directo de éste con su madre biológica<sup>186</sup>. Asimismo, el TEDH considera que las intervenciones de las administraciones públicas sobre la custodia o cuidado de hijos menores deben

---

<sup>186</sup> SSTEDH 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega y 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido.

tener en cuenta las manifestaciones al respecto de los padres biológicos<sup>187</sup>.

Ahora bien, el Tribunal de Estrasburgo, entiende también que es legítima la retirada de la custodia a los progenitores por parte de la administración pública si existen motivos justificados para ello: concretamente, la defensa del interés superior del menor, cuando existe incapacidad evidente de los progenitores para hacerse cargo del mismo, bien por concurrir alguna enfermedad física o mental, o bien por encontrarnos ante conductas violentas por parte de los progenitores<sup>188</sup>.

Es decir, que el acogimiento de un menor estaría justificado si su progenitor/a adolece de un deterioro cognitivo que le impide de forma absoluta gestionar la crianza de su hijo menor de edad. Si bien, debe tratarse de una medida temporal, siendo el deber de la administración dirigir sus actuaciones al retorno del menor a su familia biológica, siempre que esto sea posible, atendiendo siempre al interés superior del niño<sup>189</sup> (Múrtula Lafuente, 2020).

### 3.2.2. Tribunales españoles

En lo referente a los tribunales españoles, éstos, a la hora de valorar los elementos concurrentes para decidir sobre el régimen de guarda y custodia de un menor, deberán tomar especialmente en consideración la capacidad de los progenitores para asegurar que sus hijos menores se desenvuelven en un entorno adecuado, quedando garantizado el bienestar de estos (Roda y Roda, 2014).

Así pues, el interés superior del menor es el criterio seguido por jueces y tribunales para adoptar las correspondientes medidas de guarda, en caso de discapacidad de alguno de los progenitores<sup>190</sup>. De hecho, nuestro Tribunal Supremo viene manifestando de forma reiterada que

---

<sup>187</sup> STEDH 8 enero 2013, caso A.K. y L. contra Croacia.

<sup>188</sup> STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia.

<sup>189</sup> SSTEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia, 13 de julio de 2000, caso Scozzari y Giunta.

<sup>190</sup> A este respecto, STS 8 de mayo de 2015, recurso 309/2014 (Roj: STS 1734/2015), dictada en un procedimiento de modificación de medidas instadas por el padre respecto de su

“el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre” (STS 21 y 22 julio 2011, entre otras)<sup>191</sup>.

A la vista de lo cual, solo una resolución arbitraria o claramente perjudicial para el interés del menor en cuestión justificaría la casación.

En definitiva, nuestra jurisprudencia se muestra favorable a autorizar la custodia compartida, incluso en supuestos de deterioro cognitivo grave, si las periciales médicas practicadas concluyen que la madre afectada por la discapacidad puede llevar a cabo, en efecto, sus funciones de guarda de forma adecuada y se está llevando a cabo un seguimiento médico correcto de su enfermedad.

De hecho, en múltiples resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales resulta de manifiesto que, en muchos casos, la privación de la custodia de los hijos por discapacidad materna está relacionada con enfermedades mentales respecto de las que no se lleva a cabo un seguimiento adecuado, y degeneran, a su vez, en cuadros más graves de alcoholismo y toxicomanía. Así, en caso de que la madre padezca una enfermedad mental grave (acompañada de problemas con el alcohol o las drogas) con evolución negativa, especialmente si ésta se debe a una negativa al propio tratamiento, no se le atribuirá la custodia de sus hijos, ni individual ni compartida<sup>192</sup>. Lo mismo sucederá si no colabora para acreditar que su padecimiento no supone una contraindicación para cumplir con los cuidados del menor, y se niega a ser reconocida por el médico forense (SAP La Rioja, de 7 octubre de 2014, recurso

---

hija menor –de la que ostentaba la guarda y custodia-, a fin de reducir las visitas entre ésta y su madre, basándose en el deterioro cognitivo de ésta última, al alegar intento de suicidio, trastorno bipolar e inteligencia límite. En este caso, la Audiencia Provincial atribuyó a la madre la guarda de la menor, y dicha resolución fue posteriormente ratificada por el Tribunal Supremo.

<sup>191</sup> En este sentido, SSTS de 21 y 22 de julio de 2011, recursos 338/2009 y 813/2009 (Roj: STS 4925/2011 y Roj: STS 4924/2011, respectivamente).

<sup>192</sup> SAP Murcia de 19 de enero de 2010, recurso 369/2009 (Roj: SAP MU 163/2010); SAP Alicante de 4 de abril de 2014, recurso 462/2013 (Roj: SAP A 1584/2014), y SAP Málaga de 19 de julio de 2016, recurso 709/2014 (Roj: SAP MA 1924/2016), entre otras.

209/2014, Roj: SAP LO 486/2014; y SAP Málaga de 13 de julio de 2017, recurso 39/2016, Roj: SAP MA 2992/2017).

Por el contrario, en los casos donde la discapacidad (física, mental o intelectual) no entraña especial gravedad, se sigue tratamiento y, en definitiva, no condiciona la vida ni la conducta de la persona afectada, ni limita tampoco sus capacidades parentales, se podrá acordar la custodia compartida en el proceso de separación o divorcio (SAP Badajoz de 11 de diciembre de 2018, recurso 284/2018, Roj: SAP BA 1200/2018). Incluso cabe acordar la guarda individual cuando la enfermedad o discapacidad que padece el progenitor custodio no supone ninguna restricción para el ejercicio de las funciones parentales (SAP Murcia de 21 de abril de 2014, recurso 3/2014, Roj: SAP MU 906/2014) (Múrtula Lafuente, 2020).

De especial interés es la reciente SAP Córdoba, de 24 de febrero de 2021 (recurso 862/2020, Roj: SAP CO 110/2021), conforme a la cual, la discapacidad intelectual de la madre no es por sí sola razón suficiente para extinguir un régimen de custodia compartida, ya que deben tomarse en consideración los posibles apoyos, así como las restantes circunstancias concurrentes (personales o sociales). Así, el tribunal entiende que el hecho de que existan informes médicos acreditativos de una discapacidad severa en la madre no es suficiente razón, por sí sola, para privar a la madre del derecho a hacerse cargo de su propia hija; en definitiva, si bien no niega que la discapacidad materna puede afectar negativamente a sus facultades respecto al cuidado de la menor, fundamentando su resolución en el criterio social de la discapacidad, valora, además de los informes médicos aportados, las restantes circunstancias del caso, atribuyendo especial importancia al hecho de que la madre contaba con apoyos suficientes para desempeñar de forma adecuada sus tareas respecto al cuidado de la menor (Torres Costas, 2021).

En resumen, tal y como establece la SAP Barcelona de 5 de junio de 2018 (recurso 1169/2017, Roj: SAP B 5750/2018):

“Con carácter general la incidencia de una enfermedad o deficiencia en las capacidades parentales viene determinada fundamentalmente por los siguientes factores: gravedad y naturaleza de la enfermedad e

incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece (...); evolución de la enfermedad, si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos que ha podido producir en la persona afectada, si hay deterioro, o por el contrario puede apreciarse una situación de estabilidad en el tiempo; conciencia de enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento que asegura la evolución positiva; entorno familiar, apoyo de personas cercanas que facilitan un buen diagnóstico y que intervienen en caso de detectar alguna anomalía. En definitiva, se considera que lo esencial es la repercusión que dicha enfermedad tenga en el comportamiento de la persona y en sus capacidades parentales”.

Así, habida cuenta las circunstancias concurrentes, niegan la custodia del hijo menor a la madre con discapacidad intelectual SAP de Cádiz de 24 de octubre de 2002 (recurso 136/2002, Roj: SAP CA 2748/2002), fundada en que a la discapacidad había que añadir una situación familiar problemática. En idéntico sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016 (recurso 3516/2015, Roj: ATS 4244/2016) respecto de un menor (afectado de Síndrome de Down) cuya madre, consumidora habitual de sustancias psicotrópicas y con un grado de discapacidad del 65%) ya tenía otros cuatro hijos bajo la tutela de la administración y con los que no tenía relación y había vivido varios años de la mendicidad.

Por ello, no parece adecuada la solución adoptada en resoluciones como la SAP Pontevedra de 6 de noviembre de 2018 (recurso 424/2018, Roj: SAP PO 1742/2018), que mantenía la declaración de desamparo del menor, resuelta en vía administrativa, ya que el tribunal fundamenta su decisión en un informe de la Consellería de Política Social, el cual indicaba que la madre, afectada de retraso mental ligero, entre otras cosas, no preparaba bien los biberones ni calculaba el tiempo entre tomas, especialmente por las noches, entendiéndose la resolución judicial que había motivos bastantes para mantener que el menor estaba en desamparo, en tanto la madre “no mejore sus habilidades y capacidades para cuidar de la alimentación del menor”. Y es que, pese a los razonamientos vertidos en la sentencia, lo cierto es que, para declarar la situación de desamparo de un menor basado en la discapacidad psíquica de la madre, debe darse, en el caso concreto de que se trate, una falta de atención objetiva al menor, que implique un

incumplimiento evidente y grave de las funciones parentales (art. 154 CC) que generen unas carencias reales del hijo, de carácter moral y material. Pero no se puede separar a un menor de su madre con base, exclusivamente, en la existencia de una discapacidad de ésta, según dispone el art. 18.2 pf. 2.º LOPJM.

A estos efectos, los jueces y tribunales, para apreciar si es correcta o no la declaración de desamparo si existe discapacidad mental materna, deben atender, además de a ésta, a otros criterios objetivos, como una dejadez en la educación y cuidados del menor, la ausencia de tratamiento las propias patologías maternas, la retirada de la custodia de otros hijos, la carencia grave de recursos económicos y, en especial, la falta total de ayuda por parte de la familia extensa (Múrtula Lafuente, 2020).

Por eso, pese a que los cuidados del menor recaigan, en gran medida, sobre parientes de la madre, no procedería declarar a tal menor en desamparo, por el carácter objetivo que debe tener tal declaración: el incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia del menor no se refieren a ninguna persona en concreto, por eso tal declaración no procede si estos deberes están cubiertos, independientemente de quién sea la persona que los lleve a cabo (Moreno-Torres, 2005).

## 5. RESULTADOS: NECESIDAD DE APOYOS SUFICIENTES PARA EL EJERCICIO DE SU MATERNIDAD POR MUJERES CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

En general, se viene señalando de forma reiterada que los problemas que presenta la discapacidad son, en realidad, de carácter social y no individual de la persona que la padece, ya que, realmente, la desigualdad se genera como consecuencia de que todos los sistemas de organización social están basados en una “normalidad” mal entendida, y no en la diversidad propia del género humano (Villaverde, 2014).

En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad defiende dicho modelo social de la discapacidad, y propone como solución la instauración por los poderes públicos de lo que denomina “apoyos” y “ajustes razonables”, a fin de que los discapacitados puedan coexistir en igualdad de condiciones que el resto de

ciudadanos, considerando que su no implementación constituiría un trato discriminatorio, enfocando de este modo el problema en las barreras sociales existentes, que es lo que provoca que el discapacitado esté en desventaja a la hora de ejercitar sus derechos (Molina Chávez y Valente, 2018).

Por ello, los Estados tienen la obligación de prestar estos apoyos y ajustes a los que se refiere la Convención; apoyos y ajustes que deberán ser susceptibles de aplicación individualizada, según las necesidades de cada persona afectada de una discapacidad, y que, en el ámbito objeto de estudio, deberán ir dirigidos a facilitar a la madre discapacitada el ejercicio de su maternidad (Martina, 2017).

De hecho, si ya la propia maternidad puede, en ocasiones, llegar a constituir un factor de discriminación para las mujeres en general, esto se acentúa considerablemente respecto de mujeres afectadas de discapacidad intelectual, al sumarse otras causas de discriminación derivadas, precisamente, de su propia discapacidad. Por eso, su situación inicial es peor, y por ende, las consecuencias de la maternidad también lo son (Peláez, 2009), ya que esta vulnerabilidad se incrementa según la discapacidad presentada, en especial en mujeres con importantes dificultades de aprendizaje o entendimiento, o afectadas por un deterioro cognitivo (Arnau, 2005). Esto se debe a que estas mujeres tienen más complicado el acceso a una formación adecuada, que facilite su inserción laboral o el desarrollo de una carrera profesional, y además requieren de más apoyos para atender adecuadamente a sus hijos, necesidad que es complicado cubrir si consideramos que tienen menos relaciones sociales (Gomiz, 2016).

Pese a ello, lo cierto es que, en realidad, las necesidades de las madres discapacitadas no son distintas de las de cualquier otra: información accesible, acceso a vivienda adecuada y a servicios públicos de primera necesidad (como colegios o centros de salud), y tener apoyos suficientes, adecuados a sus circunstancias particulares. Por eso, si las necesidades son, en esencia, las mismas, no deberían suponer una restricción en el derecho a su propia maternidad respecto de mujeres con discapacidad intelectual, solo porque requieran un mayor apoyo: a

estos efectos, y siempre que sea posible, los servicios sociales deben ofrecer soluciones adecuadas, profesionales y suficientes.

Igualmente, a este respecto, también adquieren importancia las organizaciones de personas con discapacidad, para colaborar tanto con la madre como con su entorno social, ayudándoles a afrontar problemas cotidianos, siendo muy recomendable la creación de las denominadas “redes de autoayuda” entre madres<sup>193</sup> (Peláez Narváez, 2009).

Ahora bien, lo cierto es que, según hemos visto, podemos encontrar en ocasiones un conflicto cuando los derechos de la madre a hacerse cargo de su descendencia y del menor a crecer con su familia biológica se enfrentan al derecho de ese mismo menor a no verse afectado negativamente por su relación estrecha con una madre con graves padecimientos mentales, especialmente si ésta no puede garantizar una crianza mínimamente adecuada, adoleciendo el menor de serias carencias no solo materiales, sino incluso afectivas, debido a la discapacidad intelectual materna. Hay que tener en cuenta que no estamos ante una falta de diligencia por parte de la madre, sino que esa imposibilidad de proporcionar a sus hijos menores un ambiente adecuado para su crecimiento es completamente ajena a su voluntad.

En cualquier caso, lo cierto es que hay un amplísimo espectro de patologías mentales y, por ello, el mero hecho de que una mujer esté afectada por algún tipo de deterioro cognitivo o discapacidad mental no debe llevarnos necesariamente a considerar que esa patología implica en todo caso una imposibilidad de ejercer sus funciones como madre. Por tanto, es deber de los poderes públicos encontrar vías alternativas para que esa mujer con discapacidad intelectual pueda convivir y hacerse cargo de su descendencia, incluyendo en esas vías la participación del entorno familiar de la madre y el menor, en su caso, y por supuesto, primando el mantenimiento de la vinculación del menor con su familia de origen.

---

<sup>193</sup> Existen redes de este tipo que pueden servir de ejemplo. Así, *Disability Pregnancy and Parenthood International (DPPi)*, accesible en <http://www.dppi.org.uk/> es una revista del Reino Unido que fomenta la creación de estas redes para compartir conocimientos y vivencias sobre la maternidad/paternidad con progenitores discapacitados.

A este respecto, y en relación con el *nasciturus*, ulterior recién nacido, en una posible situación de riesgo, el art. 17.9 LOPJM<sup>194</sup> establece un sistema de carácter preventivo, dirigido a poner en marcha con suficiente anticipación las medidas necesarias por parte de la administración, manteniéndose al menor con la madre si esta intervención preventiva es suficiente, pudiendo continuar los apoyos necesarios establecidos -y es que, según hemos visto, el TEDH viene considerando que apartar a un recién nacido de su madre solo es posible por motivos realmente graves y de forma excepcional- (Barceló Domenech, 2019).

Por todo lo anterior, es necesario fijar de forma clara cuáles pueden o deben ser esos apoyos necesarios, que ayuden a las madres con discapacidad intelectual a ejercer su maternidad, sin desnaturalizarla, ya que una intervención pública que resulte invasiva en exceso transformaría ese apoyo necesario en una sustitución, rebasándose en este caso la frontera de lo que la Convención denomina “ajuste razonable” (Seda, 2017).

## 6. CONCLUSIONES

El modelo social de la discapacidad exige a los poderes públicos que, cuando se encuentren ante madres con deterioro cognitivo, que necesiten apoyos especiales o ajustes razonables para hacerse cargo de sus hijos menores de edad, no se centren en buscar las debilidades o defectos maternos, sino en facilitar los mecanismos necesarios para que esos menores y sus madres no se vean privados de su derecho a convivir en familia. Por eso, aunque, en efecto, puede restringirse, atendiendo al interés superior del menor, la relación de éste con su madre, dicha restricción no puede fundamentarse exclusivamente en la discapacidad de aquélla, ya que, si esa decisión se adoptara por tal causa y sin haberse barajado la posibilidad de establecer las medidas de apoyo necesarias, estaríamos ante un acto de discriminación respecto a estas madres por razón de su discapacidad mental.

---

<sup>194</sup> Conforme al cual se adoptarán “las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido”.

En definitiva, no debe privarse a una madre del ejercicio de su propia maternidad por la única causa de su discapacidad intelectual, sino que debería asegurarse el establecimiento de las medidas necesarias para facilitar a estas madres los apoyos necesarios, a efectos de que puedan asumir sus funciones de forma adecuada y su discapacidad no sea la causa de que sus hijos menores lleguen a encontrarse en una situación de desamparo. Dichas medidas pasan por una adecuada intervención de profesionales o servicios sociales, para detectar anticipadamente el problema y ofrecer así a tiempo los apoyos necesarios.

Por lo tanto, con carácter previo a decidir sobre la situación de un menor, es necesario examinar las peculiaridades de cada supuesto concreto: la clase de discapacidad intelectual padecida por la madre y la gravedad de la misma, valorando la situación desde el prisma del interés superior del menor, pero sin prescindir de la postura de la madre biológica, que tiene derecho a que su capacidad para hacerse cargo del menor se evalúe adecuadamente, así como a los medios de defensa necesarios para hacer valer oportunamente todos sus derechos. Si bien, por otra parte, este tipo de decisiones deben adoptarse con la mayor premura posible, evitando dilaciones, a efectos de facilitar un entorno seguro al menor lo antes posible. Es necesario, igualmente, terminar con los prejuicios para evitar que la discapacidad de las madres sea una presunción de que no puede ejercer adecuadamente su maternidad, recayendo sobre ella la necesidad de probar que no es así.

Además, las distintas administraciones públicas deben actuar de forma proactiva, para compensar la situación de desequilibrio en la que estas madres se encuentran, debido a su discapacidad, garantizando su derecho a la maternidad. A estos efectos, es necesario fijar políticas y establecer servicios públicos de apoyo a las madres con discapacidad, para contribuir a su propia autonomía en lo que se refiere al cuidado de sus hijos.

Es evidente que esta realidad puede presentar en la práctica incontables situaciones, todas ellas distintas. Por eso, a la hora de regular estas medidas deben emplearse criterios flexibles, compatibilizando las propias facultades de la madre en cuestión, con los posibles apoyos de su entorno, en su caso, y también con los recursos propiamente públicos que

se pudieran acordar, teniendo en cuenta que este apoyo no puede implicar una total sustitución por el ente público de los cuidados maternos, ya que esto excedería de lo que podemos entender como “ajuste razonable”.

## 7. REFERENCIAS

- Amor Pan, José Ramón (2000). Las personas con Deficiencia Mental, ¿Tienen derecho a tener hijos?, Colección FEAPS, sexualidad y personas con discapacidad psíquica, N° 1 Madrid, pp. 159-189.
- Arnau, Soledad (2005). Estudio La cara oculta de la violencia: la Violencia de Género contra la(s) Mujer(es) con disCapacidades. En AAVV Grupo de indagación, análisis y trabajo sobre discapacidad, pp. 56 a 91, Fundación Isonomía para la Igualdad de Oportunidades Universidad Jaume I, Castellón.
- Barceló Doménech, Javier (2019). Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 10, pp. 180-197
- Fama, María Victoria y Fortuna, Sebastián Ignacio (2013). Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familiar y los derechos del niño. En AAVV Tratado de derecho a la salud, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, t. I., Buenos Aires.
- Cruz Pérez, María del Pilar (2004). Mujeres con discapacidad y su derecho a la sexualidad, Política y Cultura, N.º22.
- García Rubio, María Paz, (2020) ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, Actualidad Jurídica Iberoamericana, N° 13, pp. 14-49.
- Gomiz Pascual, María del Pilar (2016). La sexualidad y la maternidad como factores adicionales de discriminación (y violencia) en las mujeres con discapacidad, Revista Española de Discapacidad, 4 (2), pp. 123-142. Doi: <<https://doi.org/10.5569/2340-5104.04.02.07>>
- Kilkelly, Ursula (2016). The Best Interests of the Child: a Gateway to Children’s Rights, en AA.VV. Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being, Cambridge University Press.
- Martina, María Pía (2017). El ejercicio de la maternidad de las mujeres con discapacidad intelectual. Comentario al fallo “Recurso de hecho deducido por CMI en la causa IJM S/protección especial” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, Vol 1(2), pp 110-124.

- Molina Chávez, María Florencia y Valente, Soledad (2018). Maternidad y discapacidad mental. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* Vol 2 (2), pp 169-184.
- Moreno-Torres Sánchez, Julieta (2005). *El desamparo de menores*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- Mujeres con valor. Estudio sobre realidad y necesidad de las mujeres con síndrome de Down en España (2020). Fundación GMP [archivo pdf] <https://bit.ly/3Lfv5FK>.
- Múrtula Lafuente, Virginia (2020). Guarda, custodia y tutela de los menores en los casos de progenitores con discapacidad. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12, pp. 138-175.
- Peláez Narváez, A. (2009). El derecho a ser madre. *Maternidad y discapacidad*, Cinca, pp. 13-26.
- Roda y Roda, Dionisio (2014). El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído. Tesis Doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/37725>.
- Scalisi, Vincenzo (2018). Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto, *Riv. dir. civ.*, vol. 64, 2018-2. Pp 405-434.
- Seda, J. A. (2017). Maternidad en mujeres con discapacidad mental o intelectual. Conflictos jurídicos en torno a la adopción de sus hijos. *Descentrada*, 1(1), e007. <https://bit.ly/39nxhTk>.
- Torres Costas, María Eugenia (2021). La custodia compartida y el derecho de las personas con discapacidad a formar una familia: Comentario a la SAP nº 201/2021, de 24 de febrero de 2021. *Dereito: Revista xurística Da Universidade De Santiago De Compostela*, 30(1). <https://doi.org/10.15304/dereito.30.1.7667>
- Varela Castro, Ignacio (2016). El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor. *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2189).
- Villaverde, María Silvia (2014). ¿Qué son las barreras de accesibilidad al ejercicio de los derechos?, en *AAVV Discapacidad, Justicia y Estado: Barreras y propuestas*, Buenos Aires, Infojus, pp. 3-21.

## SENTENCIAS CITADAS

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega

STEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia.

STEDH 13 de julio de 2000, caso Scozzari y Giunta.

STEDH 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido.

STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia.

STEDH 8 enero 2013, caso A.K. y L. contra Croacia.

### Tribunal Supremo

STS 8 de mayo de 2015, recurso 309/2014 (Roj: STS 1734/2015)

STS 21 de julio de 2011, recurso 338/2009 (Roj: STS 4925/2011)

SSTS 22 de julio de 2011, recurso 813/2009 (Roj: STS 4924/2011)